



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

NATIELLEN DE JESUS CARVALHO

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA
ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DOS CONCEITOS DE PERIGO ABSTRATO E BEM
JURÍDICO COLETIVO**

RIO DE JANEIRO

2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

NATIELLEN DE JESUS CARVALHO

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DOS CONCEITOS DE PERIGO ABSTRATO E BEM JURÍDICO COLETIVO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Orientador: Prof. Dr. ANTONIO JOSÉ
TEIXEIRA MARTINS

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

C331(Carvalho, Natiellen de Jesus
(In)constitucionalidade dos crimes de tráfico de
drogas: uma análise crítica acerca dos conceitos de
perigo abstrato e bem jurídico coletivo / Natiellen
de Jesus Carvalho. -- Rio de Janeiro, 2023.
56 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. tráfico de drogas. 2. perigo abstrato. 3. bem
jurídico coletivo. 4. princípio da lesividade. 5.
inconstitucionalidade. I. Martins, Antonio José
Teixeira, orient. II. Título.

NATIELLEN DE JESUS CARVALHO

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DOS CONCEITOS DE PERIGO ABSTRATO E BEM JURÍDICO COLETIVO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Orientador: Prof. Dr. ANTONIO JOSÉ TEIXEIRA MARTINS

Data da Aprovação: 24/11/2023

Banca Examinadora:

Antonio José Teixeira Martins

Orientador

Tiago Joffily

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2023

AGRADECIMENTOS

O começo do fim dessa agridoce jornada pelos corredores e salas de aula da Nacional de Direito — e também pelas ruas e pontos de ônibus dessa cidade maravilhosa que se tornou, nos últimos 5 anos, meu lar — não havia como ser possível sem o suporte que tive por alguns enviados por Deus a minha vida.

À minha mãe, uma menina que cedo engravidou, porém amou tanto e com afinco a sua prole, de modo a incentivar todos os seus sonhos, rir os seus risos e chorar as suas dores. A graduação jamais teria sido possível sem o seu apoio e joelhos aos pés da cama, mãe. Aos meus pequenos irmãos, por serem a razão da minha luta por um mundo mais justo. Aos meus grandes irmãos, por segurarem firme as minhas mãos durante essa mesma luta. Ao meu pai, por ter chegado à minha vida com tanto a acrescentar.

Às irmãs que o Rio de Janeiro me deu, minhas companheiras de casa — Indayá e Karol — por toda compreensão, silêncio, almoço prontinho e café quente nos meus períodos loucos de estudo intenso, e por todo vinho, risadas, risoto e abraços na hora dos bons resultados. Vocês tornam essa luta mais leve a cada dia.

Aos meus amigos de Rio Bananal-ES, que tanto me deram suporte emocional para seguir em frete. Aos meus familiares, em especial ao meu padrinho, por sempre acreditar no meu sonho — antes mesmo de mim — e aos meus avós paternos, o de sangue e o de coração, que tanto me inspiraram, mas que faleceram antes de me verem de beca.

Aos professores que eu nunca esqueci e me foram tão essenciais: Penha, por ainda no primário me incentivar tanto; Manoel, Anália Elisangela, Dayane, Soeli e Jaqueline, além da Diretora Cida e Coordenadora Rita, que fizeram do meu ensino fundamental e médio o mais proveitoso possível; Catiene de Oliveira e Leonardo Domingues, que tanto fizeram por mim nessa preparação para o ENEM; e por fim, à grande responsável pela minha boa pontuação em redação, Alcenira Nogueira.

Às lindas amizades que fiz na faculdade, Camila, Júlia Hellen, Anderson e Ciane, por acolherem meu choro quando possível e me trazerem à realidade quando preciso. Vocês foram meu grande alicerce. E aos demais colegas por me proporcionarem momentos tão preciosos ao longo desses 5 anos. À Liga Acadêmica de Ciências Criminais por me proporcionar o melhor último ano de faculdade que eu poderia ter, juntamente com os meus companheiros de Diretoria da Chapa Marielle Franco. Ao Coletivo Negro Cláudia Silva Ferreira, por me acolher e me fazer sentir em casa.

Aos chefes de estágio que tanto me incentivaram, e, principalmente à minha atual chefe, Juliana Marmello, por todos os puxões de orelha que me impulsionam a ser uma excelente criminalista no futuro e por toda confiança que emprega em mim.

Por fim, ao meu orientador, Antonio Martins, por acender em mim essa paixão pelas Ciências Criminais e pela defesa da liberdade já em Direito Penal I. Depois, por todo suporte e confiança que depositou em mim na orientação de monitoria voluntária em Direito Penal I e IV, no Grupo de Pesquisa com o Prof. Dr. Tiago Joffily e, finalmente, na elaboração da presente pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho trata de uma análise crítica argumentativa acerca da possível inconstitucionalidade do crime de tráfico de drogas. Trata-se de crime de perigo abstrato cujo bem jurídico tutelado é coletivo, conceitos amplamente questionados por doutrinadores na esfera criminal e que servirão de arcabouço para a referida análise.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Lei nº 11.343/06. Tráfico de Drogas. Bem jurídico coletivo. Crimes de perigo abstrato. Princípio da lesividade/ofensividade. Resultado. Injusto.

ABSTRACT

This study deals with a critical argumentative analysis of the possible unconstitutionality of drug trafficking. It involves a crime of abstract danger from which protected legal interest is collective, concepts widely debated by scholars in the criminal sphere and that will serve as a framework for the mentioned analysis.

Keywords: Drug Law. Law No. 11,343/06. Drug Trafficking. Collective legal interest. Crimes of abstract danger. Principle of harm/offensiveness. Outcome. Unjust.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	9
I) Aspectos juridicamente relevantes	9
II) Aspectos socialmente relevantes	16
2. O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E O RESULTADO NO DIREITO PENAL	25
3. BEM JURÍDICO COLETIVO	31
I. Conceito de bem jurídico	31
II. Bem jurídico coletivo	35
III. Saúde Pública	37
4. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	40
I. Conceituação jurídica	40
II. Análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato	44
III. O crime de tráfico de drogas como crime de perigo abstrato	46
5. CONTRAPONTO ENTRE AS CONSEQUÊNCIAS DO COMÉRCIO DE DROGAS E DA GUERRA ÀS DROGAS	50
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa irá debruçar-se sobre o estudo dos conceitos de bem jurídico coletivo e crimes de perigo abstrato para, então, fazer-se uma análise crítica sobre a potencial inconstitucionalidade do crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, far-se-á necessário um aprofundamento nos aspectos da lei 11.343/06, tratando especialmente do seu artigo 33. Dessa forma, o segundo capítulo será dividido em duas partes as quais serão destinadas a destrinchar os aspectos juridicamente relevantes do crime de tráfico de drogas e, também, os aspectos socialmente relevantes, respectivamente.

O subcapítulo sobre o aspecto jurídico, abordará toda a questão dogmática de classificação do crime, mudanças legislativas provenientes do advento da Constituição Federal, análise de dispositivos específicos da referida lei, questões sobre pena, entre outros.

Já o subcapítulo sobre os aspectos socialmente relevantes abordará como a política de prevenção às drogas está funcionando na prática da sociedade, como a guerra às drogas atinge às comunidades, qual a porcentagem de encarceramento provenientes da Lei de Drogas em comparação com os demais crimes, o quão efetivo está sendo a criminalização tomando por base os seus objetivos e fundamentos de ser, dentre outros.

Após, no terceiro capítulo, se fará um estudo sobre conceitos imprescindíveis para o entendimento de bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, que são os conceitos de lesividade e de resultado jurídico. Nesse capítulo se tratará de todas as questões introdutórias para a melhor compreensão do restante da pesquisa.

O quarto capítulo se destinará a análise do conceito de bem jurídico. Será, então, dividido em três subcapítulos, um sobre a conceituação de bem jurídico, no geral, outro sobre os bens jurídicos coletivos e, finalmente, um sobre o conceito e críticas à saúde pública.

Finalmente, a partir desse ponto da pesquisa, o quinto capítulo tratará dos crimes de perigo abstrato, da análise da constitucionalidade desses crimes, e, da classificação do crime de tráfico de drogas como sendo crime de perigo abstrato, respectivamente, disposto em três subcapítulos.

Por fim, no último capítulo se fará uma importante análise de comparação com os efeitos produzidos pela criminalização do tráfico de drogas com os efeitos pretendidos por essa mesma criminalização, evidenciando que a pretensão do legislador e a realidade social são coisas distintas, portanto, é imperiosa a feitura de reanálises acerca dos dispositivos jurídicos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

I) Aspectos juridicamente relevantes

Tráfico de drogas é um tipo penal previsto em lei especial, fora do Código Penal, e que segue um rito próprio. Está previsto no artigo 33 da lei nº 11.343 de 2006. Essa lei, que embora promulgada em 23 de agosto de 2006, somente passou a vigorar em 08 de outubro do mesmo ano, tendo um período de *vacatio legis* — que corresponde ao período entre a data de publicação e a data de início da vigência da lei — de 45 dias, se dispõe a tipificar duas condutas principais: Tráfico ilícito de entorpecentes e consumo de drogas.

Com relação ao consumo de drogas, a nova lei trouxe, em comparado com a lei anterior, uma *novatio legis in mellius*, ou seja, uma inovação legal mais benéfica para o possível autor do fato, pois o consumo, apesar de continuar sendo considerado crime, prevê apenas medidas alternativas como pena.

Houve, certamente, uma discussão quanto à caracterização criminalizadora da norma prevista no artigo 28, já que não há pena de prisão. Contudo, o STF já entendeu, no RE 430.150/RJ, e assim se alinha o STJ, no AREsp 2.007.599, que ainda que não preveja pena privativa de liberdade, permanece sendo crime, pois “não houve descriminalização da conduta, mas tão somente sua despenalização, vez que a norma especial conferiu tratamento penal mais brando aos usuários de drogas”¹

Em contrapartida, com o tráfico de drogas ocorreu uma *novatio legis in pejus*, ou seja, uma inovação legal maléfica para o possível autor do fato, já que o crime previa pena mínima de 3 anos e passou a ser de 5 anos. Nesse sentido, Luciana Boiteux aduz, no seu artigo “Política de drogas, segurança pública e direitos humanos” que:

As mudanças positivas trazidas pela nova lei só alcançarão o usuário que não precisa traficar para consumir a sua droga, pois o “usuário” para fins penais será somente aquele que não precisa traficar para consumir sua droga, enquanto o eventual viciado-traficante responderá por crime de tráfico, com pena mínima de 5 anos. A estratégia

¹ Decisão Monocrática de Jesuíno Rissato na Quinta Turma do STJ - AREsp 2.007.599

do controle penal portanto, encontra-se claramente fracionada entre usuário, com penas alternativas, influenciado pelo discurso médico-sanitário, e traficante, ao qual se aplica a prisão, justificada pelo discurso político jurídico repressor do direito penal simbólico e da guerra às drogas.²

É importante salientar, de antemão, que a lei de drogas é uma norma penal em branco, pois não é completa por si só, faz-se necessário a complementação por uma regulamentação do Poder Executivo sobre as substâncias a serem consideradas drogas para fins de caracterização dos atos descritos como ilícitos na lei 11.343/06.

De acordo com César Roberto Bitencourt, algumas normas penais são incompletas, têm preceitos genéricos ou indeterminados, e precisam de complementação de outras normas, sendo conhecidas como normas penais em branco. O referido autor entende que se trata de normas com “conteúdo incompleto, vago, impreciso” que, no fim, podem ser denominadas como normas imperfeitas, já que dependem da complementação de outra norma jurídica, como lei, decreto, regulamento, portaria, resolução, etc., para que se conclua a descrição da conduta típica. Com a ausência da norma complementadora, a descrição típica fica em aberto, afinal, essa ausência impede que a descrição da conduta proibida se complete.³

Em se tratando da lei de drogas especificamente, a sua norma penal complementadora é a Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998. Porém, apesar de a portaria fazer essa complementação na lei 11.343./06, a norma continua sendo genérica e ocasionando um subjetivismo extremamente prejudicial para toda a sociedade devido a descomunal insegurança jurídica que proporciona.

Dessa forma, o professor Salo de Carvalho, em sua obra “A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06” tece críticas ao fato de que a norma complementadora das leis penais em branco não costuma seguir o rigoroso procedimento de criação da lei penal, tal qual a própria Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, contudo gera os mesmos efeitos incriminadores — no presente estudo, esta serve de âncora para criminalizações equiparadas à hediondas.

² BOITEUX, 2012. p. 576

³ BITENCOURT, 2016.

O aludido professor entende que há uma constante variação nas formas de complemento das normas penais em branco e também nos critérios jurisprudenciais e doutrinários de interpretação desses tipos abertos, o que evidencia os malefícios deste tipo de técnica legislativa em relação aos direitos e garantias fundamentais, indicando sua questionável constitucionalidade.⁴

Recapitulando, portanto, todo o contexto trazido por Boiteux quanto as diferenças legislativas entre a antiga e nova lei de drogas, a insegurança jurídica que a Lei de Drogas proporciona unicamente por ser uma norma penal em branco, além da comum confusão entre os tipos penalizadores dos arts. 28 e 33 — devido a subjetividade dos seus verbos nucleares — conclui-se que são estes os elementos essenciais para que, no ano de 2023, os encarcerados por crimes provenientes da Lei de Drogas, representasse a maior parcela no contingente total de pessoas presas. Porém, antes de entrar nesse mérito, faz-se necessário uma análise aprofundada nos verbos nucleares dos tipos do arts. 28 e 33 da referida lei.

Analisando individualmente cada tipo penal, percebe-se quão discricionário é ao juiz as adequações da realidade fática aos tipos do art. 28 ou art. 33.

O artigo 28 dispõe:

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

Já o artigo 33 dispõe:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

⁴ DE CARVALHO, 2014.

Observa-se que todos os 5 verbos do tipo do artigo 28 se repetem — mesmo que em forma verbal diferente — no tipo do artigo 33. Quem “adquirir”, “guardar”, “ter/tiver em depósito”, “transportar” ou “trazer/trouxe consigo” drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal, poderá ter sua conduta enquadrada tanto no crime de tráfico de drogas, quanto no crime de consumo de entorpecentes.

É evidente a confusão que há entre esses dois dispositivos legais. Não sendo subjetiva o suficiente, a Lei de Drogas ainda dispõe, no parágrafo segundo do artigo 28, que:

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

Conforme o referido parágrafo do art. 28, o juiz atenderá a quantidade de substância apreendida. Porém, não está elencado no texto legal a quantidade de drogas limite para que seja possível determinar de forma objetiva quando se trata de tráfico ou de consumo de drogas. Esse parâmetro fica a discricionariedade do juiz — ou do delegado, na fase pré-processual. As autoridades competentes para tal, por serem humanas e estarem sujeitas a subjetivismos, podem se deixar influenciar por suas convicções pessoais a cada novo caso, decidindo de forma diferente a cada caso concreto, mesmo que similar.

Além disso, o texto legal dispõe que sejam consideradas as circunstâncias sociais e pessoais do agente, além do local e seus antecedentes criminais. Os parâmetros elencados representam uma insegurança jurídica que beira a perseguição estatal, afinal, a mesma quantidade de entorpecentes encontrada no bolso de um jovem pode ser considerada tráfico ou uso a depender de suas vestimentas, do local onde mora, das condutas passadas, da cor da sua pele. Assim ocorre na prática de uma criminalização vacante desde a teoria.

Nesse sentido que, analisando o Relatório de Informações Penais (RELIPEN) do 1º semestre de 2023 da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), que compila dados fornecidos pelas Secretarias de Administração Prisional de todos os Estados e Distrito Federal e pelo Sistema Penitenciário Federal, além de informação sobre presos em outros órgãos de

Segurança Pública, fica evidente o quanto a Lei de Drogas, do ponto de vista geral, encarcera em massa.

A população prisional, em 30 de junho de 2023, é de um total de 644.305 pessoas em celas físicas, independente do regime. Desse total, três são os tipos penais que lideram: Homicídio doloso - simples e qualificado - com 78.422 pessoas presas; Roubo - simples e qualificado - com 159.087 pessoas presas, e; Tráfico de Drogas - nacional e internacional - somados, com 166.926 pessoas presas.

No entanto, se for levado em consideração os condenados e acusados presos pelos demais crimes que preveem pena de prisão na lei 11.343/06, como o crime de associação para o tráfico, e somar-se ao montante de encarcerados anteriormente informado, chegar-se-á a um número de 193.542 pessoas presas pelos tipos penais dispostos na Lei de Drogas.

Dito isso, fica evidente que o crime de tráfico de drogas e os demais crimes da lei 11.343/06, punidos com prisão, são responsáveis pela maioria da população carcerária atual no Brasil, sejam eles condenados ou acusados, visto que o RELIPEN informa que o total de presos provisórios com mais de 90 dias de prisão é de 68.405 pessoas no geral. Um número exacerbado para um ordenamento jurídico no qual vigora o Princípio da Presunção de Inocência, do art. 5º, LVII, CF.

Também é importante destacar, e em complemento ao exposto, que com o advento Constituição da República Federativa do Brasil em 1998, houve também a equiparação do crime de tráfico de drogas à crime hediondo, logo, passou-se a impor um maior período de prisão fechada aos traficantes, contribuindo, também, para o aumento do índice de encarcerados no Brasil.

A equiparação do Crime de Tráfico de Drogas aos Crimes Hediondos da Lei nº 8.072/90, feitos pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII, gera inúmeras discussões doutrinárias com relação aos seus efeitos penais. O professor Salo de Carvalho entende que, devido a quantidade exacerbante de verbos nucleares do tipo que têm o artigo 33 da Lei de Drogas, não é possível que todas as condutas descritas sejam, de fato, equiparadas a hediondas.

Afinal, 5 dos 18 verbos do artigo 33 também estão previstos no artigo 28, sendo diferenciados apenas pela finalidade do crime, logo, fica evidente a importância de estabelecer critérios de classificação das condutas passíveis de serem adjetivadas como tráfico ilícito de entorpecentes, não sendo possível, neste caso, classificar todas as condutas do artigo 33 como hediondas.

Nesse sentido, argumenta o professor que:

Para que se possam qualificar determinadas condutas como tráfico de entorpecentes, a marca distintiva de seu verbo constitutivo deve expor atos marcadamente de comércio - importar, exportar e vender, notadamente. A mera intencionalidade diversa do consumo pessoal em ações cujo verbo nuclear não está caracterizado por modalidade mercantil (...) efetivamente pode produzir a migração da conduta, submetendo-a à penalidade mais rigorosa do artigo 33 da lei 11.343/06. Todavia, em vista de sua incompatibilidade semântica com os atos comerciais, não adquire a natureza de tráfico, sendo incabível a sua equiparação aos crimes hediondos.⁵

O professor entende que admitir que o elemento subjetivo além de qualificar a ação assinala o rótulo de hediondo representaria dupla valoração de circunstância única, interpretação vedada pelo princípio da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*).⁶

Além disso, a única forma de reduzir os efeitos da lei de crimes hediondos na lei de drogas é por meio da interpretação constitucional, e isso deve ser feito com esmero, visto que essa equiparação projeta a mesma gravidade na pena sobre condutas autônomas que derivam lesões absolutamente diferentes ao bem jurídico tutelado.⁷

A partir de toda a análise feita até então, é possível vislumbrar que os dois principais crimes da Lei de Drogas pertencem a polos opostos quando se trata da penalização. O primeiro é tão brando que não prevê aplicação de pena de prisão, apesar de ainda ser considerado crime. Já o segundo teve sua gravidade acentuada de tal modo a ser equiparado aos Crimes Hediondos e ter tido sua pena base aumentada de forma significativa.

⁵ DE CARVALHO, 2014, p. 320 a 321

⁶ DE CARVALHO, 2014, p. 321

⁷ DE CARVALHO, 2014, p. 324

É uma lei cujo tipos penais mais relevantes oscilam entre o máximo e o mínimo penal, como disse Salo de Carvalho:

Os problemas de interpretação derivam das formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da disparidade entre as quantidades de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideias de condutas (comércio e uso pessoal) que representam o sustentáculo do sistema proibicionista (arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06). Assim, entre o mínimo e o máximo da resposta penal verifica-se a existência de zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência de vício advindos do dogmatismo jurídico e expansão do senso comum primitivo, é a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes nos 18 verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, assim como foi a tradição incriminalizadora durante o longo período de vigência da Lei 6.368/76.

Mais um apontamento interessante a ser citado, é quanto ao artigo “O afastamento da hediondez do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para fins de progressão de regime”, de autoria do advogado Carlo Velho Masi. Masi enfatiza a importância dessa discussão acerca do afastamento do caráter hediondo do crime para fins de progressão, pois se baseia no entendimento jurisprudencial de que “o silêncio normativo (...) deve ser saneado em atenção aos princípios norteadores da hermenêutica penal, cumprindo observar a proscrição à analogia *in malam partem*” — em prejuízo do réu — e complementa que:

Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia *in bonam partem*, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico.⁸

Nesse sentido, Masi entende que, se diante daquelas omissões legislativas, entenderam as Cortes Superiores pela aplicação da analogia *in bonam partem* (em benefício do réu) e pela incidência dos princípios da legalidade, taxatividade e retroatividade da lei mais benéfica, também é necessária essa mesma aplicação no caso do afastamento da hediondez do tráfico ilícito de entorpecentes para fins de progressão de regime.

⁸ RHC 200879, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, STF, DJe 14.6.2021 apud MASI, 2022.

Diante de todo o exposto, resta o seguinte questionamento para o fim deste subcapítulo: Qual o fundamento jurídico para a criminalização do comércio de drogas?

II) Aspectos socialmente relevantes

Conforme já explicitado, os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de consumo pessoal de drogas — já que ainda não ocorreu a sua descriminalização e, sim, despenalização, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal — são normas penais em branco, que visam defender o bem-jurídico coletivo “saúde pública”. Os crimes da lei de drogas juntos, são responsáveis pela maior parte dos encarcerados no Brasil atualmente, um país que já alcançou a marca de 3º maior população carcerária do mundo.

Há muito o que ser questionado com relação aos aspectos sociais que têm a Lei de Drogas: a criminalização cumpre a função pretendida? Qual é essa função pretendida? Quem são os encarcerados por esse crime? Quais afetações práticas essa criminalização tem na sociedade? Por fim, a criminalização compensa quando se contrapõe com os seus efeitos práticos?

A presente pesquisa não se propõe a dar uma resposta certa, objetiva e irrefutável a todas essas problemáticas, mas sim a analisar cada uma dessas indagações de modo crítico a fim de facilitar a tomada de posição quanto a elas.

De início, é necessário passar por uma análise da prisão e a sua função na sociedade. O porquê punir. Michel Foucault faz essa análise em seu trabalho “Vigiar e Punir”, no qual descreve as diversas formas de punição estatal ao longo dos anos, como as ostentações nos suplícios, que foi se extinguindo no fim do século XVIII a início do século XIX; o início de práticas punitivas mais pudicas, na qual a execução atingiria a vida mais que o corpo; e também a concepção de um sistema carcerário, embora um sistema diferente do atual, pois não nutria os mesmos objetivos.

A ideia de reclusão penal foi explicitamente criticada por muitos reformadores na época, pois a prisão:

É incapaz de responder a especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sob o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e se corre o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiães. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania.⁹

A prisão é a demonstração mais forte do que é a desigualdade social no Brasil. Michel Foucault, ao tratar sobre o nascimento da prisão, explica que é preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, porém, com o advento do capitalismo, novas formas de ilegalidades foram surgindo. Neste momento houve a separação do que é a ilegalidade dos bens e a ilegalidade de direitos, o que, de acordo com o autor, corresponde a uma oposição de classes.

A ilegalidade dos bens é aquela mais acessível às classes populares, como a transferência violenta da propriedade; já a ilegalidade dos direitos corresponde em maior escala à burguesia, que têm maior poder concentrado nas mãos permitindo desvio de bens e verbas, fazer alterações e desfrutar de brechas legislativas, dentre outros. Os tribunais ordinários e os castigos foram reservados à primeira ilegalidade, já à segunda, jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas e várias outras regalias.¹⁰

É notório, portanto, que o estigma do criminoso se concentra nas camadas mais pobres da sociedade, mas não porque o crime é inerente da pobreza, mas sim porque o crime é construído. A rotulação das condutas consideradas criminosas é feita por pessoas detentoras de poder, que criam e reforçam o estereótipo de que aquele grupo em específico – certamente não o grupo ao qual pertencem – ou de que aquele tipo de comportamento – certamente, não o comportamento típico da sua classe – é característico do desviante.

Partindo dessa premissa, surgiu a teoria da rotulação, trazida para a criminologia crítica por autores como Lemert (1974), Becker (1963) e Kitsuse (1987). Essa teoria é importante para

⁹ FOUCAULT, 2014, p. 113 a 114

¹⁰ FOUCAULT, 2022, p. 86

que se chegue à conclusão de que há na sociedade um processo de criminalização de corpos específicos, tal como suscitou Alessandro Baratta em seu livro “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, tratando do processo de criminalização pelo paradigma da reação social.

Baratta diz que os criminólogos tradicionais examinam problemas como “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”¹¹. Já os interacionistas — como os autores que se inspiram no *labeling approach*, ou teoria do etiquetamento social/teoria da rotulação, e estudam o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes¹² — se perguntam “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre dessa definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”¹³

O autor traz à sua pesquisa que, para a criminologia inspirada no *labeling approach*, a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente, determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.¹⁴

Tal qual a crítica feita pelos reformadores citados por Foucault — os responsáveis pela redução de intensidade das punições a partir do fundamento de que “o castigo deve ter a ‘humanidade’ como ‘medida’, sem poder dar um sentido considerado, entretanto, incontornável”¹⁵ — a crítica de Baratta segue um igual raciocínio quanto ao entendimento de que a reclusão do indivíduo causa ociosidade e, no fim, pode gerar um aprimoramento dos seus vícios e transformá-lo em um verdadeiro criminoso.

¹¹ BARATTA, 2014, p. 88

¹² BARATTA, 2014, p.86

¹³BARATTA, 2014, p. 89

¹⁴BARATTA, 2014, p. 90

¹⁵ FOUCAULT, 2014, p. 74 a 75

Desse modo, com base nas informações compartilhadas até o presente momento na pesquisa, é importante fazer uma reflexão acerca de dois pontos importantes relacionados a Lei de Drogas. Primeiramente, no consumo pessoal de drogas, havendo flagrante delito, é provável a classificação da conduta como crime de tráfico ilícito de entorpecentes, visto a ausência de parâmetros legais concretos para determinar qual tipo penal se enquadra?

Há de se considerar que a margem de discricionariedade que têm o Delegado de Polícia e o Juiz, contribui para o aumento da população carcerária no Brasil, dado que vige um processo penal tradicionalmente inquisitório, punitivista e regido por um Código de inspirações fascistas.

Além disso, quando se trata de meros usuários de drogas ou de traficantes sem antecedentes criminais, há um risco ainda maior da penalização. Esses encarcerados são expostos à grandes redes criminosas as quais, possivelmente, não tinham contato anterior, o que acaba sendo fator imprescindível para o seu reingresso à unidade prisional. O encarceramento desmedido contribui diretamente para a reincidência do preso. No Brasil, por exemplo, principalmente nas metrópoles, os presos são obrigados a escolherem uma facção criminosa nos presídios para não sofrerem retaliação.

No Rio de Janeiro há a classificação de presos de acordo com a facção criminosa, descumprindo o artigo 5º, da Lei de Execução Penal, que prevê apenas antecedentes e a personalidade do detento como critérios. Além disso, também descumpre expressamente o artigo 1º da lei nº 5.415, de 23 de março de 2009, a qual diz que "detentos conduzidos às casas de custódias e detenção não poderão ser submetidos a classificação por facções criminosas".

O ex-deputado Paulo Ramos, em entrevista para O Globo, disse que não há quem queira assumir a responsabilidade por um “banho de sangue”, como alguns que já aconteceram:

Não posso deixar de reconhecer que há algum tempo não temos, no Rio, uma tensão no sistema penitenciário como vimos em Manaus e Roraima. Mas, na medida em que um preso é levado para um presídio que é dominado por uma facção, ele vai ser obrigado a fazer parte dela.¹⁶

¹⁶ CARIELLO, 2017

Sendo assim, há de se refletir quanto ao fato de que uma prisão equivocada por tráfico de drogas, mesmo que cautelar — e é sabido que prisões cautelares, na prática processual penal no Brasil, não são exceções e não são rápidas —, pode acarretar danos irreversíveis para o indivíduo.

Foi popularizado no Brasil o entendimento de que a prisão é uma “escola de crimes” e, talvez, um próprio meio de coerção para tal, afinal, há de se considerar a obrigatoriedade de integrar uma facção criminosa para garantia do seu próprio bem-estar no presídio. Portanto, apenas uma possível e compreensível revolta contra essa coerção estatal, agravada pelas condições desumanas do sistema carcerário brasileiro, visto o Estado de Coisa Inconstitucional¹⁷, costumam ser suficientes para que o tempo de reclusão, ao invés de ser reeducativo, seja justamente o oposto.

Em complemento a isso, Juarez Tavares, em seu livro “Crime: crença e realidade” destrinchou de forma muito sucinta e clara o motivo pelo qual a sociedade proíbe e o que significa a punição a partir do descumprimento dessas proibições.

Tavares ensina que a conclusão sobre os motivos pelos quais a sociedade proíbe tem quatro perspectivas. A sociedade pode proibir para assegurar as condições de uma conduta virtuosa, ou porque a conduta produz efeitos danosos a outras pessoas, talvez, também, a sociedade proíba porque a conduta é imoral ou porque a conduta viola os fundamentos do discurso racional.

As perspectivas elencadas pelo autor correspondem respectivamente à ética aristotélica, ao utilitarismo, à ética deontológica e à ética discursiva. Sendo assim, para Tavares, a proibição é um “ato político de poder, que busca justificação em diversos fundamentos éticos ou jurídicos”¹⁸

¹⁷ O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana e declarado quando a Corte se depara com uma situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF, que trata sobre as condições desumanas do sistema carcerário brasileiro, inovou ao apresentar esse instituto ao ordenamento jurídico do país.

¹⁸ TAVARES, 2021, p. 45

Mas para o autor, essa proibição não pode implicar a destruição ou dessocialização da pessoa humana, pois se assim o for, implicará uma incompatibilidade com qualquer regra social de convivência.¹⁹

Ao tratar da relação existente de crime e pena, entretanto, Tavares aduz não constituir, a pena, uma reação natural à prática de um crime. Essa reação é construída, primeiramente, com base em interesses sociais de produção, porém, após, nos interesses de classe na sociedade hierarquizada.

Não há simetria entre esses conceitos, afinal o crime é extraído de um juízo de qualidade do ato, enquanto a pena é um ato que resulta de uma decisão política do poder dominante, não dependendo de um juízo de qualidade com bases em fatos empíricos, bastando, entretanto, apenas o alcance ao infrator e a sua exclusão do convívio social.²⁰

Portanto, a partir dos ensinamentos de Tavares, fica evidente que o Estado tem o arbítrio de proibir uma determinada conduta, baseando-se em justificativas éticas ou jurídicas para tal, assim como também pode decidir praticar o ato de punir. No entanto, a coerção estatal precisa de limites.

Mais adiante em seu livro, ao tratar da relação existente entre crime e poder, Tavares faz uma afirmação muito importante para esta pesquisa: Há uma crença perante os destinatários da norma penal, a respeito da eficácia da criminalização e da pena, que está sendo incorporada como instrumento de salvação, entretanto, os reais propósitos do poder são desconhecidos aos cidadãos comuns.²¹

Para além do que já foi exposto, é importante uma reflexão acerca da relevância da criminalização do tráfico de drogas, pois há ensejo para uma série de questionamentos: Sendo tráfico de drogas crime, este merece uma resposta penal tão severa quanto a que prevê o

¹⁹ TAVARES, 2021, p. 52

²⁰ TAVARES, 2021, p. 118

²¹ TAVARES, 2021, p.132

ordenamento jurídico brasileiro? Contudo, por que essa conduta é criminalizada? Qual é o bem jurídico lesado? Qual é o resultado desvalorado? Qual é o real perigo que o comércio de drogas pode trazer a sociedade? São essas respostas motivos suficientes para justificar o máximo da resposta penal? Ademais, são motivos suficientes para justificar o banho de sangue que a guerra às drogas representa à sociedade?

O comércio de determinados entorpecentes é crime no Brasil e em alguns outros países porque assim quis o legislador, mas qual o critério para determinar quais substâncias serão consideradas ilícitas? Um dos critérios elencados é o alto poder viciante de determinadas substâncias, entretanto, o argumento não se sustenta quando se analisa substâncias altamente viciantes e prejudiciais à saúde, que são legalizadas, como o álcool, cigarro e alguns fármacos. As demais justificativas do legislador, como saúde pública, evitar o acesso e aumentar a percepção de risco não são vislumbradas na prática, de igual modo não se sustentam.

O álcool, conforme dito anteriormente, é altamente viciante e é legalizado. Entretanto, o que pode vir a ser novidade para alguns é que o álcool tem uma taxa de dependência superior a cannabis. De acordo com uma pesquisa feita por Wayne Hall, emérito professor e pesquisador do Centro Nacional de Pesquisa sobre Uso de Substâncias Juvenis, da Universidade Queensland, na Austrália, a cannabis é menos viciante que outras substâncias de uso frequente, como a nicotina, que tem uma taxa de dependência de 32% e o álcool, com taxa de dependência de 15%.²²

Em acréscimo a isso, a tão amada cafeína também pode ser considerada droga, visto a sua alta taxa de dependência. A simples ingestão de 100 mg de cafeína por um período pequeno de 7 dias já é o suficiente para causar vício na pessoa que a consumiu.²³ Entretanto, a nicotina, o álcool e a cafeína são substâncias lícitas que têm seus riscos advertidos pelos órgãos de saúde, sua venda regularizada por agentes como a Anvisa, além de o uso ser faculdade daquele que irá ingerir tal substância.

²² MEDIAVILLA, 2014

²³ VIDA NATURAL, 2021

Line Beauchesne, uma pesquisadora canadense, escreveu um livro que carrega um título forte para o tema: “Legalizar as drogas para melhor prevenir o abuso”. Nesse estudo, de maneira introdutória, a pesquisadora enfatiza que a guerra às drogas não consegue atingir seus principais objetivos de saúde pública; gera ainda mais repressão, criminalidade, violência e corrupção; não é uma guerra que possa ser vencida; e só facilita o crescimento de um mercado de drogas ilícitas no qual não há controle algum da distribuição, qualidade e concentração desses entorpecentes.

De maneira geral, o objetivo de proteção do bem jurídico coletivo “saúde pública” nas condutas de usar e traficar drogas e o intuito de dificultar o acesso do usuário e assim causar uma diminuição e uma desmotivação de seu uso pela consciência de malefícios que possam vir a causar na saúde, não é atingido, muito pelo contrário. A criminalização faz com que surja um mercado negro de comercialização das drogas que não é regulamentado, sequer fiscalizado. Portanto, aquela substância comprada não é pura, o que acarreta diversos outros problemas de saúde.

O surgimento desse “mercado negro” das drogas devido a sua criminalização é o grande empecilho ao objetivo de dificultar o acesso do usuário, visto que o tráfico de drogas é um mercado extremamente forte, tanto no Brasil, quanto em outros países. No entanto, com isso surge também o problema da guerra às drogas, uma política pública que visa barrar o tráfico, mas que acaba gerando mais problemas que, de fato, resolvendo.

A guerra as drogas, além de não impedir — ou, sequer dificultar — o acesso do usuário à substância, além de não conscientizar a respeito de possíveis malefícios — o que, certamente, seria mais eficaz com a legalização e campanhas conscientes —, ainda cria um ambiente hostil de tráfico que põe em risco a vida de milhares de moradores das regiões periféricas do país devido à essa política de guerra às drogas. Se trata de uma política pública que causa mais mortes que a dependência química, certamente.

De acordo com uma pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a guerra às drogas diminui em 4,2 meses a expectativa de vida dos brasileiros. Essa política de combate as drogas a todo custo é responsável por 34,3% das mortes violentas intencionais no Brasil — que são provenientes da criminalização do tráfico de entorpecentes — e gera um prejuízo de R\$50 bilhões anuais, correspondente a 0,77% do PIB.²⁴

Portanto, é necessário refletir sobre todos os efeitos provenientes da criminalização das drogas na sociedade, afinal as criminalizações deveriam ter como razão de existir o bem-estar social. Há benefícios a partir dessa criminalização? Há prejuízos nessa busca incessante pelo fim do comércio de entorpecentes? Ao colocar esses dois fatores na balança da justiça, qual pesa mais?

²⁴ ALTINO, 2023.

3. O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E O RESULTADO NO DIREITO PENAL

Os conceitos de lesividade e de resultado jurídico a partir da doutrina são extremamente relevantes para diversas discussões no direito penal. Nesta pesquisa, as discussões mais relevantes serão acerca dos bens jurídicos, em especial os bens jurídicos coletivos, e os nomeados crimes de perigo abstrato.

Neste capítulo, é necessário a compreensão sobre o conceito e imprescindibilidade do princípio da lesividade no ordenamento jurídico e também a compreensão do conceito e relevância de resultado jurídico para o direito penal. Posteriormente serão tratados os bens jurídicos coletivos e os crimes de perigo abstrato, a partir das concepções aqui apresentadas.

De início, tratar-se-á da lesividade ou ofensividade — *nullum crimen sine iniuria* —, que é um importante princípio norteador do direito penal e, embora não possua previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, possui rastros em alguns dispositivos da Constituição Federal, conforme será mais bem exposto adiante.

Entretanto, vale enfatizar, inicialmente, que o princípio da lesividade busca garantir que somente sejam criminalizadas condutas que lesione algum bem que deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. Para Bitencourt, a intervenção estatal, em termos de repressão penal, somente é justificável quando há efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, pelo menos, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.²⁵

O autor explica que o princípio da lesividade no direito penal pretende ter efeitos refletidos em dois planos. O primeiro é “servir de orientação à atividade legiferante”, no qual há o fornecimento de substratos político-jurídicos para que o legislador só tipifique uma conduta que represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes. Já o segundo é “servir de critério interpretativo” constringendo o intérprete legal a encontrar a lesividade presente em cada caso concreto.²⁶

²⁵ BITENCOURT, 2013, p. 61

²⁶ BITENCOURT, 2013, p. 63-64

Resta, portanto, evidente a imprescindibilidade da verificação da lesividade tanto nos dispositivos legais, quanto no caso concreto. Afinal, determinada conduta proibida pode, em casos práticos, ocorrer de modo a não lesionar ou pôr em perigo concreto o bem jurídico tutelado. Dessa forma, ao não ser verificada lesividade na norma proibitiva, esta deve, conforme Bitencourt, ser considerada inconstitucional, pois no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente é admissível uma infração cuja conduta represente “efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”²⁷.

Por sua vez, acrescento, ao não ser verificada lesividade no caso prático, mesmo sendo a conduta tipificada, deve ser reconhecida a ausência de justa causa para ação penal, visto que, não comportando potencialidade lesiva, não há como falar em infração penal. Assim, entendeu o STF quando considerou irrelevante para o Direito penal a falsificação grosseira de moeda²⁸ — visto a impossibilidade de causar lesão — ou quando reconheceu pela primeira vez o princípio da insignificância — princípio intimamente ligado a concreta lesividade — em um caso prático no qual a lesão corporal sofrida pela vítima era inexpressiva²⁹.

De igual modo, no RHC 81.057/SP, julgado em 2004, o STF entendeu que portar arma desmuniada não constituía crime por não haver a pronta disponibilidade na munição e, portanto, não restando potencialidade lesiva. Este foi um exemplo de julgado guarnecido nos princípios da lesividade e proporcionalidade, como devem ser todas as interpretações legais.

Também nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, ao tratarem em seu Manual de Direito Penal sobre crime culposos, aludem que, se da ação descuidada do agente, não houver resultado lesivo, não haverá crime culposos.³⁰ Diante do exposto, fica evidente a

²⁷ BITENCOURT, 2013, p. 61

²⁸ STF, Segunda Turma, HC 43.545/SP, Relator Ministro Antonio Villas-Boas, decisão unânime, em 27 de setembro de 1966. O entendimento seria confirmado quase 40 anos mais tarde, no julgamento do HC 83.526, Primeira Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, decisão unânime, em 16 de março de 2004.

²⁹ STF, Segunda Turma, RHC 66.869/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, decisão unânime, em 6 de dezembro de 1988.

³⁰ MIRABETE; FABBRINI, 2019, p. 136-138

relevância do princípio da lesividade e, além disso, sua imprescindibilidade, para o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, tratando-se da constitucionalidade do princípio da lesividade, Fabiano Augusto Martins Silveira, na sua pesquisa “A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois”³¹ argumenta que o texto constitucional tem como traço distinto o seu cuidado com os direitos e garantia individuais, portanto, todo esse esforço cairia por terra se o legislador ordinário resolvesse tutelar bens jurídicos de menor expressão ou distante do temário constitucional quando fosse definir a área penalmente relevante.

Silveira escreve que não são todos os bens valorados pelo direito que são dignos de proteção penal. É necessário que haja o “merecimento da pena”. Isso significa entender quais objetos são merecedores de tutela penal, mas não apenas isso, também entender quais condutas de ataques são, de fato, relevantes.

O autor entende que a tutela desses bens tem de estar de acordo com o perfil constitucional, analisando, conjuntamente, se a conduta descrita possui caráter realmente ofensivo.

Para Silveira, o dispositivo constitucional que mais deixa rastros do princípio da lesividade e merece toda a atenção quando se trata desse assunto é o art. 5º, inciso XLI, que diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”³².

A referida ordem pode ser interpretada de duas formas: como uma cláusula de criminalização ou como uma fronteira para a intervenção punitiva. Logo, para o autor, é necessário alcançar esse duplo sentido em que se estabelece uma ordem de criminalização e,

³¹ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE PENAL VINTE ANOS DEPOIS. **Senado**, [s. l.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-constituicao-e-o-principio-da-ofensividade-penal-vinte-anos-depois>. Acesso em: 19 nov. 2023.

³² REFERENCIAR A CF

também, um limite à criminalização, sendo “um apelo e uma advertência ao legislador ordinário”³³.

Os direitos e liberdades fundamentais — e claro, abarcando os direitos coletivos e difusos — portanto, não constituiriam mais um objeto para tutela penal, mas sim “o próprio palco” para essa tutela. É dessa forma que Silveira entende estar presente o princípio da lesividade na Constituição Federal da sua maneira mais singular.

Por fim, analisar-se-á o conceito de resultado jurídico trazido pela doutrina. O resultado costuma ser analisado em comparação com a ação, pois a sua distinção tem grande relevância dogmático-penal. A ação é a simples manifestação de vontade, já o resultado é a consequência externa derivada dessa manifestação.

Nos crimes materiais, por exemplo, o resultado faz parte da descrição típica, de modo que com a sua ausência, o delito não pode ser punido como consumado³⁴. Contudo, o resultado jurídico — aquele que opera no âmbito do injusto, o resultado desvalorado — é o que deflui da lesão ou perigo de lesão do bem jurídico protegido.³⁵

Para a fundamentação completa do injusto, se faz necessário a congruência entre desvalor da ação e desvalor do resultado. De acordo com Luiz Regis Prado, essa fundamentação se baseia no argumento de que a conduta humana só pode ser objeto de consideração do Direito Penal na totalidade de seus elementos subjetivos e objetivos.³⁶

Entendimento similar é possível extrair do Tratado de Bitencourt, no sentido de que o injusto é constituído pelo desvalor da ação, elencando determinadas condutas como intoleráveis pelo direito; mas também pelo desvalor do resultado, tornando relevantes ao direito penal aquelas ações que ofendem bens jurídicos tutelados³⁷.

³³ SILVEIRA, p.10

³⁴ BITENCOURT, 2013, p. 354

³⁵ PRADO, p. 290

³⁶ PRADO, p. 290

³⁷ BITENCOURT, 2013, p. 401

O conceito de injusto para o professor Joffily, a partir da linha defendida por Zaffaroni, se resume na descrição de um conflito grave entre duas ou mais pessoas de carne e osso. No entanto, aduz ser necessário que a conduta proibida efetivamente ingresse na esfera de proteção do outro, havendo transformação qualitativa.³⁸

Retomando, contudo, a análise acerca do conceito de resultado, em sua obra “O resultado como fundamento para o injusto penal”, Joffily cita Patricia Laurenzo Copello, Professora Titular em Direito Penal na Universidade de Málaga, na Espanha, a fim de se debruçar sobre o tema.

A professora ensina que há pelo menos três sentidos diferentes que são atribuídos ao conceito de resultado: (i) resultado como simples manifestação externa da ação; (ii) resultado como uma exigência típica de uma consequência destacada da ação; e (iii) resultado como lesão ou colocação em perigo do bem jurídico vinculado a norma infringida.³⁹

O primeiro sentido somente teve prevalência no modelo clássico de delito, o modelo causal, e sua função era preservar o princípio *nullum crime nulla poena sine conducta* — não há crime, nem pena, sem prévia lei. Já o segundo sentido, juntamente com o terceiro, é amplamente acolhido pela doutrina, visto que se distingue da ação.

O conceito de resultado, no segundo sentido que lhe é atribuído e elencado por Copello, torna viável a distinção de tipos penais em crimes de resultado e crimes de mera atividade. Essa distinção também traz efeitos para os crimes de perigo, visto que de maneira geral, é dito que crimes de perigo concreto é uma modalidade de crime de resultado, já que crime de perigo abstrato é modalidade de crimes de mera atividade.

O terceiro sentido de resultado diz respeito a afetação, lesiva ou perigosa, do bem jurídico vinculado ao tipo. Joffily relembra que, ao tratar de desvalor do resultado, não se fala

³⁸ JOFFILY, 2016, p. 109

³⁹ JOFFILY, 2016, p. 198

em um efeito da ação pra consumação daquele delito, mas sim na afetação prática daquele bem jurídico a partir de uma conduta delituosa.

O professor explica que os dois últimos sentidos são usados em paralelo na atualidade. Ao considerar o desvalor do resultado como elemento constitutivo do injusto, parece problemático admitir a existência de crimes sem resultado, a menos que o resultado que é objeto do juízo de desvalor — obrigatório para todo e qualquer delito — seja diverso daquele pressuposto pelo legislador nos crimes de mera atividade. Nesse sentido é que houve a duplicação do conceito de resultado, pois para garantir a sobrevivência de crimes de mera conduta, a doutrina promoveu, ao longo do tempo, uma completa separação entre resultado típico e desvalor do resultado, justamente os conceitos que dão sustentação a essa duplicidade.

Portanto, diante de tudo que foi exposto, conclui-se que, o conceito de resultado ganhou notória relevância para determinar quando há efetiva lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal, e, o conceito de lesividade para determinar o grau dessa lesão. Resta evidente que, para a configuração de uma conduta delituosa, é necessário que se pratique a ação desvalorada, atingindo um bem jurídico tutelado, tendo, portanto, um resultado desvalorado a ser medido em menor ou maior grau em decorrência do princípio da ofensividade, pois conforme já dito anteriormente a intervenção estatal, em termos de repressão penal, somente é justificável quando representa, pelo menos, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.⁴⁰

⁴⁰ BITENCOURT, 2013, p. 61

4. BEM JURÍDICO COLETIVO

I. Conceito de bem jurídico

A noção de bem jurídico nasceu no início do século XIX a partir do entendimento de que o delito é a lesão a um direito. Esse conceito surgiu a partir da concepção da ideia de contrato social, na qual havia um direito de ser respeitado e um dever de respeitar, o delito era a violação do direito de ser respeitado de alguém.

Um dos principais representantes desse período foi Feuerbach, quem sustentava que o direito penal protegia os direitos subjetivos dos particulares e não a necessidade de um cumprimento de um dever para com o estado. Para o autor, “o crime é, em um sentido mais amplo, uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outrem, cominada por uma lei penal”.⁴¹

Nesse sentido, o resultado, e não apenas a ação, conforme demonstrado no último capítulo, passa a ser relevante para o direito penal de modo a integrar a antijuridicidade do delito, que é a própria essência do crime⁴², como entende Cláudio Roberto C. B. Brandão.

Para Bitencourt, na ofensa a um bem jurídico, aquela que não está permitida por uma causa de justificação - tal qual legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e outras previstas expressamente em lei - reside o desvalor do resultado, enquanto na forma ou modalidade de concretizar a ofensa situa-se o desvalor da ação.⁴³

É importante destacar também, que todos os tipos penais buscam proteger um bem, logo há um bem jurídico que é relevante o suficiente a ponto de ser tutelado pelo estado e a conduta ofensiva a esse bem que é grave o suficiente a ponto de configurar algum delito.

⁴¹ FEUERBACH, p. 55 apud BUSATO, 2018, p. 335

⁴² BRANDÃO, 1997.

⁴³ BITENCOURT, 2023, p. 399

Nesse sentido, faz-se necessário trazer à discussão, finalmente, o conceito atual de bem jurídico. Porém, esse é o conceito dogmático que melhor reflete o conflito entre as visões subjetivistas e objetivistas do direito penal, e por isso a acalorada disputa teoria acerca da melhor definição de bem jurídico não tem qualquer previsão de um encerramento próximo, conforme entende o professor Tiago Joffily.⁴⁴

O conceito de bem jurídico para Luiz Regis Prado é que este vem a ser um ente — dado ou valor social — material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, imprescindível para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Além disso, segundo a concepção adotada pelo autor, o conceito de bem jurídico deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) constitucional e com o princípio do Estado democrático e social de Direito.⁴⁵

Bitencourt também compreende que a noção de bem jurídico-penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um direito penal liberal, oferece, de acordo com o autor, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais.⁴⁶

Na visão do doutrinador, como o ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, este representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente tutelado. Desse modo, é fácil concluir, considerando a existência de bens jurídicos relevantes para a tutela penal, que o delito é quando há a efetiva lesão a esse bem através de uma conduta, um real ataque, praticado consciente e livremente, direcionado a esse tal bem, tendo por fim o resultado lesivo desejado.

Busato, entretanto, entende bem que bem jurídico não deve ser entendido como um dado conceitual, mas sim como um princípio, uma diretriz normativa, uma referência de recorte da intervenção.

⁴⁴ JOFFILY, 2016, p. 167

⁴⁵ PRADO, 2014, p. 219

⁴⁶ BITENCOURT, 2013, p. 349

O referido autor aduz que, embora o conceito de bem jurídico esteja inserido no sistema dogmático pela via da pretensão de ofensividade, não significa que se exija um conceito fechado, pois o próprio sistema proposto é um sistema aberto, permeável as interferências de princípios limitadores e corretores da intervenção penal, e também ao reconhecimento social, histórico e político de valores e bens.

De outro modo, Juarez Tavares, na sua obra *Teoria do Injusto Penal*, descreve bem jurídico como “elemento da própria condição do sujeito e da sua projeção social”, constituindo, portanto, o componente primário da estrutura do tipo. O autor entende que o bem jurídico condiciona a validade da norma e sujeita a sua eficácia a demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.⁴⁷

Para o Tavares, bem jurídico não pode ser entendido como dever, pois se confundiria com a própria norma, e sim como valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real, considerando, portanto, que o bem jurídico não é mero atributo formal da norma e sim condição material de sua validade.

Nesse sentido, o bem jurídico cumpre a função de proteção da pessoa humana, ao passo que a pessoa humana é o objeto final da proteção da ordem jurídica, além de ter como característica essencial uma condição delimitadora da norma penal.

Tiago Joffily, a partir da obra de Tavares, aduz que a função legítima do bem jurídico ocorre na medida em que este auxilia o direito penal a limitar a incidência do poder punitivo estatal às hipóteses de grave afetação da própria condição do sujeito, ou seja, “aqueles casos em que a ação perlocucionária de um acabe impedindo o agir comunicativo do outro, negando sua existência como pessoa.”⁴⁸

Joffily também busca enfatizar, conforme já descrito por Tavares, que o bem jurídico não pode ser entendido como puramente material, porém também não pode ser recepcionado

⁴⁷ TAVARES, 2002, p. 198 e 199

⁴⁸ JOFFILY, 2016, p. 179

no ordenamento jurídico como um valor carente de proteção. O bem jurídico se insere na norma como valor a partir do momento que se insira como objeto referencial de proteção humana.

De maneira complementar, Busato entende que haja uma relação de dependência entre a pretensão de ofensividade e o bem jurídico tutelado, embora também entenda que a tutela do direito penal a esse bem jurídico não é efetiva. Para o autor, crer no contrário seria admitir um poder dissuasório da instância penal, no sentido de que há uma prevenção geral em sentido negativo relacionado à pena, ideia que não se sustenta nos tempos atuais.⁴⁹

Busato aduz que a violação ou colocação em perigo de um bem jurídico é o verdadeiro pressuposto da intervenção penal, logo, o bem jurídico não é protegido, mas compõe um elemento justificante para atuação repressiva do Estado.

Muito se discute, nesse sentido, quanto a possível ilegitimidade da punição dos crimes tentados. Esse assunto é alvo de análises e críticas doutrinárias há muito tempo, no intuito de chegar a uma conclusão quanto a potencial ofensa aos bens jurídicos tutelados que essa modalidade de crimes carrega.

No entanto, a presente pesquisa dará foco aos crimes consumados, para que se possa caminhar a um entendimento quanto a real relevância de determinados bens jurídicos para o direito penal e se há um resultado desvalorado que fundamente esse injusto penal.

São diversos os crimes do ordenamento jurídico brasileiro. Estes possuem, também, os mais diversos bens jurídicos. Contudo, é mister haver indagações quanto a potencialidade lesiva das condutas descritas e da real existência de um injusto penal naquele delito, afinal de contas, nem todo injusto merece tutela penal. É necessário maior compreensão ao postulado *nullum crimen sine iniuria* — não há crime sem ofensa — e uma maior adequação às bases constitucionais a qualquer descrição típica de um fato.

⁴⁹ BUSATO, 2018, p. 345

II. Bem jurídico coletivo

Com relação aos crimes previstos na lei 11.343/06, em especial o crime de tráfico de drogas, o bem jurídico tutelado pelo direito penal é a saúde pública. A saúde pública é um bem jurídico coletivo, conceito amplamente criticada por alguns doutrinadores. Greco, por exemplo, entende que essa conceituação antecipa a própria lesão, resolvendo a questão da falta de ofensividade do delito, mas criando problemas maiores⁵⁰. Notar-se-á ao longo desse capítulo, a demasiada dificuldade na constatação prática de lesão a um bem jurídico coletivo.

Essa modalidade criada de bem jurídico não tem um conceito preciso e é objeto de inúmeras discussões que buscam defini-la. Juarez Tavares, na sua obra Teoria do Injusto Penal, ensina que os bens jurídicos, para efeitos delimitativos, prescindem de qualquer classificação, pois todos devem ter origem na pessoa humana, contudo aduz que:

A doutrina (...), os classifica segundo alguns critérios puramente aleatórios. Segundo seu titular, haveria bens jurídicos individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública, paz pública) ou estatais (administração pública, administração da justiça, soberania, ordem pública econômica).⁵¹

Em uma crítica aos conceitos dualistas que foram trazidos pela doutrina, Joffily argui que “todo e qualquer bem jurídico, como fato institucional que é, possui sempre um conteúdo material (físico) e um conteúdo valorativo (status)”⁵², entendendo que o que pode, efetivamente, variar entre um e outro bem jurídico é o grau de institucionalização pelo qual passou o fato bruto que lhe dá sustentação física.

O professor entende que qualquer bem jurídico, seja ele coletivo ou individual, está sempre relacionado com a esfera da existência humana de pessoas concretas, seja elas tomada individualmente ou como um grupo de pessoas indistinguíveis. Portanto, falar em bem jurídico autônomo não quer dizer que seja desvinculado de pessoas concretas, e sim que não depende

⁵⁰GRECO, 2011, p. 93-94

⁵¹TAVARES, 2002, p. 203

⁵²JOFFILY, 2016, p. 180

da identificação de bens jurídicos individuais para só depois serem levados a uma dimensão coletiva, devido ao grande número de pessoas que podem ser afetadas.

De modo a exemplificar a discussão, Joffily trata sobre o bem jurídico coletivo “meio ambiente”⁵³. Esse bem representa um trecho da realidade natural, um fato bruto, que recebe o status de bem jurídico por sua relação intrínseca com a existência da pessoa humana. O meio ambiente não pode ser atribuído a uma parcela de pessoas, quem dirá a apenas uma, contudo a sua preservação é imprescindível para existência de toda a raça humana.

Em uma defesa pela identificação dos verdadeiros bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, o autor aduz a importância de saber distingui-los dos falsos bens jurídicos coletivos. Essa distinção é importante, segundo Joffily, pela tendência legislativa em criar esses falsos bens jurídicos coletivos, cuja afetação dispensaria demonstração de lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos individuais:

Diante dos inconvenientes envolvendo a demonstração da lesividade nos crimes de perigo abstrato, o legislador passou a substituir os bens jurídicos individuais por conceitos impassíveis de qualquer representação empírica, tais como: a saúde pública (nos crimes de tóxico), a segurança viária (nos crimes de trânsito) e as relações de consumo (nos crimes contra o consumidor).⁵⁴

Luís Greco, por exemplo, entende que não é possível conceber falsos bens jurídicos coletivos, como a saúde pública, principalmente por eles legitimarem sanções absurdas e esconderem déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal⁵⁵, afinal é possível vislumbrar que a lei de drogas não atinge seus principais objetivos, quais sejam combater o tráfico e diminuir o consumo de drogas, mas os danos decorrentes da guerra às drogas são desastrosos e se protraem no tempo.

⁵³ JOFFILY, 2016, p. 194

⁵⁴ JOFFILY, 2016, p. 195

⁵⁵ GRECO, p. 117 apud DAVID; CHRISTOFFOLI, 2014, p. 109

III. Saúde Pública

Quando se fala em “saúde pública”, objeto deste capítulo, nasce algumas indagações, por exemplo, a respeito da impossibilidade de auferir a lesividade de determinada conduta na esfera coletiva, ou sobre a relevância desse bem jurídico coletivo para a tutela penal e, de modo mais incisivo, sobre a própria conceituação do termo “saúde pública”. É imprescindível ir atrás das respostas para essas indagações para que se chegue a uma conclusão razoável quanto a necessidade e legitimidade das criminalizações na lei de drogas.

Quando tratou sobre saúde pública em sua obra, Joffily entendeu pela sua inexistência como bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal. Tal qual a vida e a integridade física, a saúde também só existe no âmbito individual. Tratá-la como um bem da coletividade é uma abstração que somente causa sérias transformações na estrutura do delito.

Faz parte da própria estrutura do delito o nexo de causalidade que deve haver entre ação e resultado. Conforme lecionado por Busato, “se a ação e o resultado fazem parte da expressão de sentido de um tipo penal, obviamente, o liame entre eles também há de produzir o mesmo efeito”⁵⁶. Nesse sentido, Joffily faz uma importante crítica quanto a atual desnecessidade de uma complexa construção teórica para determinar o vínculo entre a conduta típica e o bem, que antes era exigida, tendo sido substituída pela simples afirmativa de que o aparente bem jurídico coletivo sofreu uma efetiva lesão proveniente da mera prática da conduta típica.⁵⁷

Maria Lúcia Karam aduz que a imprecisão do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico serve de pretexto para ampliação das prisões, das mortes, da violação às normas garantidoras de direitos fundamentais, isto é, serve à guerra, propriamente dita. A realidade comprova que “mais do que proteger a saúde, a intervenção do sistema penal causa sim danos e perigo de danos a essa mesma saúde que enganosamente anuncia pretender proteger”.⁵⁸

⁵⁶ BUSATO, 2018, p. 303

⁵⁷ JOFFILY, 2016, p. 195

⁵⁸ KARAM, p.7 apud DAVID; CHRISTOFFOLI, 2014, p. 111

É mais facilmente notável, a afetação ou perigo a um bem jurídico individual, como a vida. Em um homicídio ou tentativa de homicídio fica muito mais evidente o grau de afetação da conduta delitiva no bem jurídico tutelado. No entanto, como auferir esse grau de afetação na “saúde pública”? O que é, de fato, a saúde pública? É uma abstração jurídica. Uma abstração que encarcera em massa.

A saúde individual, entretanto, é tutelada pelo direito. Talvez não necessariamente pelo direito penal, visto que em alguns casos pode haver conflito com a liberdade individual. Nessas situações, quando a lesão ao bem jurídico tutelado for praticada pelo próprio lesionado, não há penalizações, como por exemplo a tentativa de suicídio, automutilações, excesso de álcool, remédios para emagrecer que podem fazer mal, cirurgias estéticas, etc, desde que não atinjam a liberdade alheia, não configuram infração penal.

Nesse sentido, Greco faz uma crítica com relação a norma proibitiva que tutela um bem jurídico individual, mesmo contra a vontade de seu titular. Realizando uma interpretação teleológica restritiva do tipo, conclui-se que só deverá aplicar a referida tutela caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante — visto a possibilidade de estar viciada de erro, por doença mental, menoridade ou por se tratar de inculpável por qualquer outro motivo.

O segundo problema, criticado por Greco, é quanto ao bem jurídico coletivo legitimar uma sanção absurda, afinal, o tráfico de drogas nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, e, para o autor, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso as lesões corporais.⁵⁹

Sendo assim, fica evidente que o consumo de drogas infere diretamente no ponto da liberdade e saúde individual. A saúde pública, do ponto de vista do legislador penal na lei de drogas, seria a saúde da coletividade afetada a partir de uma decisão individual de usar drogas.

⁵⁹ GRECO, 2012, p. 114-115

No entanto, tal conduta não interfere na liberdade individual ou saúde individual de outrem, logo, não merece tratamento penal, muito menos tratamento penal tão severo.

Quando se trata de tráfico de drogas, de igual modo, se trata de liberdade individual, pois não corresponde a uma conduta violenta e/ou coercitiva. A comercialização dos entorpecentes é direcionada àqueles que voluntariamente tiverem interesse em comprá-los. Novamente, sob o risco da repetição, porém, necessária: se trata de uma conduta que interfere apenas na esfera pessoal do indivíduo, não lesando qualquer bem jurídico alheio.

Além disso, a lei de drogas não atinge nenhum de seus objetivos, mas nessa guerra incessante para alcançá-los a qualquer custo, custam inúmeras vidas, mais precisamente 34,4% das mortes violentas intencionais no Brasil. No fim, não há bem jurídico lesado com o comércio de drogas, mas há muitos lesados com a guerra que busca reprimê-lo.

5. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

I. Conceituação jurídica

Conforme o que já foi trazido anteriormente a respeito da relevância dos conceitos de lesividade e de resultado jurídico para o direito penal em uma análise dos bens jurídicos, também serão, esses conceitos, relevantes para se analisar os crimes de perigo abstrato neste capítulo.

Como já foi disposto no capítulo 4, a distinção entre ação, no sentido de manifestação da vontade, e resultado, como uma consequência dessa manifestação, têm uma importância muito grande para a dogmática penal em muitos aspectos. Um deles é a classificação dos crimes de resultado e crimes de mera conduta, sendo que os crimes de perigo abstrato pertencem a este último.

Busato propõe uma classificação dos delitos, com base no conceito de resultado jurídico, os distinguindo entre delitos de dano ou de lesão⁶⁰ — que implicam na destruição ou vilipêndio do bem jurídico, como crimes de homicídio e roubo — e delitos de perigo, que envolvem a exposição do bem jurídico a riscos.

Os delitos de perigo podem ser subdivididos em crimes de perigo concreto — cuja consumação requer a comprovação efetiva da exposição do bem jurídico a perigo, como crimes de incêndio e crimes de perigo comum⁶¹, e crimes de perigo abstrato ou presumido, como o porte ilegal de armas e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Joffily trata, conforme já foi exposto aqui, sobre essa duplicação do conceito de resultado que a doutrina promoveu ao longo do tempo para garantir a sobrevivência de crimes de mera conduta, resultando em uma clara separação entre os conceitos de resultado típico e desvalor do resultado.

⁶⁰ BUSATO, 2018, p. 301

⁶¹ BUSATO, 2018., p. 301

De modo semelhante, Nilo e Zaffaroni, na obra Manual de Direito Penal Brasileiro, destacam um intervencionismo penal cada vez mais intenso e abrangente por toda parte. Há a criação de novos delitos, principalmente, na área socioeconômica e ambiental, sendo quase todos classificados como crimes de perigo abstrato. Há a ampliação do conteúdo de tipos já existentes. Há, também, o aumento das margens punitivas, sem nenhum critério idôneo e com total desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Além de terem sido dissolvidas diferenças conceituais já consagradas entre autoria e participação, entre atos de execução e atos preparatórios.

Em complemento a isso, a função, conforme nomeada pelos referidos professores, de “nitidamente instrumental” do Direito Penal “ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função puramente simbólica”. Nesse sentido, compreende-se que a intervenção penal não busca mais tutelar os bens jurídicos considerados “essenciais para a convivencialidade”, mas apenas “produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança”⁶²

Em seu Manual, os professores criticam a diferenciação que é feita de crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. De acordo com os doutrinadores o perigo concreto foi entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade, desse modo os crimes de perigo abstrato são apenas o “perigo do perigo”. Essa interpretação é insustentável, visto que nos crimes tentados haveria, então, um “perigo de perigo de perigo”.

Dessa forma, os professores entendem que não há crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto, o que existe é tipos em que se exige a demonstração de que aquele bem esteve em efetivo perigo, e, de outro lado, uma inversão do ônus da prova, pois “o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado”.⁶³

⁶²ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 22

⁶³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 668

Conforme já exposto na presente pesquisa, Bitencourt, ao tratar do princípio da ofensividade, demonstrou entender que são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato. Mais adiante, também, em seu Tratado de Direito Penal, aduz que crime de perigo abstrato poderia ser entendido como aquele que é presumido, *juris et de jure*. Ou seja, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa, porém esse conceito vai de confronto com o princípio da ofensividade.

O doutrinador acrescenta que se o legislador quiser admitir a existência de crimes de perigo abstrato, ele precisará ajustar o âmbito da conduta punível, da forma mais precisa possível, observando os princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal (princípios desenvolvidos no segundo capítulo), objetivando evitar uma expansão desmedida do Direito Penal.

Em uma análise similar, Juarez Cirino dos Santos diz que os crimes de perigo abstrato presumem o perigo para bem jurídico que está sendo protegido, não dependem da produção real de perigo, como nos exemplos citados pelo autor, os crimes de abandono de incapaz (art. 133) ou de difusão de doença ou praga (art. 259). De acordo com o professor:

Hoje, afirma-se a inconstitucionalidade dos tipos de perigo abstrato: GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto; até JAKOBS afirmou a ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico.⁶⁴

Contudo, apesar de alguns dos doutrinadores citados serem contundentes quanto ao entendimento de serem inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, conforme a doutrina majoritária. Alguns doutrinadores divergem desse raciocínio.

O Promotor doutor André Estefam aduz que são válidos os crimes de perigo abstrato, por entender que o legislador age conforme a Constituição ao escolher condutas “socialmente perniciosas e potencialmente lesivas” para tipificar em seus estados iniciais. O promotor

⁶⁴ DOS SANTOS, 2014. p. 110

acredita que por ser uma atividade do legislativo, decorrente de soberania estatal, não ofende o princípio da dignidade humana ou da presunção de “não culpabilidade”, mas que trata-se de agir de modo preventivo, antes que se efetue a lesão ao bem.⁶⁵

Citado pelo referido autor, também entende de tal modo o doutrinador Fernando Capez, que argumenta ser a tipificação de crimes de perigo abstrato uma “legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estado embrionário”, desse modo, de acordo com Capez, a conduta é reprimida antes de produzir um dano efetivo ou um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.⁶⁶

Entretando, pensar no direito penal como meio de prevenção para o cometimento de crimes é ignorar a taxa de encarcerados no Brasil atualmente, principalmente quando também se analisa a taxa de reingresso prisional entre adultos que é de 42,5%, de acordo com o relatório “Reentradas e reiterações Infracionais — Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”, realizado em 2020 pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e pelo programa Justiça Presente.

Ou seja, o direito penal não cumpre a função preventiva, sequer educativa, pretendida na sociedade. Não há que se falar em criminalização de uma conduta meramente preparatória para que se previna a ocorrência de um possível crime que pode ser desencadeado a partir dela. Não cabe ao direito penal o paternalismo de elencar criminalizações para a prevenção de um perigo a um perigo. Busato entende que o sistema penal não oferece qualquer garantia de proteção a um bem jurídico, e acrescenta que:

(...) a violação ou colocação em perigo de um bem jurídico é verdadeiro pressuposto da intervenção penal.

São características gerais do sistema punitivo a atuação violenta e atrasada em relação à ofensa ao bem jurídico.

Crer em uma efetiva pretensão de proteção de bens jurídicos implicaria admitir um poder dissuasório da instância penal, focado em uma ideia de prevenção geral de sentido negativo relacionado à pena, que não cabe, hoje em dia, sustentar.⁶⁷ (grifos nossos)

⁶⁵ ESTEFAM, 2022. p.147

⁶⁶ CAPEZ apud ESTEFAM, 2022, p.355

⁶⁷ BUSATO, 2018, p. 345

Sendo assim, a criminalização de uma conduta que sequer é violenta ou atentatória a bem jurídico alheio — como vender substâncias psicotrópicas, pela suposição de perigo que pode vir a causar à coletividade, mas que jamais poderá ser verificada na realidade fática — soa, conforme dito por Foucault ao citar os reformadores, como um exercício de tirania.

II. Análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato

Ao destacar a importância do princípio da ofensividade, Bitencourt enfatiza que a intervenção do Estado na esfera penal só se justifica quando existe um ataque efetivo e concreto a um interesse social relevante. Para o autor, conforme já demonstrado anteriormente, é essencial que haja um perigo real para o bem jurídico, o que o leva à conclusão de que os chamados “crimes de perigo abstrato” são considerados inconstitucionais.⁶⁸

A existência de uma infração penal somente deve ser admitida no ordenamento jurídico quando há um efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico. Se não houver essa afetação ao bem jurídico, ou o risco concreto de lesão, também não há infração penal de acordo com o doutrinador.

Tavares, no prefácio da obra de Joffily, afirma que em uma sociedade democrática, as pessoas individuais não podem se orientar por presunções, sentimentos ou entidades abstratas, mas sim “por dados concretos que que implique uma alteração sensível da realidade empírica”⁶⁹, o que não ocorre com os crimes de perigo abstrato.

A partir de uma análise de tudo o que já foi exposto na presente pesquisa, acerca do princípio da ofensividade e a necessidade de que têm os delitos de demonstrarem proteger bens jurídicos relevantes de lesões ou perigos concretos de lesão, é possível concluir que há falta de adequação aos preceitos constitucionais de norma intencionada a criminalizar determinada conduta não lesiva, como é o caso dos crimes de perigo abstrato.

⁶⁸ BITENCOURT, 2013, p. 61

⁶⁹ JOFFILY, 2016, p. 15

Um perigo presumido de determinada conduta não deveria ser suficiente para a intervenção estatal, visto que, em regra, não são admitidas responsabilizações penais por meros atos preparatórios — salvo casos expressamente previsto em lei —, sob pena de violação do princípio da legalidade, por exemplo. Os delitos já exigem o início da execução para que haja risco concreto àquele bem protegido, assim é regido o ordenamento jurídico, então por que criminalizar a mera prática de uma conduta não lesiva?

A título de exemplificação, em um crime de homicídio qualificado por envenenamento, a compra da substância venenosa, o convite para a possível vítima ir a sua casa tomar um vinho (este envenenado), não representa início da execução, por exemplo. É mero ato preparatório. Contudo, a partir do momento que se mistura o veneno na bebida e oferece a pessoa para que beba, configura o início da execução, o ato desvalorado que pode vir ou não a se consumir.

O resultado que advir dessa conduta vai interferir diretamente na penalização que terá o agente. Se por motivos alheios a sua vontade a pessoa não beber do cálice envenenado, haverá tentativa, punida com diminuição de um a dois terços da pena. Se, entretanto, a morte não ocorrer por intervenção do próprio agente, configurando arrependimento eficaz, este responde apenas pelos atos produzidos, como uma possível lesão corporal.

Este é um exemplo clássico para que se evidencie que o delito prevê um resultado desvalorado e o grau dessa desvalorização interfere na pena. É contrassenso, então, uma conduta típica que sequer tenha a verificação desse resultado desvalorado.

Certo é que o exemplo dado foi de um crime de lesão direta a um bem jurídico: a vida. Entretando, exemplo similar pode ser dado com o crime de perigo concreto. Ao analisar o crime de incêndio do artigo 250 do Código Penal, que tipifica a conduta de “causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”, perceber-se-á que é necessário a verificação de que algum bem jurídico individual, tal qual a vida, a integridade física e o patrimônio, sejam postos em real perigo, ainda que sejam vários bens jurídicos individuais em conjunto.

Ao incendiar a Central do Brasil, às 18h de uma terça feira, não restam dúvidas de que se está colocando em perigo concreto a vida, a integridade física e o patrimônio de muitas pessoas. Entretanto, ao levar o próprio carro a uma estrada de terra deserta e pôr fogo, não se verifica a ocorrência de conduta criminosa, pois não representa risco algum a vida, integridade física ou patrimônio de outrem, além do próprio.

Nesse exemplo se percebe a imprescindibilidade do princípio da lesividade em um contexto de bem jurídico tutelado e de crimes classificados como de perigo abstrato, dado a necessidade de um resultado desvalorado para a conduta ser considerada criminosa, além da importância da intervenção estatal mínima, principalmente quando diz respeito apenas à liberdade individual. Busato entende, nesse sentido, que o resultado jurídico se encontra associado a dimensão axiológica da pretensão da lesividade.⁷⁰

III. O crime de tráfico de drogas como crime de perigo abstrato

Tavares fez uma importante observação para toda a discussão da presente pesquisa no prefácio da obra de Joffily⁷¹, conforme já citado anteriormente, na qual enfatiza que em uma sociedade democrática não se pode exigir das pessoas individuais que se orientem por presunções, sentimentos ou por entidades abstratas, mas sim por dados concretos que impliquem uma alteração sensível da realidade empírica.

Nessa análise, os crimes de perigo abstrato são incompatíveis, pois se amparam em proibições e comandos que não são aptos a serem tematizados em um discurso consensual, justamente por não implicarem essa sensível alteração da realidade empírica. Além disso, os bens jurídicos por traz dessas criminalizações, os bens jurídicos coletivos, de acordo com o autor, também padecem de deficiência em substrato material.

⁷⁰ BUSATO, 2018, p. 301

⁷¹ JOFFILY, 2016, p. 15

Já perpassada toda a questão conceitual de bem jurídico, bem jurídico coletivo, crimes de resultado e crimes de mera conduta, crimes de perigo concreto e abstrato, é essencial que fique entendido a classificação correta do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para que, após, passa-se analisar a sua legitimidade no ordenamento jurídico atual.

O crime de tráfico de drogas se configura a partir dos vagos critérios elencados pelo legislador, conforme já foi exposto na presente pesquisa, nos 18 verbos núcleos do tipo do artigo 33 e dos critérios de diferenciação de tráfico e consumo dispostos no parágrafo 2º do artigo 28 da lei 11.343/06.

Tendo sido realizadas algumas das condutas descritas, apesar da vagueza, está configurado o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com pena mínima de 5 anos, além de ser equiparado à crimes hediondos. Não se exige resultado a partir das condutas de “importar”, “exportar” e “vender drogas ilícitas”, por exemplo, conforme alguns dos núcleos do tipo previsto. Portanto, se trata de um crime de mera conduta.

O bem jurídico tutelado nos crimes da Lei de Drogas é a saúde pública. Como não há como auferir uma lesão concreta à saúde da coletividade, esse é um crime que vislumbra a potencialidade lesiva da conduta. Logo, é um crime de perigo.

Os crimes de perigo são subdivididos em perigo concreto e perigo abstrato, ao passo que nos crimes de perigo concreto há a necessidade de ser comprovada a efetiva exposição de perigo do bem jurídico tutelado, já em crimes de perigo abstrato não há a menor possibilidade de comprovação empírica da afetação desse bem.

Os crimes da Lei de Drogas supostamente visam proteger a saúde pública de um perigo abstrato que as condutas descritas nos artigos 28 a 39 desencadeiam. Porém, como não há como vislumbrar na prática a afetação desse bem jurídico, os crimes se configuram na mera conduta. Apesar desses fatores, a constitucionalidade da Lei de Drogas não tende a ser questionada pelos cidadãos comuns devido a uma incorporação, como instrumento de salvação — que ocorre perante os destinatários da norma penal —, da crença sobre a eficácia da criminalização e da

pena, que foi citada no capítulo 1, referenciando Tavares. Além disso, o autor adverte que os reais propósitos do poder são desconhecidos a estes cidadãos.

Conforme citado anteriormente, Greco entende que tráfico de drogas nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física do próprio indivíduo que a consumir, e esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso as lesões corporais. Porém, acrescento, esta conduta não pode ser criminalizada, por se tratar de mera manifestação da vontade individual sem a ocorrência de resultado que deve ser desvalorado.

Os crimes de perigo abstrato têm a sua constitucionalidade questionada por alguns autores citados na presente pesquisa. Contudo, mesmo que fossem admitidas algumas condutas que representam um perigo abstrato a um bem, tal qual o crime de porte ilegal de arma de fogo, os mesmos argumentos de admissibilidade deste não se aproveitariam aos crimes da lei de drogas.

O porte ilegal de arma de fogo representa um perigo abstrato à incolumidade pública, o perigo suposto que pode vir a se concretizar, nesses casos, é o uso indevido da referida arma contra uma ou mais pessoas. Contudo, na lei de drogas, a suposição de perigo é com relação a lesão à saúde pública, conceito que impossibilita o vislumbre do dano.

O comércio de substâncias ilícitas é ofertado àqueles que desejam comprá-las, não há coerção ou uso de qualquer força contra alguém para a compra e/ou o uso dessas substâncias. Esse tema ingere diretamente na liberdade individual do ser humano: é uma escolha pessoal do indivíduo o que irá comprar/vender e consumir, desde que não interfira na liberdade de outrem. Diferente é o caso da arma de fogo ilegal, que, se for usada, será usada contra um indivíduo, interferindo diretamente na sua esfera pessoal.

Além da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por desrespeito ao princípio da ofensividade, há que se falar, diretamente da inconstitucionalidade do crime de tráfico de drogas, já que se trata de crime não violento, de mera conduta e que somente diz respeito à esfera pessoal do comprador e vendedor da substância. Essa criminalização, apesar

de todos esses fatores, tem resposta penal exacerbada quando em comparação ao seu nível de periculosidade e fundamentos jurídicos.

É importante ressaltar que, a Lei de Drogas é responsável pela maior parcela dos encarceramentos no Brasil, país cuja população carcerária é a terceira maior do mundo. Ou seja, resolvendo, de fato, os problemas provenientes da criminalização do tráfico de drogas, haverá um decaimento drástico do percentual de encarcerados brasileiros.

6. CONTRAPONTO ENTRE AS CONSEQUÊNCIAS DO COMÉRCIO DE DROGAS E DA GUERRA ÀS DROGAS

Diante de tudo que foi exposto ao longo da presente, no intuito de uma análise a respeito da (in)constitucionalidade do crime de tráfico de drogas, baseando-se nas conclusões provindas de um estudo dos conceitos de bem jurídico coletivo e crime de perigo abstrato, perpassando por aspectos jurídicos e sociais relevantes nesse contexto de criminalização, é possível concluir que, o crime do art. 33 da lei 11.343/06, assim como toda a referida, são inconstitucionais por não estarem de acordo com o princípio da lesividade penal.

O crime de tráfico de drogas visa a proteção de um falso bem jurídico coletivo, usado pelo legislador penal para substituir os bens jurídicos individuais, de modo a tornar a potencialidade lesiva da conduta impassível de qualquer verificação empírica. Dessa forma, não há mais necessidade da complexa construção teórica para determinar o vínculo entre a conduta típica e o bem — o nexo de causalidade que deveria existir nas infrações penais — que antes era exigida. Agora basta a simples afirmativa de que o aparente bem jurídico coletivo sofreu uma efetiva lesão.

Contudo, vimos que o conceito de bem jurídico deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico constitucional e com o princípio do Estado democrático e social de Direito, afinal, o bem jurídico possui verdadeiro caráter limitador da repressão penal quando analisado como requisito imprescindível para a criminalização.

Sendo assim, percebe-se que a “lesão” à saúde pública no crime de tráfico de drogas, nada mais é que uma lesão à própria saúde do indivíduo que comprar a substância, afinal, não há como medir ofensa à coletividade. Se fosse, a capacidade de a substância causar lesão à saúde, motivo suficiente para a sua criminalização, criminalizado também seria tantas outras substâncias, como a cafeína, o álcool, a nicotina, a cola de sapateiro e até o chocolate.

No entanto, não cabe ao direito penal tutelar sobre as escolhas individuais do cidadão com relação a própria saúde. É necessário que a conduta descrita na norma penal represente uma real lesão ou concreto perigo de lesão a um bem jurídico válido de outrem. Caso não se

constate a efetiva lesão ou colocação a perigo concreto pela conduta descrita na norma ou pela conduta no caso prático, é inconstitucional a infração e é ausente de justa causa da ação.

Desse modo, já é possível identificar que o tráfico de drogas se trata de crime de mera conduta, cujo perigo é abstrato. De acordo com Zaffaroni, crimes de perigo abstrato visam tutelar o perigo do perigo, e, justamente por se tratar de crimes que não necessitam da ocorrência de um resultado desvalorado, da lesão a um bem jurídico válido, é que são inconstitucionais por ofensa ao princípio da lesividade.

Contudo, caso os crimes de perigo abstratos não sejam, por fim, declarados inconstitucionais por ferirem o referido princípio, há ponderações a se fazer com relação a esses tipos criminalizadores individualmente. Tratando-se do crime de tráfico de drogas, perceber-se-á a ausência de motivos concretos para a persecução penal de uma conduta de compra e venda de determinada substância, ainda que nociva e viciante, visto que outras, de igual modo nocivas, não são criminalizadas.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad – instituído pela lei 11.343/06, tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e, também, a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, conforme disposição do artigo 3º, incisos I e II, da referida lei.

No entanto, é notório que esse sistema não atinge o resultado pretendido. Não há comprovação empírica de diminuição do número de usuários de drogas, sequer algum controle a respeito da produção e traficância dessas substâncias tornadas ilícitas, portanto a criminalização, por si só, perde o sentido e relevância. Se a política atual de drogas não está funcionando, por que ir adiante?

Justamente essa atual política de drogas, conhecida como “guerra às drogas”, é que é responsável, não só, por mais da metade dos encarceramentos no sistema prisional brasileiro, conforme pesquisa do RELIPEN citada no primeiro capítulo, mas também por 34,3% das mortes violentas intencionais no Brasil, de acordo com o Ipea.

Os benefícios provenientes de uma possível descriminalização do tráfico de drogas são inúmeros. Os comandos e organizações criminosas não deteriam tanto poder se fosse o comércio de entorpecentes legalizado. Ao serem legalizadas, as drogas seriam regulamentadas, passariam por aprovação da ANVISA e teste de qualidade. De um ponto de vista sanitário, evitaria inúmeros problemas de saúde ao usuário, inclusive overdose pelo uso de substância mais concentrada, sem que tivesse consciência.

Do ponto de vista dogmático os crimes da lei de drogas têm inúmeros problemas: são crimes cujo resultado lesivo não pode ser comprovado empiricamente; são crimes cujo bem jurídico tutelado pertence a uma classificação amplamente questionada pela doutrina — os bens jurídicos coletivos; além de se tratar de um bem jurídico coletivo sem conceito pacificado na doutrina, ainda sendo alvo de inúmeros debates — a saúde pública.

Dessa forma, uma norma incriminadora que não atinge seus principais objetivos, causa mais mal do que bem para se impor no ordenamento jurídico brasileiro, não comprova resultado desvalorado e lesivo para o bem jurídico tutelado, além de conter bem jurídico amplamente criticado pela doutrina como um “falso bem jurídico coletivo”, não deveria ser incriminadora. Afinal, se trata de conduta que só interfere na esfera individual do cidadão.

Não cabe ao Estado cumprir essa função paternalista, pois conforme Joffily, partindo de um ponto de vista político criminal minimalista, a incriminação não encontra legitimidade jurídica, ética ou social, na medida em que ela se presta exatamente a abrir passagem para o exercício do poder punitivo, lugar onde a irracionalidade estatal se expressa de forma mais evidente.⁷²

Contudo, devido ao anseio social por repressão estatal — também de modo a evitar a temida justiça com as próprias mãos —, além da crença, citada por Tavares, que têm os cidadãos de que a criminalização e a pena são efetivas, faz-se necessário que haja intervenção do poder estatal para dirimir determinados conflitos e manter a paz social. Contudo, essa intervenção

⁷²JOFFILY, 2016, p. 17

deve ser mínima e, conforme Tavares, não pode implicar a destruição ou dessocialização da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTINO, Lucas. Um terço de todas as mortes violentas intencionais no Brasil está ligada a drogas ilícitas. **O Globo**, [S. l.], p. 0000, 24 jun. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/06/um-terco-de-todas-as-mortes-violentas-intencionais-no-brasil-esta-ligada-a-drogas-ilicitas-calcula-ipea.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. [S. l.: s. n.], 2014.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. rev. atual. e aum. [S. l.]: Saraiva, 2016. v. 1

BRANDÃO, CLÁUDIO ROBERTO C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. **Revista de Informação Legislativa**, Senado, jan. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190/r133-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y#:~:text=O%20crime%20%C3%A9%20uma%20viola%C3%A7%C3%A3o,n%C3%A3o%2Dquerido%20pelo%20Ordenamento%20Jur%C3%ADico>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BOITEUX, Luciana. Política de drogas, segurança pública e direitos humanos. *In*: DE LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (coord.). **Política de drogas, segurança pública e direitos humanos - Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. 2. ed. [S. l.: s. n.], 2012.

CARIELLO, Gabriel. Rio descumpre lei que impede classificação de presos segundo facção criminosa: Antecedentes e personalidade do detento devem ser os critérios adotados. **O Globo**, [S. l.], 10 jan. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/rio-descumpre-lei-que-impede-classificacao-de-presos-segundo-faccao-criminosa-20754957>. Acesso em: 19 nov. 2023.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal - Volume 1 - Parte Geral - 27ª Edição 2021**. [s.l.] Saraiva Educação S.A.

DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. CONSTATAÇÕES SOBRE A POLÍTICA REPRESSIVA ANTIDROGAS: SELETIVIDADE PENAL E A FALÁCIA DO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA. *In*: KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RUIZ, Josefa Muñoz (org.). **VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA I**. [S. l.: s. n.], 2014.

DE CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: ESTUDO CRIMINOLÓGICO E DOGMÁTICO DA LEI N. 11.343/06**. 7. ed. [S. l.]: Saraiva, 2014.

DE CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: ESTUDO CRIMINOLÓGICO E DOGMÁTICO DA LEI N. 11.343/06**. 9. ed. [S. l.]: Saraiva, 2016.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte geral**. 6. ed. atual. Curitiba: ICPC, 2014. p. 110

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral - arts. 1º a 120. 11. ed. atual. [S. l.]: Saraiva, 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. 42. ed. [S. l.]: Vozes, 2014.

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

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2012.

MEDIAVILLA, DANIEL. Maconha é menos viciante do que álcool ou nicotina: Publicada uma compilação de vinte anos de trabalhos científicos sobre o cannabis La revisão de resultados revela como afeta a transtornos psicóticos ou ao câncer. **El País**, [S. l.], 7 out. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/10/06/ciencia/1412618575_595889.html. Acesso em: 19 nov. 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP - volume 1. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 136-138

REENTRADAS E REITERAÇÕES INFRACIONAIS: UM OLHAR SOBRE OS SISTEMAS SOCIOEDUCATIVO E PRISIONAL BRASILEIROS. [S. l.: s. n.], 2020- . janeiro/2015 a junho/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/panorama-reentradas-sistema-2.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIAGO JOFFILY. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª edição. Florianópolis: empório do direito, 2016.

VELHO MASI, C. O afastamento da hediondez do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para fins de progressão de regime. **ABRACRIM**, 2022.

VIDA NATURAL, Clínica e SPA. Movidos a café: qual é o risco da cafeína para a saúde. **Clínica e SPA Vida Natural**, [S. l.], 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.vidanatural.org.br/cafeina-e-seus-efeitos/#:~:text=O%20consumo%20de%20cafe%C3%ADna%20causa,e%20tamb%C3%A9m%20estimular%20a%20broncodilata%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 19 nov. 2023.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 9. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 22