

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe-se a analisar a ausência de bem jurídico penalmente tutelado nas condutas tipificadas pela Lei 11.343. Para isso, será realizada uma análise bibliográfica, precipuamente sobre a obra de Claus Roxin, tendo em vista que o autor, ao reconhecer a importância do bem jurídico para conter o poder punitivo, estabelece critérios para que estes sejam criados. Ademais, será feita uma análise pela obra de Luís Greco, que questiona a (in)existência do bem jurídico “saúde coletiva”, supostamente tutelado pela referida lei.

Em 1976, o Brasil editou a primeira lei que separou o traficante de usuário. Após isso, a Constituição da República de 1988 determinou que o tráfico de drogas seria crime inafiançável e sem anistia. Por fim, a lei 11.343, de 2006, eliminou a pena de prisão para o usuário e o dependente, embora não tenha definido os parâmetros para diferenciá-los do traficante.

Atualmente, mais de 40 anos após o início de tais políticas repressivas, a sociedade adentrou em grande discussão acerca da descriminalização do usuário de drogas. Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal começou o debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343. A referida atitude é um grande passo em reação aos malefícios causados pela guerra contra as drogas, mas, não é o suficiente para que se resolva o problema.

É necessário, portanto, que se investiguem as raízes das tipificações previstas no 11.343, no que tange a ausência de bem jurídico penalmente tutelado e, por conseguinte, ofensa ao direito penal mínimo adotado pelo Estado.

2 DO BEM JURÍDICO AS RESTRIÇÕES DO LEGISLADOR PARA CLAUS ROXIN

A violência é inerente à sociedade desde antiguidade. Durkheim, em sua obra, identificou o delito como fenômeno social normal, que ocorre em todas as sociedades construídas pelo ser humano. Entretanto, quando as infrações fogem do considerado normal pela sociedade e os meios de controle social se tornam ineficientes, é necessário que o Direito Penal apareça. Segundo Bittencourt (2008), como peculiar meio de controle social formalizado, o Direito Penal é responsável por resolver conflitos e suturar eventuais rupturas causadas pela desinteligência dos homens.

O conceito de direito penal e sua função para a sociedade sofreu diversas alterações ao longo do tempo. Segundo o entendimento dos penalistas, como Rogério Greco, o modelo adotado pela legislação brasileira é o direito penal mínimo. Regido por diversos princípios de égide constitucional, tal modelo é visto como grande avanço alcançado pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que garante ao cidadão a intervenção do Estado em sua esfera

pessoal apenas quando se mostrar estritamente necessário. Segundo Maria Lucia Karam (2011), a efetivação dos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas são indispensáveis à própria afirmação de dignidade do indivíduo.

Sendo assim, definir bem jurídico é importantíssimo para identificar sua importância no direito penal. Assim como aconteceu com direito penal, tal conceito assumiu diversas formas durante os séculos

Em seu livro “A proteção e bens jurídicos como função do Direito Penal”, Roxin (2013) parte de uma concepção do Estado Democrático de Direito para definir o bem jurídico. Nas palavras do autor,

“Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma convivência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.” (ROXIN, 2013, p. 16-17)

A concepção baseada no Contrato Social pressupõe um equilíbrio entre a intervenção estatal e esfera da liberdade do indivíduo. De tal forma, a intervenção só se mostraria necessária para garantir a convivência livre e pacífica, quando nenhuma outra medida se mostrasse eficaz. Para Roxin (2013), seria função do Estado garantir, além das condições individuais necessárias para uma coexistência em sociedade, as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, por exemplo).

A contribuição de Roxin é fundamental para a fundamentação principiológica do direito pena mínimo. Pode se destacar, a título de exemplo, o princípio da necessidade (“*nullum crimen, nulla poena sine necessitate*”) e o princípio da intervenção mínima, extremamente difundido na América Latina e que, segundo o penalista Zaffaroni, representa a “limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (e da violência) da mesma” (ZAFFARONI, 2007, p. 74). No livro já citado, o alemão Roxin faz referência a tal limitação, ao dizer que defende um conceito de bem jurídico crítico, que pretende delimitar as fronteiras da punição legítima. Para isso, o autor discorre sobre nove aspectos fundamentais que devem ser levados em conta ao tipificar as condutas. Embora o tenha feito tendo como basilar a Constituição alemã, tal concepção pode ser aplicada ao caso brasileiro.

Neste trabalho, cumpre-se destacar aquelas que se relacionam aos delitos previstos na lei 11.343. No terceiro aspecto discutido por Roxin, é insuficiente, para justificar a existência

da norma, um atentado contra a moral. Conforme dito anteriormente, se não afetar a coexistência, não há lesão a bem jurídico. Faz-se necessário analisar a Lei 11.343 frente a esse aspecto. Por se tratar de um crime de perigo abstrato, as condutas tipificadas não afetam a coexistência pacífica, ofendendo, portanto, tal limite.

Uma importante restrição é colocada em sexto lugar. Nas palavras de Roxin,

A consciente autolesão, em sexto lugar, como também sua possibilitação e seu fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente a outra pessoa, e não a frente de si mesmo. (ROXIN, 2013, 23)

Tal restrição é fundamental no que se refere a lei analisada neste artigo, uma vez que, segundo o autor, a proteção de bens jurídicos só é justificada se relativa à outra pessoa, e não relativa ao indivíduo frente a si mesmo. Deste modo, uma vez que o uso de drogas e, conseqüentemente, sua venda, entendida como possibilitação e fomento, só afetam aquele que a consome, não há que se falar em lesão a bem jurídico de terceiro.

Em sétimo lugar, o alemão faz uma crítica às leis penais simbólicas, entendidas por ele como as que não são necessárias para assegurar a vida em comunidade. As leis simbólicas perseguem um fim que não estão na esfera do direito penal, devendo ser regulados por outros ramos. No que tange a tal limite, nota-se uma discrepância com o que é regulado na lei de tóxicos. Segundo entendimento da ONU, as drogas devem ser tratadas como problema de saúde pública, não devendo ser reguladas pelo direito penal. Em oitavo lugar, regular tabus, isto é, proibir a prática de qualquer atividade social que seja moral, religiosa ou culturalmente reprovável, não é função do direito penal.

Em último lugar, Roxin fala sobre uma restrição fundamental no que diz respeito à Lei 11.343. Para o autor, os objetos de uma abstração incompreensível não devem ser reconhecidos como bem jurídico. O perigo de tais tipificações reside na possibilidade de regularem, na verdade, preconceitos ou sentimentos dos agentes estatais. Conforme será exposto em tópico posterior, a criminalização do tráfico de drogas no Brasil tem representado uma estigmatização do criminoso, uma vez que aqueles que são efetivamente punidos pertencem a uma classe definida na sociedade.

4 INEXISTÊNCIA DE BEM JURÍDICO TUTELADO

O direito penal brasileiro, por seguir um modelo definido como direito penal mínimo, tem por finalidade a proteção dos bens essenciais para o convívio em sociedade. Segundo a doutrina majoritária, a Lei 11.343 tutela a Saúde Pública. O bem jurídico “saúde pública” pertence à categoria dos bens jurídicos supraindividuais, entendidos como a criminalização das condutas que afetam conceitos indeterminados, como a ordem econômica, visando a proteção da coletividade. Os bens supraindividuais se subdividem ainda, em coletivos, institucionais e difusos. A saúde pública se encaixa na subdivisão dos coletivos, pois se refere a uma proteção de saúde coletiva, que é dada pela indeterminação dos titulares.

Na Lei 11.343, o bem jurídico é considerado abstrato e o sujeito passivo é a coletividade. Para Luiz Regis Prado (2003), mesmo que se trate de um interesse coletivo, é necessário que exista, em algum grau, lesividade individual para que se constate a necessidade de intervenção penal. Entretanto, cabe-se ressaltar, a luz do que defende Roxin, que essa lesividade individual se refere a um comportamento perante outro indivíduo.

Cabe-se analisar, primeiramente, o artigo 28 da referida lei, embora não seja este o tema principal deste artigo. Tal artigo impõe pena ao usuário de drogas, entendidas como substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Como exposto anteriormente, para que se configure uma lesão à saúde pública, é necessária a indeterminação dos titulares. Entretanto, o usuário de drogas lesiona apenas sua própria saúde, sendo o sujeito passivo, portanto, determinado. Nesse enredo, o bem jurídico “saúde pública”, se mostra contrário à esfera privada da pessoa, visto que a lesão é de caráter individual. A autolesão, no sistema penal brasileiro, não é punida em virtude do princípio da lesividade. Segundo tal princípio, só haveria necessidade de intervenção do direito penal quando houvesse violação grave a um bem jurídico de terceiro. Desse modo, se a ofensa ocorre ao bem jurídico do próprio ofensor, não há que se falar em atuação do direito penal. É por isso, por exemplo, que o Estado não pune o sobrevivente do suicídio.

O título IV, da Lei 11.343, refere-se à repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. No seu capítulo II, criminaliza diversas condutas relacionadas ao tema, tais como: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, (...), trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Conforme exposto, o bem jurídico tutelado de tal lei é a saúde pública.

Por se tratar de um bem jurídico coletivo, recebe diversas críticas doutrinárias. Todavia, não é necessário adentrar nesse mérito. Segundo o penalista Luis Greco, em sua obra “Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato”, a

alegação de que a referida lei tutela a saúde pública não basta para justificar as amplas incriminações existentes. Alega-se que, por se tratar a saúde pública da soma das saúdes individuais, a criminalização do tráfico visaria evitar o possível dano à saúde causado pela droga. O crime referido é de perigo abstrato, ou seja, para se configurar não há a necessidade de ocorrência do dano, bastando que a conduta seja contemplada por um dos verbos do tipo penal. É necessário, por conseguinte, analisar tal crime em face do princípio da ofensividade. Segundo esse, não há crime sem lesão ou perigo concreto a um bem jurídico tutelado.

A análise feita por Luís Greco (2011), nesse sentido, é brilhante. De acordo com o penalista, enquanto nos crimes de perigo abstrato antecipa-se a proibição, no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão. Nesse contexto, a própria conduta já seria suficiente para lesar o bem jurídico coletivo, não havendo, portanto, ofensa ao princípio da ofensividade. Contudo, tal interpretação é, no mínimo, duvidosa. Coadunando, novamente, das palavras de Greco (2011), o bem jurídico coletivo tem servido para se legitimar a intervenção estatal desmedida, e, por vezes, a legitimação de uma sanção exasperada.

O crime de tráfico de drogas, portanto, só seria legitimado enquanto proteção à saúde pública. Porém, partindo da definição de bem jurídico coletivo como aquele indivisível entre titulares individuais, há que se questionar se a saúde pública estaria contemplada em tal definição. Diversos autores, inclusive Claus Roxin, vem tentando desconstruir os chamados falsos bens jurídicos coletivos. A saúde pública, segundo tal corrente, seria, na verdade, a soma de vários bens jurídicos individuais. De tal forma, o requisito de não distributividade, ou seja, da indivisibilidade do bem jurídico coletivo não seria cumprido. Portanto, deve-se compreender o crime de tráfico de drogas como um crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico seria a saúde individual ou integridade física.

Entendido como um crime de perigo abstrato, que ofende a saúde individual ou integridade física, o referido tipo mostra-se em flagrante inconstitucionalidade. A Constituição é a fonte de escolha dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal. Numa leitura da Carta Magna, têm-se no artigo 5º, X, que é inviolável, dentre outros, a vida privada e intimidade do indivíduo. Sendo assim, a tipificação de tal conduta tutelaria um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. Aquele que pode ser vítima do crime de tráfico de drogas é, justamente, o usuário, porém, este, como dono da própria saúde, é a pessoa mais indicada para definir o que irá ou não consumir. Conforme entendimento da juíza Maria Lúcia Karam (2008), “a proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger.”.

6 CONCLUSÃO

O bem jurídico penal é entendido, atualmente, como fundamental para limitar o poder da intervenção estatal. O direito penal, como ultima ratio, só deveria se preocupar com os comportamentos efetivamente lesivos de bem jurídico alheio. Os limites definidos por Roxin são, portanto, fundamentais para delimitar o poder do legislador e legitimar as medidas criminalizadoras.

Nesse enredo, é notável que a atual política de combate às drogas representa, primeiramente, uma violação dos limites que deveriam ser guardados pelo legislador. A criminalização de condutas que não ultrapassam a esfera do indivíduo, bem como aquelas necessárias para o seu fomento, não passa pelo crivo estabelecido por Roxin.

Ademais, o bem jurídico “saúde pública”, objeto de tutela da Lei 11.343, é na verdade, uma soma de bens jurídicos individuais, não representando um bem jurídico coletivo. Sendo assim, os crimes relacionados ao tráfico de drogas seriam crimes de perigo abstrato cujo bem jurídico é a saúde ou integridade do indivíduo. Como tal, não passa de criminalização de autolesão, vedada pelos princípios basilares do direito penal mínimo.

Por fim, é importante destacar a ineficácia da política criminal proibicionista enquanto tutela de uma “saúde pública”. A criminalização, conforme demonstrado, oferece mais danos do que as próprias drogas. A legalização, portanto, possibilitaria que tais problemas, como violência e dependência abusiva, fossem amenizados, assim como ocorre no comércio de drogas legalizadas, como cigarro e bebidas alcoólicas.

A proposta hoje discutida no STF, de descriminalização do usuário de drogas, mantém o comércio, produção e distribuições das substâncias na esfera da ilicitude. De tal forma, o usuário continuaria recorrendo à ilegalidade para manter o uso, não representando, portanto, grande avanço na legislação. É fundamental que o Estado brasileiro reveja o uso de tal política criminal, que já se mostra falida, sangrenta, ineficaz, e sem apoio perante as teorias garantistas de direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. **Lei 11.343, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas para as Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 23 de Agosto de 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** In: Vade Mecum: Saraiva, 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.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LÚCIA KARAM, Maria. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói: Luman, 1991.

LÚCIA KARAM, Maria. **Proibições, Riscos, Danos E Enganos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÚCIA KARAM, Maria. PARA CONTER E SUPERAR A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.l.], v. 3, n. 5, Fev. 2011. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/92>>. Acesso em: 20 Jul. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição.** 3 ed. rev., e atual. E ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal / Claus Roxin;** org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.