

**CURSO DE DIREITO**

Letícia Bittencourt Carvalho Bernardes

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TIPIIFICAÇÃO DO DELITO RELATIVO À  
CRIMINALIZAÇÃO DOS USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL**

Santa Cruz do Sul  
2017

Letícia Bittencourt Carvalho Bernardes

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO DELITO RELATIVO À  
CRIMINALIZAÇÃO DOS USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Simbard Jones Ferreira Lima  
Orientador

Santa Cruz do Sul  
2017

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Letícia Bittencourt Carvalho Bernardes adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 23 de novembro de 2017.

Prof. Ms. Simbard Jones Ferreira Lima  
Orientador

*À minha família e amigos, por compreenderem a ausência e mesmo assim se  
fazerem presentes.*

*Conseguir o que quer, mas amar o que conseguiu.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à meus pais, pela compreensão e todo carinho empenhado. Por cada minuto a mim dedicado, cada frase e atitude de incentivo. O exemplo pelo qual me espelho e por fazer esse momento ser concretizado. Estendendo o agradecimento à todos os meus familiares que também sempre estiveram presentes prestando todo auxílio e incentivo necessário.

À meus amigos, por compreenderem à ausência, com extrema paciência entregando-me carinho e incentivo.

À meus colegas de trabalho, com os quais dividi todos os dias até a finalização deste trabalho e com quem pude compartilhar ideias, argumentos e posicionamentos que fizeram parte desta dissertação.

Por fim, agradeço à Universidade de Santa Cruz do Sul, abarcando todos os colegas, professores e funcionários, que proporcionaram meu crescimento pessoal e profissional, de maneira a transformar minha visão social.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “a constitucionalidade da criminalização dos usuários de drogas no Brasil”. Pretende-se, a partir do método hermenêutico, crítico e reflexivo interpretar fundamentos jurídicos que envolvem a problemática, à luz da contemporaneidade, dentre os fatores políticos sociais. Assim, o trabalho será realizado mediante pesquisa bibliográfica, leitura e consideração das teorias de diversos autores, como forma de refutar os fundamentos que regem e norteiam o direito constitucional penal, a fim de demonstrar àqueles que validam a constitucionalidade da criminalização dos usuários de droga e, de maneira contrária, os que sustentam a inconstitucionalidade. Para tanto, no primeiro capítulo será tratado sobre a constitucionalização do Direito Penal, os princípios instituídos, os fundamentos limitadores do poder punitivo dentre um Estado Democrático de Direito e ainda o controle de constitucionalidade exercido sob as normas infraconstitucionais. Partindo-se desta conjectura, em um segundo capítulo, será realizada a análise de elementos constitutivos do direito penal, abordando o crime e bem jurídico tutelado, propriamente ditos, o conceito de crime de perigo abstrato, assim como a teoria geral do crime os seus elementos constitutivos. Para por fim, no terceiro capítulo, partindo-se de retomada histórica da legislação relativa à drogas até a tipificação atual dos usuários no Brasil, constatar se a tipificação da criminalização dos usuários de drogas está de acordo com as normas constitucionais penais contemporâneas. Contrapondo, em face do artigo constitutivo do ilícito em questão, os elementos jurídicos à constitucionalidade e inconstitucionalidade, já retratados nos outros capítulos.

**Palavras-chave:** drogas; usuário; criminalização; constitucionalidade; inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This monograph focuses on the theme “the constitutionality of the criminalization of drug users in Brazil”. Based on the hermeneutic, critic and reflective method, it is intended to understand juridical fundamentals which involve the present issue, in accordance with the contemporaneity, among political and social factors. Thus, this paper will be held through bibliographical research, readings and it will take into account the theories of several authors to refute the fundamentals which rule and guide the constitutional penal law, in order to demonstrate to those who validate the constitutionality of the criminalization of the drug users, and on the contrary, those who support the unconstitutionality. In order to accomplish it, in the first chapter it will be discussed the constitutionality of the Penal Law, the upheld principles, the limiting fundamentals of the punishing power in a Democratic State of Law and also the control of constitutionality exerted under the infra-constitutional norms. From this perspective, in the second chapter, the constitutive elements of the penal law will be analyzed, approaching the crime and the protected juridical commodity themselves; the concept of abstract danger crime; as well as the general theory of crime and its constitutive elements. Finally, in the third chapter, starting from the historical resumption of the legislation relating to drugs and coming to the current typification of the drug users in Brazil, it will be established whether the typification of the drug users’ criminalization is in accordance with the contemporaneous constitutional penal norms. Contrasting, under the constitutive article of this illicit issue, the juridical elements to the constitutionality and unconstitutionality, which were shown in the previous chapters.

**Keywords:** drugs; user; criminalization; constitutionality; unconstitutionality.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO A PATIR DA CARTA MAGNA DE 1988.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>Período histórico anterior à constitucionalização.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>A constitucionalização do direito penal.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.1</b>	<b>Princípios constitucionais penais.....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.2</b>	<b>Controle de constitucionalidade: o controle preventivo e o repressivo....</b>	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>ASPECTOS CONCEITUAIS PENAIS.....</b>	<b>34</b>
<b>3.1</b>	<b>O direito penal, o bem jurídico tutelado e o crime.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2</b>	<b>Particularidades da teoria geral do crime.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2.1</b>	<b>O fato típico.....</b>	<b>43</b>
<b>3.2.2</b>	<b>A ilicitude ou antijuricidade.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2.3</b>	<b>A culpabilidade.....</b>	<b>46</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE CONSTITUCIONAL PENAL A CERCA DA TIPIIFICAÇÃO DOS USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL.....</b>	<b>48</b>
<b>4.1</b>	<b>Aspectos históricos legislativos sobre drogas.....</b>	<b>48</b>
<b>4.2</b>	<b>Análise do artigo 28 da lei 11.343/06.....</b>	<b>56</b>
<b>4.2.1</b>	<b>A constitucionalidade.....</b>	<b>64</b>
<b>4.2.2</b>	<b>A inconstitucionalidade.....</b>	<b>67</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A utilização de entorpecentes há longo prazo faz parte da rotina de toda sociedade. Inicialmente, no Brasil, as tipificações das condutas ilícitas relativas às drogas, possuíam ligações diretas com questões políticas internacionais, ou seja, a criminalização se tratava de uma forma de adequar os interesses do país aos interesses dos países estrangeiros, sem retomar preocupação à saúde e educação dos envolvidos.

Veja-se que em longínquo tempo, os usuários de entorpecentes e traficantes eram por maioria classes baixas e marginalizados. O governo, portanto, voltava sua preocupação e interesse somente à repressão. Entretanto, principalmente com a chegada dos anos 60, houve aumento significativo de jovens usuários de droga de classe alta, que não mais se contentavam com o uso do cigarro, álcool e lança-perfume.

Nesse panorama, mesmo diante de legislações extremamente volúveis, as quais refletiam com maior enfoque os contextos sociais e históricos da época em que eram promulgadas, acabou despertando-se o cuidado com a saúde e educação dos usuários e traficantes de drogas. Por conseguinte, paulatinamente as políticas preventivas e tratamento, começaram a sobressair, se fazendo cada vez mais presentes.

Ressalta-se que o uso de drogas, vem gradativamente abrangendo diversas áreas humanas, assim como, sendo alvo de discussões e pesquisas sociológicas, médicas e legais, posto que diante destas, exerce influência direta. Nesse tocante, conforme pesquisa viabilizada pela Secretaria Nacional Antidrogas e realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre drogas – CEBRID, no período de setembro de 2001 a dezembro de 2001, sendo entrevistado população superior a 200.000, residentes das 107 maiores cidades do país, a qual concluiu com base em 8.589 entrevistas realizadas, que o percentual da população que já havia feito uso de entorpecente (excluindo-se as drogas lícitas, tabaco e álcool) era de “19,4%”.

A Lei de drogas (Lei n. 11.343/06) atualmente vigente trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de abrandamento na penalidade da conduta de usuário de drogas, impossibilitando a aplicação de qualquer pena privativa de liberdade.

Por essa razão reputou-se um conflito, relativo à constitucionalidade da tipificação relativa à criminalização dos usuários de drogas no Brasil. Pretende-se,

pois, realizar a análise dessa tipificação, à luz da própria Constituição Federal e do Código Penal brasileiro. A partir da ideia instituída pelo Estado Democrático de Direito, assim como princípios basilares e aspectos do direito penal material.

Defronte ao conflito sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade, é recorrente e significativo fazer, uma análise sob a esfera de ambos os aspectos, para ao final concluir o entendimento.

Para a realização do presente será utilizado o método hermenêutico reflexivo analítico, mediante pesquisa bibliográfica, leitura e ponderação das teorias de diversos autores.

No primeiro capítulo, será analisada, de modo geral, a evolução dos aspectos relativos ao direito penal e constitucional desde o período anterior à colonização do país, até o processo de constitucionalização instituído pela carta magna de 1988. Logo após será feita a análise de alguns dos princípios implementados ao direito penal a partir da constitucionalização. Por fim, será feita breve explanação relativa aos tipos de controle constitucional vigentes.

No segundo capítulo, será realizada a apreciação de determinados elementos penais relativos ao crime, ao bem jurídico tutelado à conduta e contexto fáticos determinadores do agente criminoso, constituindo, a possibilidade de determinada ação ser tipificada como ilícita e desta forma, passível de punição pelo Estado interventor.

No terceiro capítulo, será feito breve dissertação relativa à origem e evolução jurídica da política proibicionista das drogas no Brasil, restringindo após, ao estudo propriamente relativo ao usuário de drogas. Por fim, serão analisados, os aspectos constitucionais penais já vistos nos capítulos anteriores, aplicados diretamente à problemática de constitucionalidade e inconstitucionalidade da criminalização dos usuários de drogas.

## **2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO A PARTIR DA CARTA MAGNA DE 1988**

No presente capítulo há que se analisar através de um breve relato a evolução do direito penal e o seu processo de constitucionalização, com os pormenores jurídicos-fáticos vigentes em cada momento histórico no Brasil. Passando, logo após, à uma análise dos princípios penais atribuídos pela constituição de 1988. Encerrando, por fim, com explanação sobre o controle de constitucionalidade vigente. Cabalmente necessário, adentrar com afinco nas presentes questões para viabilizar o estudo relativo à criminalização dos usuários de drogas ilícitas, já que se tratam de fundamentos basilares de todo ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.1 Período histórico anterior à constitucionalização**

É possível dividir a progressão do pensamento jurídico-penal brasileiro em três grandes fases, quais sejam, período colonial, Código Criminal do Império e período republicano.

A colonização do Brasil iniciou-se efetivamente a partir da organização das capitanias hereditárias, dividindo o território colonial em doze porções irregulares. A doação do território era realizada a particulares, escolhidos entre a melhor gente, ou seja, suficientemente ricos para colonizar e defender o país e que desta forma estivessem decididos a morar no Brasil. Os titulares, donatários, das capitanias dispunham de poderes quase que absolutos, exercendo seus governos particulares com jurisdição cível e criminal, através de ouvidores de sua nomeação e também juízes eleitos pelas vilas (SILVA, 2012).

Assim, inicialmente no período colonial, como explica Masson (2010, p. 57), “não havia uma autêntica organização jurídico-social, mas apenas regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre dominadas pelo misticismo”.

Além disso, o direito criminal e as penas por ele impostas, eram constituídos a partir da vingança privada, não havendo uniformidade na maneira de reação contra as condutas ofensivas, poderia inclusive haver composição, com caráter indenizatório, por acordo entre famílias e conseqüente expulsão da tribo. Prevalecendo as penas corporais, sem tortura (PRADO, 2012).

Com o passar do tempo, dentre o período de colonização do território brasileiro, paulatinamente, a necessidade de organização da sociedade aumentava necessitando de um regramento específico.

Foram editadas as Ordenações Afonsinas que retrataram a total despreocupação com a particularidade do indivíduo, voltando-se somente à organização social de maneira rigorosa, tendo vigorado até o ano de 1514. Implementou ao ordenamento jurídico brasileiro “[...] traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quando da fixação da pena” (MASSON, 2010, p. 58).

Logo após, no próprio ano de 1514, foi editada por Dom Manuel, as Ordenações Manuelinas. Entretanto, ocorreu basicamente uma alteração na denominação da legislação, eis que as penas ainda continuavam cruéis, com o marco ainda, de uma fase de vingança pública. Ademais, como existiam as denominadas capitânicas hereditárias, o direito ainda continuava sendo aplicado pelos respectivos donatários (MASSON, 2010).

Enquanto ainda vigoravam as Ordenações Manuelinas, já no ano de 1549, foi instituído na colonização brasileira, o sistema de governadores-gerais. Os governadores-gerais possuíam poderes atinentes ao governo político e ao governo militar da colônia, ao passo que todos os outros órgãos essenciais à administração, ficavam em torno deste órgão central (SILVA, 2012).

As Ordenações Manuelinas predominaram até o ano de 1603, quando foram promulgadas as Ordenações Filipinas. Verifica-se que as novas ordenações mantiveram o espírito das demais, conforme ensina Prado (2012, p. 141):

orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização e de severas punições. Predominava, entre as penas, a de morte. Outras espécies eram: as penas vis (açoite, corre de membro, galés); degredo; multa; e a pena-crime arbitrária, que ficava a critério do julgador, já que inexistente o princípio da legalidade. O delito era confundido com pecado ou vício; a medida da pena vinculava-se à preocupação de conter os maus pelo terror e sua aplicação dependia da qualidade das pessoas.

Durante a vigência das Ordenações Afonsinas, houveram diversas transformações político-sociais, tendo sido destituído o modelo de governador-geral, e instituído a divisão das capitânicas hereditárias em dois grandes Estados, o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão. Assim, nos dois grandes Estados constituídos foram erigidas diversas formas de organização a partir da atividade econômica que

se estabelecia em cada local. A partir dessa estrutura estava-se delineando a instituição da Independência (SILVA, 2012).

O período colonial perdurou até a chegada de D. João VI ao Brasil, no ano de 1808, quando se iniciou o processo de instituição da monarquia brasileira. Conforme Silva (2012), predominava a nobreza brasileira, que estava assentada sob os grandes latifúndios, caracterizada ainda pela riqueza, orgulho e esclarecimento de novos ideais, que revolucionavam os centros cultos. A aristocracia intelectual, graduada por maioria pelas universidades europeias, caracterizava elemento catalisador, capaz de influir na formação política brasileira. Nesse cenário surgiram novas teorias políticas trazidas do mundo europeu, marcadas pelo Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia e a República.

Já no ano de 1822, com a proclamação da independência do Brasil “era necessário organizar o novo Estado, era preciso criar uma Carta política que refreasse os atos ditatoriais que existiam pouco antes, no século XVII e XVIII” (CICCO; GONZAGA, 2012, p. 121).

Em 1824, houve a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil, que se baseava na “[...] associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que *não admite, com qualquer outro, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência*” (SILVA, 2012, p. 75, grifado no original).

O governo era monárquico hereditário, constitucional e representativo, sendo privilegiada a centralização político-administrativa, vez que o território brasileiro foi dividido em diversas Províncias, as quais eram administradas por um “presidente”, nomeado pelo Imperador e que também tinha o poder de exonerá-lo. Foi ainda consagrada, a religião católica como a religião oficial do império, todavia a prática de outros cultos domésticos e particulares relativos a outras religiões eram asseguradas com o respaldo de que não poderiam edificar templos (BULOS, 2012).

A promulgação da constituição brasileira também deu fim as penas cruéis previstas pelas ordenações, abolindo os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis. Por essa razão, surgiu a necessidade de adequação do sistema penal vigente, tendo sido sancionado em 1830 o Código Criminal do Império do Brasil, que trouxe inúmeras inovações, sendo uma delas a positivação de que nenhuma pena poderia passar da própria pessoa delinquente, não sendo possível também, a confiscação de bens. Além disso, a infâmia do réu não poderia mais ser transmitida a parentes em qualquer grau (MASSON, 2010).

Apesar das inovações trazidas pela Constituição Política do Império do Brasil, os liberais lutavam contra o mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. Ocorreu nesse tempo, conforme refere Cicco e Gonzaga (2012, p. 122), a “[...] aliança dos cafeicultores com os militares do exército. Entretanto, a aliança [...] não foi celebrada por ideais confluentes, foi sim uma estratégia para pôr termo ao sistema de governo imperial exercido por D. Pedro II”.

Nesse contexto histórico, surgiu o ideal republicano que se desenvolveu diante do cenário brasileiro até 1889, quando conseguiu efetivamente ser instituído a partir dos novos fatores que se firmaram na política brasileira “o *federalismo*, como princípio constitucional de estruturação do Estado, a *democracia*, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais” (SILVA, 2012, p. 77, grifado no original).

Após o surgimento da república federativa, houve a necessidade de criação de nova Constituição, que restou promulgada em 1891, constituindo a forma de Estados Unidos do Brasil. Transformando “[...] as Províncias do Império em Estados Federados, convertendo em Distrito Federal o Município Neutro” (BULOS, 2012, p. 490).

Ainda, surgiu a ideia de organização tripartite das funções do poder, ou seja, legislativa, executiva e judiciária. Sendo que a função executiva passou a ser exercida pelo Presidente da República, eleito em votação popular e direta. A função judiciária acabou estruturada no âmbito da União, compondo-se por juízes e tribunais federais e na esfera dos estados-membros, realizada por juízes e tribunais locais. Foi organizado também o Supremo Tribunal Federal, composto por quinze Ministros. Já a função legislativa eleitoral e a matéria processual, desde que dissesse respeito às causas submetidas à jurisdição local, passou a ser dos estados federados. Ocorrendo ainda rigorosa separação entre a Igreja e o Estado, mantendo-se o Poder Público neutro com relação ao debate de cunho religioso, em razão da grande influência do pensamento positivista (BULOS, 2012).

Quanto às inovações, especialmente no tocante dos indivíduos, destaca-se que foram proibidas as penas mais graves, como as galés, o banimento judicial e a pena de morte. Garantindo-se a liberdade de reunião e associação, liberdade de imprensa, inviolabilidade de domicílio e correspondência. Houve ainda a previsão do *habeas corpus*, que tratava-se de uma garantia à situação em que o cidadão estivesse sofrendo ou ainda na iminência de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (CICCO; GONZAGA, 2012).

Além destas inovações, como menciona Bulos (2012), houve ainda o reconhecimento jurídico do casamento civil e a proibição de as escolas públicas ministrarem aulas de religião.

Em 1890, antes mesmo da constituição de 1981, foi promulgado o Código Penal que visava adequar-se ao novo ideal republicano, tendo sido realizado às pressas sendo alvo de inúmeras críticas. Por outro lado, já possuía previsões no mesmo sentido da constituição de 1891, como ensina Masson (2010, p. 60), “a reforma da Parte Geral humanizou as sanções penais e adotou medidas alternativas à prisão, além de reintroduzir o sistema de dias-multa”.

Ocorre que conforme ensina Silva (2012, p. 80),

o sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais e locais, adormecidos sob o guante do mecanismo unitário e centralizador do Império. O governo federal não seria capaz de sustentar-se, se não se escorasse nos poderes estaduais. [...] O poder dos governadores, por sua vez, sustenta-se no coronelismo, fenômeno em que se transmudaram a fragmentação e a disseminação do poder durante a colônia, contido no Império pelo Poder Moderado.

Todavia, com o passar dos anos, a constituição já não possuía os mecanismos necessários para adequar-se à realidade e mesmo com a tentativa de Emenda Constitucional em 1926, não se pode impedir a luta contra o regime oligárquico que dominava o país (SILVA, 2012).

Em 1930, houve a revolução que trouxe a queda do sistema oligárquico, popularmente chamado como “República Café com Leite”, entretanto, apesar de ter ocorrido, o próprio desenvolvimento da economia já estava tendendo o desmonte do coronelismo, ou ao menos seu enfraquecimento (CICCO; GONZAGA, 2012).

Instituiu-se a Era Vargas, que tinha como objetivo conforme ensina Cicco e Gonzaga (2012, p. 123) “promulgar uma nova Carta Política, a fim de refletir os anseios daquela época, garantindo um governo mais justo e transparente em seus atos”.

Houve, nesse sentido uma ruptura da concepção liberal de Estado, sendo instituída em 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que demonstrou grande preocupação e compromisso com relação a questão social, traduzida basicamente pela grande disparidade existente entre os setores produtivos. A constituição impôs, dentre outros aspectos, a Justiça do Trabalho e a Eleitoral, assim como o voto secreto, garantindo o acesso das mulheres à cidadania, criando o mandado de segurança e a ação popular, reconhecendo do ponto de vista



jurídico, o casamento religioso, além de considerar indissolúvel o liame matrimonial e readmitir o ensino religioso nas escolas públicas (BULOS, 2012).

Com o fim da guerra mundial de 1918, os partidos políticos passaram a assumir posições em face da problemática ideológica vigente, criando-se um partido fascista, barulhento e virulento, assim como outro comunista, aguerrido e disciplinado. Aquecido pelos acontecimentos, já no ano de 1937, Getúlio Vargas, instaurou o golpe de estado, fundamentando o ato no suposto perigo causado pelos partidos políticos, e na imediata necessidade de reforço do poder central, criando o Estado Novo e promulgando a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (SILVA, 2012).

A constituição autoritária criada por Getúlio Vargas, não possuía fundamentos sociais, podendo ser vista como reflexo de um governo individual, marcado pela consideração do Presidente da República como autoridade suprema do Estado, com absoluta imunidade penal e com poder de influenciar diretamente as decisões do judiciário, mantendo extinto o cargo de vice-Presidente e determinando a nomeação de prefeitos pelo Governador do Estado (CICCO; GONZAGA, 2012).

Restaram ainda, conforme traduz Bulos (2012), reduzidos os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular. Assim, da maneira como explica Cicco e Gonzaga (2012, p. 124):

da análise desta Constituição, podemos concluir que em muitos momentos havia uma aparência democrática no país, entretanto, era instituído um paradoxo entre realidade e constituição, pois a verdade vista nas ruas e nos Poderes era muito diferente daquela posta no papel.

Nesse compasso, portanto, com a nova Carta Política de 1937 e o posterior sancionamento do novo Código Penal em 1940 a evolução humanista do direito penal constitucional brasileiro, acabou por retroceder. Sendo que o novo código trazia um caráter, como demonstra Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 205, grifado no original):

rigoroso, rígido e autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de “medidas de segurança” pós-delituosas, que operavam através do sistema do “duplo binário”, ou da “dupla via”. Através desse sistema de “medidas” e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu contexto corresponde a um “tecnicismo jurídico” autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada.

Destarte, como explica Nucci (2013, p. 85), “no meio-tempo, em razão da criação de inúmeras leis penais desconexas, houve a consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe (1932)”.

Já no período posterior à II Guerra Mundial, havia no mundo extraordinária recomposição dos princípios constitucionais (BULOS, 2012).

Causando no Brasil o crescimento das tendências esquerdistas, até que os comandantes Monteiro e Gaspar Dutra lideraram o exército, logrando êxito em derrubar o ditador Vargas e assim reestabelecer o regime democrático e encerrar o período do Estado Novo. Posteriormente Gaspar Dutra ganhou as eleições e em 1946 instituiu a nova Carta Política (CICCO; GONZAGA, 2012).

Dentre outras novidades, como destaca Bulos (2012) a nova carta, consagrou os postulados Constitucionais das liberdades públicas, determinou que a ordem econômica fosse organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, criou novo título referente à família, educação e cultura e reconstitucionalizou o mandado de segurança e a ação popular. Além, disso no tocante aos direitos individuais, reestabeleceu diversas garantias, abolindo a pena de morte, reestabelecendo o mandado de segurança entre outros.

Em 1960, elegeu-se para Presidente da República, Jânio Quadros, o qual após sete meses de governo renunciou ao cargo. Com a renúncia, assumiu a presidência, Jango. Entretanto, as forças armadas, o alto clero da Igreja Católica e setores da elite intelectual burguesa, temendo que o novo Presidente implantasse no país o regime socialista, passaram a intervir na política instaurando um regime autoritário, centralizador e burocrático, erigindo o Ato Institucional que eliminava o voto direto para Presidente, suspendia por seis meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade e permitia a suspensão dos direitos políticos. Diante do cenário instalado, Castello Branco foi eleito Presidente, tendo extinguido todos os treze partidos políticos existentes, assim como, fechado o Congresso Nacional, determinado a eleição indireta aos governadores, sendo que esses deveriam escolher os prefeitos e ainda autorizando o Presidente a legislar (BULOS, 2012).

A partir do novo panorama ditatorial imposto, criou-se nova constituição, que nas palavras de Silva (2012, p. 87):

sofreu ela, poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da

República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização. [...] Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais.

No tocante aos direitos individuais e sociais também houve restrições, afirmando que não seriam tolerados as publicações de livros e periódicos que fossem considerados como propaganda de subversão da ordem, assim como as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. Restringido ainda, o direito de reunião, sendo autorizado à Polícia o poder de designar o local para ela (BULOS, 2012).

## **2.2 A constitucionalização direito penal**

O movimento de redemocratização do país foi marcado pelo declínio do regime ditatorial, quando o povo passou a ter coragem de ir às ruas com o movimento “Diretas Já”, em busca do reequilíbrio da vida nacional. A partir da conjectura que figurava o Brasil, foi eleito o Presidente Tancredo Neves, ainda por eleições indiretas, mas que figurava como a esperança do processo de redemocratização, todavia, faleceu antes mesmo de assumir o governo. Assumiu a Presidência, José Sarney, que prosseguiu, posteriormente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CICCO; GONZAGA, 2012).

Em 1985, ou seja, a mais de 40 anos após a promulgação do Código Penal de 1940 e três anos antes da Constituição de 1988, em meio à luta para redemocratização do país, entrou em vigor a reforma da parte geral do código penal, assim como a Lei de Execução Penal, trazendo inovação na política criminal a colocando desta forma em conformidade com os Direitos Humanos, fazendo desaparecer o neoidealismo autoritário. Foram ainda, erradicadas as medidas de segurança e diminuídos os efeitos da reincidência. Apresentou-se novamente o instituto da pena de multa e a possibilidade de concessão do livramento condicional, uma vez cumprido um terço da pena, ou a metade, em caso de reincidência. Por fim eliminou-se a possibilidade de pena perpétua, restringindo-a ao máximo de 30 anos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

A Constituição de 1988 tinha o objetivo de implantar o Estado Democrático de Direito, baseado em uma sociedade livre, justa e solidária, após os 25 anos de intenso regime militar e quase 12 anos de abertura lenta e gradual. Com a

reconquista das liberdades públicas, superando o viés autoritário imposto ao País. Garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade entre outras. O seu texto, portanto, era detalhista, tendo sido inclusive, apelidado de “Constituição Cidadã” (BULOS, 2012).

Para alcançar o objetivo esperado pela instituição da Carta Magna, a partir da visão contemporânea que se estabelecera, eram necessárias medidas que sobressaíssem o âmbito exclusivamente jurídico, transformando a perspectiva dos aspectos que compunham a sociedade em geral e aproximando a lei propriamente dita da realidade estabelecida.

Fixa Silva (2012), que em um Estado Democrático de Direito se ressalta a relevância da lei, pois uma vez instituído, deve ter condições de realizar, utilizando-se da lei, intervenções que atinjam diretamente a modificação da realidade social. Deve-se, portanto, nesse modelo de Estado, a partir da Constituição, impor mudanças sociais democráticas, mas ainda continuar desempenhando função conservadora.

Mesmo que a nossa Constituição não seja um produto efetivamente cultural – no sentido de ser um processo de juridicização dos anseios do povo –, ela precisa ser tida como tal a partir do momento em que define a si própria como sendo *democrática*, estabelecendo valores que correspondem aos anseios da comunidade, de modo que ela é legitimada pelo seu conteúdo democrático. Assim, pode-se falar em uma “legitimação” *a posteriori* da Constituição, pois a comunidade não gera a Constituição, mas a *adota*. A partir daí, ela precisa ser cultivada, passando, então, a ser objeto de um processo cultural (LEAL, 2003, p. 52, grifado no original).

Nesse tocante, os princípios fundamentais de defesa ao indivíduo frente ao poder estatal, principalmente com a proteção das garantias fundamentais, e por outro lado o interesse na proteção dos bens jurídicos inerentes ao cidadão e à sociedade prevendo reações penais, civis, administrativas, contra àquelas lesões que atingissem os aludidos bens, retrataram o inexorável cenário que estava se traçando na República Federativa do Brasil.

Aliás, cabe ressaltar que os direitos fundamentais, como o direito à vida, a isonomia, a legalidade, o sigilo, a intimidade e vida privada, a vedação da tortura, a liberdade de expressão e manifestação, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade religiosa, etc, são direitos irrenunciáveis por parte do indivíduo.

Como ensina a professora Leal (2003), a supressão das garantias fundamentais instituídas foram proibidas, gerando dessa forma, direito adquirido por

parte da humanidade, não comportando restrições e limitações nem mesmo pelo poder constituinte. Assim, passou a ser possível a atualização destas, tão somente por meio da interpretação do seu conteúdo, eis que a Constituição precisa ser tida como um sistema aberto, capaz de interagir no meio em que se encontra inserida, sendo necessária a conexão entre a norma e a própria realidade, com a finalidade de assegurar a força normativa da Constituição, para que esta não venha a sucumbir.

Portanto, a natureza que se cria dentro do Estado Democrático de Direito possui viés eliminador da ideia de contenda entre o indivíduo e o Estado, considerando como inimigo dos direitos fundamentais. Passando a ver o Estado como sendo um auxiliar do desenvolvimento, ou ainda, deixam de ser sempre e apenas direitos contra o Estado para então serem também direitos através do Estado (DOTTI, 2013). Da mesma forma explicita Leal (2003, p. 6):

estado e sociedade sofrem, então, um processo de aproximação decorrente da perda da capacidade de auto-regulação por parte do mercado, que tinha que buscar naquele a ação reguladora que carecia. Cria-se desta forma, uma certa relação de interdependência entre sociedade e Estado.

Sendo assim, a Constituição Federal serve como norteador para os demais ramos do direito, sendo nela “[...] que vamos encontrar a superestrutura de todo o ordenamento jurídico, em especial no que tange às garantias individuais, as normas limitadoras do poder de punir do Estado e outras normas de natureza penal” (MARINHO; FREITAS, 2014, p. 28).

Foi necessário, nesse acinte, que as regras previstas pelo direito criminal, se adaptassem ao estatuto político da Nação, em face do princípio da supremacia constitucional. Por conseguinte, houve a constitucionalização do direito penal trazendo ao ordenamento jurídico indicações de criminalização, neocriminalização, descriminalização e ainda despenalização em diversos magna, como consequência dos fundamentos instituídos pela República e pelo ideal de Estado Democrático de Direito (DOTTI, 2013).

Os preceitos trazidos pela Constituição, baseados principalmente, na limitação do poder de legislar de acordo com as demandas sociais e circunstâncias político-sociais e econômicas de cada período, sempre com a observação dos direitos fundamentais, associado ao garantismo instituído em relação ao acusado penalmente e por fim, aliado ao poder dever do Estado à proteção os bens jurídicos

constitucionalmente relevantes, vincularam o sistema penal existente.

Como medida primária do poder limitador dado pela força normativa da constituição, foi instituído a garantia de competência única e exclusiva da União na elaboração da legislação penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Paralelamente, o próprio poder punitivo delegado a união, restou restringido através do princípio da legalidade, como exemplifica os professores Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 205, grifado no original):

b) o art. 5.º, inc. XXXIX, estabelece o *princípio da legalidade*, que, como corolário inclui o *princípio da reserva legal*, que deriva do art. 5.º, incso II. Ambos decorrentes do princípio republicano (ou democrático): quando o art. 5º XXXIX, estabelece inexistir crime e pena sem lei anterior, está determinando que só pode ser crime aquilo que está proibido pela lei, e que fora da proibição legal, não pode haver crime e pena; c) art. 5.º, inc. XL, estabelece o *princípio da retroatividade* da pena mais benigna. Este princípio não admite exceções que possam ser fixadas pelo Código Penal.

Deslinda Barroso (2011, p. 403) que, “o respeito aos direitos fundamentais impõe à atividade legislativa limites máximos e limites mínimos de tutela. A constituição funciona como fonte de legitimação e de limitação ao legislador”.

Conquanto à limitação do poder punitivo, a constituição acabou por estabelecer rol de direitos e garantias individuais ao acusado penalmente, no campo do Direito Penal, Processual Penal e de Execução Penal, extremamente superior a todos os modelos antecedentes, como exemplifica Dotti (2013, p. 194):

b) da individualização da medida penal e da personalidade da pena; c) a proibição da pena de morte (salvo em caso de guerra declarada) e de prisão perpétua; d) de penas cruéis, de trabalhos forçados e banimento; e) a proibição de extradição de brasileiro.

As penas passaram a ter caráter individual, sendo fixados parâmetros diversos com relação à conduta do agente, com a criação da impossibilidade de pena de prisão às infrações relativas à dívidas, excetuados a obrigação alimentícia e também do depositário infiel.

Exemplifica Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 206, grifado no original):

f) Constituição Federal estabelece que a lei deverá regular a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), o que indica que as penas não podem ser fixadas pelo menos como critério geral, permitindo ao juiz a escolha da pena dentre a “privação ou restrição da liberdade”, “perda de bens”, “multa”, “prestação social alternativa”, “suspensão ou interdição de direitos”, entre outras (art. 5.º, inc. XLVI, alíneas *a*, *b*, *c*, *d* e *e*, respectivamente). O inc. LXVII proíbe a prisão civil por dívidas (“não haverá

prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia a do depositário infiel”).

Nesse diapasão, o direito penal teve que adaptar não somente suas tipificações de direito material, mas também os critérios processuais e de execução da pena, criando garantias individuais a pessoa do acusado. Entretanto, tais garantias não podem ser consideradas como de caráter absoluto, é como ensina o professor Barroso (2011, p. 404):

é inegável que a tipificação e punição de um crime interferem, inexoravelmente, com os direitos fundamentais, notadamente com o direito à liberdade. Por vezes, interferirá também com o direito de propriedade, em caso de multa ou perda de bens. Porém, como já se assentou, nenhum direito fundamental é absoluto, e existe sempre a possibilidade de tais direitos colidirem entre si ou com outros bens e valores constitucionais. Há uma tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados, e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmensurada. Vale dizer: deverão observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na dimensão da vedação do excesso.

Doutra banda, diante da responsabilidade do Estado frente à sociedade, imperativo a criação de normas que respondessem aos anseios e à realidade social na âmbito criminal. Assim, adotou o papel de protetor da sociedade,

a) na criação da figura do *crime hediondo*; b) na criminalização do racismo como ilícito inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão; c) na determinação de que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; d) na previsão da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, como crime inafiançável e imprescritível (DOTTI, 2013, p. 194 grifado no original).

Aliás, ressalta-se que os anseios da sociedade devem ser maximamente valorados e refletidos no ordenamento jurídico. Para assegurar e fixar tal preceito, a Constituição de 1988, consolidou o princípio republicano (ou democrático) e também o princípio da soberania do povo. Para elucidar brevemente tais princípios, as palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 205, grifado no original):

a) *princípio republicano (ou democrático)*, que impõe a racionalização dos atos do poder público e, conseqüentemente, também do Poder Judiciário, o que obriga à interpretação lógica e coerente das leis penais. O princípio da *soberania do povo* impede que a justiça penal seja exercida sob invocações de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo. Ambos os princípios emergem do art. 1º, parágrafo único, da

Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Além disso, é necessário atentar que os anseios da sociedade em um Estado Democrático de Direito, por si só, não devem, ser capazes de gerar e classificar determinada conduta como ilícita, sendo necessário para tanto a observância dos demais critérios limitadores da seara constitucional penal, já que somente nesse assentamento é possível alcançar o real objetivo da Constituição posta. Destarte, de fundamental relevância como critério limitador ao direito penal instituído pela constituição, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ou também chamado de princípio da lesividade ou ofensividade, tenuamente aclarado pela explanação de Prado (2011, p. 75),

[...] o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (princípio da lesividade ou da ofensividade), segundo o qual não há delito sem lesão ou sem perigo de lesão a um bem jurídico determinado, resulta da própria concepção de Estado democrático de Direito insculpida na Carta Constitucional, que determina o conceito de bem jurídico e limita a atividade do legislador ordinário no momento da criação do ilícito penal (teoria constitucional eclética).

Por conseguinte, o direito penal atua de diversas maneiras, como por exemplo, através dos mecanismos de tipificação de delitos e atribuição de penas, expressando o dever de proteção por parte do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, quais sejam, a vida, dignidade, integridade dos indivíduos e propriedade (BARROSO, 2011).

Assim, como visto, a constituição instituída em 1988 serviu apenas como um balizador do direito penal, não podendo ser confundida com o próprio direito penal material, conforme os ensinamentos de Guimarães (2000, p. 43):

como foi visto até aqui, a Constituição desenvolve uma função de orientação, na medida em que, possuindo o caráter fragmentário, não prevendo ou protegendo a totalidade de bens e de valores da comunidade política, mas a penas aqueles mais representativos e essenciais aos cidadãos, permite ao legislador originário apenas guiar-se dentro de certos limites.

À vista disso, o legislador frente à nova constituição, continuou como antes, por ter a faculdade de definir e constituir crimes e penas. Entretanto, a tipificação de tais condutas e penalidades passou a ser realizada sob o viés de proteção aos valores, bens e direitos fundamentais dos integrantes da sociedade. Sendo tal



faculdade restringida pelo respeito aos direitos fundamentais dos acusados penalmente.

Somente com a adoção de um modelo normativo de direito baseado na estrita legalidade, dentro de parâmetros constitucionais que atendam as disposições das convenções internacionais protetoras dos direitos humanos, poderemos redimensionar, nesse aspecto, nosso sistema normativo punitivo, minimizando-o e potencializando-o a atender às demandas que visem à realização dos direitos fundamentais, tanto liberais quanto sociais, dos cidadãos de nosso País (COPETTI, 2000, p. 138).

Entende-se que conforme demonstra Molina e Gomes (2012, p. 53, grifado no original):

é precisamente a partir dessa conexão indissolúvel entre os valores e princípios constitucionais e internacionais, Política criminal e Direito Penal que começam a surgir algumas “opções dogmáticas e político-criminais” orientadas a um modelo punitivo de mínima intervenção, ao mesmo tempo em que permite a reconstrução de um sistema que possibilite uma solução justa e adequada aos problemas concretos que a vida apresenta ao Direito Penal.

Gize-se, nesse tocante que os princípios constitucionais trouxeram nova perspectiva prática e interpretativa ao sistema penal já vigente, influenciando desde a criação de determinados ilícitos penais até a aplicação da punição propriamente dita.

### **2.2.2 Princípios constitucionais penais**

Os princípios são os elementos que demonstram os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, tendo força vinculativa a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova, cotidianamente, na busca pela construção da humanidade. Ademais, representam um ponto de referência e partida para a operacionalização de todo o ordenamento, servindo como imperativo para as decisões judiciais (LEAL, 2003).

Aliás, os princípios ultrapassam o campo das leis propriamente ditas, acabando por se inserir em outros ramos inertes ao direito penal, servindo como “fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição” (BITENCOURT, 2012, p. 47).

Os princípios constitucionais apresentam-se, pois, com um caráter paradoxal, pois ao mesmo tempo que permitem a abertura do sistema, afiguram-se como o elemento imutável da ordem jurídico-constitucional, ao estabelecer os limites dessa mesma abertura, consistindo num fundamento de segurança jurídica. Eles são, assim, concomitantemente, o elemento de

abertura e de fechamento da estrutura jurídica (LEAL, 2003, p. 40).

Inúmeros são os princípios instituídos pela Carta Magna de 1988, entretanto, serão oito, os princípios que serão aludidos no presente capítulo, a dignidade da pessoa humana, legalidade, humanidade, intervenção mínima do estado, insignificância, ofensividade ou lesividade, culpabilidade e vedação da dupla punição pelo mesmo fato.

O princípio da **dignidade da pessoa humana**, “trata-se, sem dúvida, de um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe auto estima e garantindo-lhe o mínimo essencial” (NUCCI, 2012, p. 45).

Em verdade, a dignidade da pessoa humana é considerada mais do que um princípio, se tratando de um dos fundamentos da República, possuindo, portanto, valor inegociável e imponderável frente aos demais princípios e valores, devendo em todo o caso se sobrepor aos demais (MARINHO; FREITAS, 2014).

Para Nucci (2012, p. 46, grifado no original):

[...] o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV, da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não despuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e auto estima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.

Assim, o caráter social trazido por este princípio é que faz com que seja auferido como valor referencial máximo de todo o sistema, vez que não reside apenas na pessoa do indivíduo, mas também engloba sua relação com o mundo e com tudo que o cerca (LEAL, 2003).

O professor Nucci (2012), em seus ensinamentos aduz que para a preservação da dignidade do humano, é essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais e por essa razão tal princípio representa meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado ou alijado de qualquer forma, especialmente no contexto penal e processual penal.

[...] significa dizer que a dignidade da pessoa humana é *telos* último, a *ratio essendi* de todo o ordenamento jurídico, estando todos os demais valores

constitucionais comprometidos no sentido de sua realização, ou seja, estes são concebidos como estando a serviço daquela (LEAL, 2003, p. 71).

Repara-se, que o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito penal, pode ser vislumbrado com maior perspectiva sob dois preponderantes aspectos “[...] a proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas (afinal, o Direito é que está a serviço da humanidade e não o contrário) e a vedação de penas que contêm tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório” (ESTEFAM, 2010, p. 118).

Destarte, ilustra Prado (2011, p. 164, grifado no original) “[...] não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em *coisa*”.

O **princípio da legalidade** foi instituído porque “o Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade” (NUCCI, 2012, p. 92).

Diante de tal premissa, o artigo 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, reproduziu que não há crime sem lei anterior que o defina nem sem prévia cominação legal, sendo possível visualizar no próprio art. 1º do Código Penal a mesma reprodução (MARINHO; FREITAS, 2014).

Gize-se que a matéria penal, ou seja, a definição de crime e a cominação de pena, é reservada a lei, não sendo possível acolher qualquer outro tipo normativo para tanto, eis que considerar-se-ia inconstitucional.

O princípio da legalidade, portanto, é de suma importância à segurança jurídica já que salvaguarda os cidadãos contra eventuais punições sem base em lei escrita, exigindo também perfeita e total correspondência entre o ato e a lei penal, para fins de caracterização do ilícito e conseqüentemente da aplicação da sanção respectiva (ESTEFAM, 2010).

Pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida (BITENCOURT, 2012, p. 49).

É por essa razão que se pode dizer que “a legalidade faz o Estado Absoluto ceder e deixar-se de conduzir pela vontade do povo, por meio de seus representantes para a criação de delitos e penas” (NUCCI, 2012, p. 93).

O **princípio da humanidade** aduz que a criação de tipo penal ou a cominação de alguma pena que atente, ou seja, que restrinja alguns direitos nos termos da Constituição, desnecessariamente contra a incolumidade física ou até mesmo moral de um indivíduo é inconstitucional (CAPEZ, 2012a).

Nas palavras de Nucci (2012, p. 161):

[...] o princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo impar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte. Viver, civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando as futuras gerações, que o mal se combate com o bem, transmitindo o exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior. Ninguém no universo da natureza humana, é infalível; erros existem de todos os naipes, dentre eles as infrações penais. Contra estas, com certeza, pode e deve insurgir-se a sociedade, com seus poderes regularmente constituídos mas, tendo por limite e por fronteira, a humanização de seus atos e de suas punições.

Ressalta-se que a punição por si só não estampa o ideal instituído pelo Estado Democrático de Direito, já que neste modelo é necessário também retomar a atenção ao indivíduo como integrante da sociedade, portanto, Ramirez (1989) citado por Bitencourt (2012, p. 68, grifado no original) aponta que, “seja reinterpretado o que se pretende com ‘reeducação e reinserção social’, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social”.

Nada obstante, Nucci (2012), elucida que o princípio da humanidade é instituído no ordenamento jurídico com a ideia de que retribuir o mal do crime com uma também maldosa pena constitui papel de vilania e equipara o Estado à própria figura do agressor perdendo o objetivo principal de virtude e deslegitimando o Estado de sua atuação em nome do Direito e também Justiça. Nesse diapasão, se os maus sentimentos ainda são impressos aos indivíduos, não se pode cultivá-los e desta forma incentivá-los a integrar o campo das leis, onde ao menos, idealmente o justo prevalece e a benemerência é a razão de ser. As leis devem então, espelhar a riqueza da meta a ser buscada, como exemplo e incentivo à civilidade.

Para compreensão do **princípio da intervenção mínima do estado**, é necessário, primeiramente esclarecer o próprio significado da palavra intervir, qual seja, “tomar parte em algo, colocando-se entre duas ou mais partes. Tratando-se da figura do Estado, a intromissão se dá no contexto de conflitos ou litígios entre pessoas físicas ou jurídicas” (NUCCI, 2012, p. 189).

Ainda para Nucci (2012), em matéria penal, existem lides que envolvem interesses díspares, no cenário de uma conduta ilícita, neste tempo assume o

Estado o monopólio da distribuição de justiça e da composição de conflitos, intervindo para garantir a justa aplicação da lei.

Todavia, para que haja a intervenção do estado na prática de determinada conduta é preciso cautela, como ensina o professor Capez (2012a, p. 38):

ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do direito deverão ser catalogados como crimes em modelos descritivos legais.

Nesse sentido, a intervenção do Estado é desejável, até o ponto em que se acate a liberdade individual como bem supremo, preservando-se a dignidade da pessoa humana como demanda o Estado Democrático de Direito. Razão pela qual se deve buscar no campo Penal, que representa a esfera de poder máximo, a intervenção mínima. Sob pena de se estar vulgarizando a força estatal e privilegiando o império da brutalidade (NUCCI, 2012).

Se existe um recurso mais suave em condições de solucionar plenamente o conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático. [...] A intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça (CAPEZ, 2012a, p. 39).

Ocorre nesse tocante, que o Direito Penal não pode ser aplicado de primeira monta já que representa a entidade de intervenção máxima do ordenamento jurídico, atuando diretamente na restrição da liberdade do indivíduo, sendo necessário que medidas extrapenais tenham sido aplicadas anteriormente à tipificação penal, na tentativa de resguardar o bem jurídico em questão. É como instrui o professor Bitencourt (2012, p. 52) em seus ensinamentos:

antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

Isso porque, “o uso excessivo da sanção criminal (*inflação penal*) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa” (PRADO, 2011, p. 71, grifado no original).

É necessário, nesse acinte, a busca por equilíbrio para que todos os princípios continuem sendo respeitados “o eficiente equilíbrio entre *liberdade e punição penal*, modelado pela razoabilidade e pela proporcionalidade, constitui o demonstrativo eficaz que se cultua e respeita o Estado Democrático de Direito” (NUCCI, 2012, p. 191, grifado no original).

O **princípio da insignificância**, deve ser tido a partir do próprio conceito da palavra insignificante, qual seja, “*insignificante* pode representar algo de valor diminuto ou desprezível, bem como algo de nenhum valor” (NUCCI, 2012, p. 193, grifado no original).

Partindo do conceito da palavra denominadora do princípio, observa-se que a finalidade do direito penal é a tutela de um bem jurídico, entretanto quando a lesão a este bem for insignificante a ponto ainda de se tornar incapaz de lesar o próprio interesse protegido, não havendo adequação típica. Sendo consideradas, portanto, atípicas as condutas ilícitas que resultem danos de nenhuma monta (CAPEZ, 2012a).

Entretanto, para aplicação do princípio da insignificância é necessário além da análise do valor do bem jurídico tutelado por si só, voltar a atenção à vítima e à personalidade do agente criminoso. É como explica Nucci (2012), o bem jurídico tutelado há de ser considerado também sob o ponto de vista da vítima, vez que, especialmente nos delitos patrimoniais, determinadas coisas inúteis ou de reduzido valor para alguns consistem em bens relevantes para outros. Ademais, devem ser analisados os atributos da personalidade, antecedentes, conduta social, assim como a execução, circunstâncias e consequências da ação, fatores que são essenciais para determinação do potencial lesivo ao bem jurídico.

Assim, a aplicação do princípio da insignificância deve ser,

resultado de uma análise acurada do caso em exame, com emprego de um ou mais vetores – v.g., mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (PRADO, 2011, p. 184).

Enfim, observa-se, que os delitos sujeitos à aplicação do princípio da insignificância não se restringem exclusivamente àqueles considerados delitos patrimoniais, é nesse sentido a explanação de Nucci (2012, p. 197),

a tutela penal não se estende apenas aos bens jurídicos materiais, tais

como o patrimônio, a integridade física, a vida, dentre outros. Alcança, ainda, e cada vez mais, os bens imateriais, porém de relevante valor à sociedade, tais como a moralidade administrativa, a honra, o meio ambiente, a saúde pública, a paz social, dentre outros.

O **princípio da ofensividade ou lesividade**, define que para que haja a tipificação de um delito, é substancial que exista ao menos um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido, e somente nesse deslinde que torna-se justificável a intervenção estatal repressiva (BITENCOURT, 2012).

Em razão disso, “o princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos os chamados ‘delitos de perigo abstrato’, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico” (CAPEZ, 2012a, p. 42, grifado no original).

Ademais, o princípio da ofensividade deve ser visto e tem atuação sob dois prismas do direito penal, inicialmente servindo de orientação à atividade legiferante, ao fornecer substratos para que o legislador, no momento da elaboração do ilícito penal o faça em razão de haver conteúdo de fato ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, enquanto que em segunda monta, serve de critério interpretativo, de forma a coibir o intérprete legal a visualizar em cada caso concreto a indispensável lesividade a um bem jurídico protegido (BITENCOURT, 2012).

Isso posto, o Direito Penal resta impossibilitado de avançar em sua atuação quando qualquer bem jurídico relevante a terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Por essa razão,

aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária *tolerância* que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes (GRECO, 2010, p. 51, grifado no original).

O princípio da **culpabilidade** se trata do princípio, segundo o qual, ninguém será penalmente punido, se não tiver agido a partir de conduta dolosa ou culposa, como bem explica Nucci (2013, p. 98),

o princípio da culpabilidade encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição, justamente porque não se pode, num Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente. Haveria flagrante intervencionismo estatal na liberdade individual caso fosse possível padronizar esse entendimento. Na

ótica de Jescheck, o princípio da culpabilidade serve, de um lado, para conferir a necessária proteção do indivíduo em face de eventual excesso repressivo do Estado, fazendo com que a pena, por outro, circunscreva-se às condutas merecedoras de um juízo de desvalor ético-social.

Por fim, o princípio da **vedação da dupla punição pelo mesmo fato**, significa que nenhuma pessoa pode ser processada e punida duas vezes pela prática da mesma infração penal. O princípio também surte efeitos no momento da aplicação da pena ao condenado, já que se possuir antecedente criminal, somente poderá ser considerado uma vez, seja como agravante da reincidência ou como circunstância judicial desfavorável (NUCCI, 2013).

Nesse fechamento, revela-se a importância e alcance dos princípios ao ordenamento jurídico, vez que sem a existência destes, a elaboração das normas não possuiria nenhum ponto de partida capaz de dar rumo. Aliás, a falta ou não observância dos princípios norteadores coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito, pois são eles que imprimem o próprio objetivo da sociedade neste estado.

### **2.2.3 Controle de constitucionalidade: o controle preventivo e o repressivo**

Com relação ao **controle preventivo** de constitucionalidade observa-se que se trata do “controle de Constitucionalidade exercido pelos poderes Executivo e Legislativo ocorre antes do fim do processo de instituição da lei (pela CCJ e pelo veto jurídico)” (GALANTE, 2005).

Incide nesse modo de controle de constitucionalidade, o princípio da legalidade, e assim, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente. Há assim, duas hipóteses de controle preventivo, que buscam evitar o ingresso de leis inconstitucionais no ordenamento jurídico, sendo estes, as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico (MORAES, 2005).

As **comissões permanentes de constituição e justiça** tem como objetivo analisar a compatibilidade de projeto de lei ou ainda proposta de emenda constitucional apresentados à luz da Constituição Federal. Tal hipótese poderá ser ainda realizada pelo plenário da casa legislativa, quando ocorrer rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade. Já o **veto jurídico** consiste na possibilidade de o Presidente da República vetar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por



entende-lo inconstitucional (MORAES, 2005).

O controle **repressivo** de constitucionalidade refere-se à possibilidade do próprio Poder Judiciário realizar o controle à luz da Constituição Federal, da lei ou do ato normativo já editados para retirá-los do ordenamento jurídico, em sendo contrários à Carta Magna (MORAES, 2005).

É o controle responsável pelos regramentos atentatórios às normas constitucionais, que já foram apreciados pelo controle preventivo de constitucionalidade, mas que por conta de algum equívoco ou alteração interpretativa, estão em vigência no ordenamento jurídico. Há nesse sentido, duas hipóteses de controle de constitucionalidade repressivo, quais sejam, difuso e concentrado.

Nesse diapasão, conforme ensina Bulos (2012), no controle de constitucionalidade **repressivo difuso**, pela via de exceção ou de defesa, qualquer das partes no curso de um processo, pode suscitar determinada inconstitucionalidade como questão prejudicial, cabendo ao juiz ou tribunal decidir a questão.

Assim, como esclarece Bulos (2012, p. 205), “a sentença proferida, no caso concreto, é para resolver a questão prévia de inconstitucionalidade, não o litígio principal. Esse último só será resolvido depois que o incidente tiver sido sanado”.

No controle de constitucionalidade repressivo difuso, o objetivo é declarar a inconstitucionalidade somente de um caso específico, ou seja, sem gerar efeito *erga omnes*, são as palavras de (MORAES, 2005, p. 635):

nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Ocorre, que tal controle pode ainda vir a gerar futuro efeito *erga omnes* já que “se o processo subir até o Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso, pode esta Corte remeter a decisão de declaração de inconstitucionalidade derivada da apreciação do caso concreto ao Senado Federal” (SIQUEIRA JUNIOR, 2011, p. 147). A inconstitucionalidade, portanto, passará ao âmbito do Senado Federal que poderá restringir os efeitos da decisão, suspendendo na legislação, nos limites da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal, aquilo que entender conveniente.

Trata-se, pois de controle segundo o qual a análise da constitucionalidade

não é o pedido principal, sendo apenas necessário para o julgamento de mérito de determinada demanda jurídica, gerando a efeito *inter partes*.

A segunda hipótese de controle de constitucionalidade repressivo, consiste no **controle concentrado** que se traduz pela via de ação, segundo a qual somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para fiscalizar a constitucionalidade. Se trata ainda de um processo objetivo, que segue as próprias regras, não sendo regido pelas mesmas diretrizes de um processo ordinário, comum ou subjetivo (BULOS, 2012).

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2005, p. 655).

Portanto, o controle de constitucionalidade, se trata de um instrumento político para controle das normas. A tutela é o interesse público, já que neste tipo de controle, não há alegação de existência de lesão a direito próprio ou alheio, havendo apenas, a busca pela defesa da Constituição. Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, atua neste tipo de controle de constitucionalidade, como legislador negativo, incumbido de eliminar do sistema jurídico todas as normas incompatíveis com o texto constitucional (SIQUEIRA JUNIOR, 2011).

### 3 ASPECTOS CONCEITUAIS PENAIS

Após a explanação relativa à constitucionalização do direito penal, neste capítulo, serão analisados os elementos penais relativos ao crime, ao bem jurídico tutelado, à conduta e contexto fático à que se determinou o agente criminoso. Os fundamentos que serão estudados, constituem a possibilidade de determinada ação ser considerada típica, ilícita e culpável e desta forma, passível de punição pelo Estado interventor.

#### 3.1 O direito penal, o bem jurídico tutelado e o crime

Parte-se, da conjectura de que o homem não pode mais ser considerado de maneira isolada, mas sim como integrante de um grupo social, de tal maneira que sem o outro o eu não existe e ainda observando a liberdade do indivíduo como marco limitante dos demais (SCHMIDT, 2001).

Nesse prisma, portanto, necessário observar que “as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem” (BITENCOURT, 2012, p. 33).

Deve-se ater que o fato social que atenta a norma de Direito caracteriza determinado ilícito jurídico, que quando mais grave, configura o ilícito penal, atentando os bens considerados mais importantes na vida em sociedade. Assim, com o intuito de combater tais ilícitos penais o Estado instituiu o Direito Penal (JESUS, 2013).

Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo. Dentre as medidas de repressão ou prevenção encontramos as medidas de segurança (JESUS, 2013, p. 45).

Nessa acepção, disserta Capez (2012a, p. 19), sobre a concepção Direito Penal.

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, combinando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação (JESUS, 2013, p. 45).

Já nos ensinamentos de Dotti (2013), o conceito de Direito Penal deve ser dividido entre objetivo e subjetivo. Assim o Direito Penal Objetivo, versa sobre o conjunto de normas jurídicas que objetivam traduzir em geral as necessidades e os interesses de uma comunidade, além dos indivíduos por si só e do Estado, sob a forma de determinados preceitos coercitivos. Já ao conceito de Direito Penal Subjetivo, reserva-se o entendimento de que se trata da possibilidade de exigir a prestação ou então a abstenção de fatos ou atos ou o cumprimento de determinada obrigação a que outrem esteja sujeito, pressupondo assim um sujeito, um objeto e a relação que os liga.

Prado (2011, p. 71), em seu entendimento também diferencia o Direito Penal Objetivo e o Subjetivo, mencionando que,

do ponto de vista objetivo, o Direito Penal (*jus poenale*) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também, sua aplicação. Já em sentido subjetivo (*jus puniendi*), diz respeito ao direito de punir do Estado (princípio da soberania), correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito. Fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios fundamentais.

Conquanto, Molina e Gomes (2012) possuem entendimento diverso com relação à divisão de Direito Penal, classificando os conceitos entre Dinâmico e Social ou Estático e Formal.

Assim, o conceito de Direito Penal Dinâmico e Social nas palavras de Molina e Gomes (2012, p. 29, grifado no original):

o Direito Penal é a área do ordenamento jurídico que regula e limita o direito de punir do Estado. Do ponto de vista *dinâmico e social*, pode-se afirmar que o Direito Penal é um dos instrumentos do controle *social* por meio do qual o Estado, por determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências afins) as condutas desviadas (crimes, contravenções ou infrações *sui generis*, como é o caso do art. 28 da lei de drogas) mais nocivas para a convivência, visando assegurar dessa maneira a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo.

E o conceito de Direito Penal Estático e Formal:

sob o enfoque *estático e formal* pode-se afirmar que o Direito Penal é um conjunto de normas (normas jurídico públicas) que definem certas condutas como infração, associando-lhes penas ou medidas de segurança assim como outras consequências jurídicas (indenização civil, por exemplo) (MOLINA; GOMES, 2012, p. 30, grifado no original).

Portanto, não é possível atualmente restringir o conceito de direito penal à penas ou medidas de segurança, eis que alcança patamar excelso tratando-se de,

*um sistema de integração entre fatos, valores e normas, e cujo desenvolvimento encontra-se sujeito à observância de princípios básicos que, além de possuírem conteúdo axiomático, estão arrolados expressamente em nosso ordenamento jurídico (SCHMIDT, 2001, p. 104, grifado no original).*

Desta maneira complementa Capez (2012a, p. 27):

o Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contratos sociais, estimulando práticas positivas e restando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método a ciência, o justo anseio social.

Nesse mesmo segmento, é o ensinamento que elucida de Prado (2011, p. 70), “o Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica”.

Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça (CAPEZ, 2012a, p. 19).

Por conseguinte, conforme ensina Marinho e Freitas (2014, p. 23), a função protetiva estatal é exercida da seguinte maneira:

através da escolha, pelo legislador, de quais bens jurídicos devem ser protegidos; da definição clara e precisa das condutas que são efetivamente lesivas ou que acarretam grave perigo a estes bens jurídicos selecionados e, ainda, qual deve ser o grau de proteção, representado pela gravidade da sanção penal imposta, tanto em termos qualitativos (a espécie de pena que será cominada, p. ex., pena privativa de liberdade) quanto em termos quantitativos (qual a quantidade da sanção, p. ex., 3 anos de reclusão).

Doutra banda, observa-se que toda e qualquer lesão a bens jurídicos tutelados através do Direito Penal acarreta em um resultado indesejado, o qual acaba por ser valorado de maneira negativa, vez que o interesse ofendido é relevante para a coletividade. Entretanto, ao ressaltar tal visão, tão somente

pragmática e privilegiadora do resultado, livre de preocupação quanto à reprovação justa da conduta, o direito penal acaba por romper os compromissos éticos assumidos perante os cidadãos, tornando-os rivais e ocasionando a ineficácia do combate ao crime, ou seja, o oposto do objetivo tutelado (CAPEZ, 2012a).

Gize-se que a missão primária do Direito Penal não é em suma a proteção atual de bens jurídicos, ou seja, da pessoa individual ou da sua propriedade como por exemplo. Eis que se assim fosse a intervenção estatal acabaria se tornando sempre tardia. Assim, muito mais importante que a tutela de bens jurídicos concretos e singulares é a missão de assegurar e garantir a vigência e observância real dos valores do próprio ato da consciência jurídica, sendo o fundamento mais sólido que possa ter o Estado e a Sociedade. Já que a mera e simples proteção de bens jurídicos possui um caráter negativo, preventivo e policial, enquanto que a principal missão do Direito Penal é positiva possuindo natureza ético-social (MOLINA; GOMES, 2012).

De pouco adianta o recrudescimento e a draconização de leis penais, porque o indivíduo tenderá sempre ao descumprimento, adotando postura individualista e canalizando sua força intelectual para subtrair-se aos mecanismos de coerção. O que era um dever ético absoluto passa a ser relativo em cada caso concreto, de onde se conclui que uma administração de justiça penal insegura em si mesma torna vacilante a vigência dos deveres sociais elementares, sacudindo todo o mundo do valor ético (CAPEZ, 2012a, p. 21).

Em contraponto a tal premissa, Capez (2012a, p. 20) afirma que:

na medida em que o Estado se torna vagaroso ou omissivo, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, ineficiência e omissão.

Portanto, assenta-se que é necessário o estabelecimento de um equilíbrio entre a ação repressora do estado e os direitos e garantias individuais, como assim explica Schmidt (2001, p. 98, grifado no original):

a busca pelo ideal da *paz social* somente trará benefícios à submissão estatal quando a soberania *administre o interesse geral* (social e individual) fazendo uso, exclusivamente, da parcela necessária de direitos individuais capazes de promover não só o máximo possível de felicidade coletiva, mas, também, o mínimo possível de sofrimento individual [...]. O Estado é um *sujeito de Direito e de obrigações* cuja existência necessita restar justificada, pois, do contrário, preferível será o regresso à luta individual pela autoconservação. Qualquer restrição à liberdade e aos “direitos naturais”

(*rectius*: direitos fundamentais) dos indivíduos encontra o seu limite não só na maior felicidade possível das maiorias, como também, no menor sofrimento possível das minorias.

É nesse sentido também como ensina Copetti (2000, p. 81):

algumas parcelas do ordenamento devem contribuir mais do que outras, e neste aspecto entendemos que o direito penal pela gravidade das sanções que impõe, deva ser a parte do ordenamento jurídico menos utilizada para tal fim, pois uma exacerbação do ordenamento e da atuação estatal penal para a realização do Estado Social implicaria necessariamente uma violenta redução das liberdades individuais que são, sem dúvida alguma, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Da mesma maneira, é a explanação de Prado (2011, p. 68):

o direito é ao mesmo tempo poder protetor e valor obrigatório, sendo que como poder coage e como valor obriga. Tão somente o valor pode obrigar e o faz em termos éticos. A força obrigatória da lei jurídica termina no momento em que ordena de forma contrária a um bem que eticamente não pode ser afetado de nenhum modo.

O pressuposto tácito de uma convivência pacífica dentre uma sociedade livre, é a aceitação da ordem jurídica imposta, não cabendo dúvida de que tal pressuposto por parte dos indivíduos da sociedade, só é possível se incidir de suas próprias vontades e atitudes e, portanto, não somente e desta maneira tardiamente, por meio de tutela de concretos bens jurídicos (MOLINA; GOMES, 2012).

Exprime-se ainda a ideia de que o Direito Penal por mais que precise assumir papel de tutela, não pode incidir na esfera interna do indivíduo.

Em uma sociedade pluralista e democrática não pode ser incumbência do direito penal incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus padrões de valores (aliás, é bem provável que o Estado, mesmo que quisesse, jamais conseguiria esse *desideratum*). Tal ingerência é abusiva e imprópria, quando concretizada pelo Direito. Nada mais perigoso, por outro lado, que confundir as fronteiras do Direito com a Moral, pretendendo que o primeiro se transforme em instrumento de atitudes de adesão e de fidelidade (MOLINA; GOMES, 2012, p. 204).

Com relação ao controle social penal, ensinam os professores Molina e Gomes (2012, p. 32, grifado no original) que:

o controle social *penal*, como modalidade do chamado controle social *formal*, somente entra (ou deveria entrar) em funcionamento: a) quando fracassam os mecanismos primários do controle social *informal* que devem intervir previamente; e b) desde que a conduta desviada, antissocial, revele uma especial relevância, ou seja, uma concreta, transcendental, grave e

intolerável forma de ofensa a um bem jurídico relevante.

Por isso, deve-se sempre, em primeira monta buscar meios extrapenais de proteção aos bens jurídicos relevantes, havendo momento oportuno para atuação do controle social do estado perante os indivíduos que compõe a sociedade. Assim, o controle penal inicia-se basicamente com a tipificação da conduta ilícita, ou seja, àquela conduta considerada como criminosa.

O conceito de crime pode ser classificado e assim conceituado sob os aspectos material, formal ou então analítico (CAPEZ, 2012a).

Inicialmente, preceitua-se que o conceito de crime sob aspecto material, é relacionado diretamente ao conteúdo do ilícito penal, e resumidamente quer dizer, o que a sociedade, em dados momentos históricos considera que deve ser proibido ou não pela lei penal. Assim, observa-se que são socialmente danosas àquelas condutas que afetam de maneira intolerável a estabilidade e o desenvolvimento da vida em comunidade, só sendo admissível portanto, o emprego da lei penal quando houver a necessidade imprescindível de proteção da coletividade em geral ou até mesmo de bens vitais ao indivíduo. Sub extrai-se então que pelo aspecto material o crime constitui uma determinada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal, tanto de caráter individual como coletivo ou difuso (PRADO, 2011).

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Jesus (2013, p. 193), quando disserta sobre o conceito material de crime,

o conceito material do crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração pena e sujeita a uma sanção. É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante, estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *ius libertatis* dos cidadãos.

Já nas palavras de Capez (2012a, p. 134), o conceito de crime sob o aspecto material:

é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Conquanto veja-se o crime sob o aspecto formal diante do princípio da



legalidade estrita erigido à garantia constitucional, o qual inclusive estava contido no próprio Código Criminal do Império de 1830, e também no Código Penal Republicano de 1890: “crime é a conduta humana que infringe a lei penal” (MARINHO; FREITAS, 2014).

Complementando o conceito de direito penal sob aspecto formal, a explanação de Capez (2012a, p. 134),

o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana.

Vale ainda destacar a explicação de Prado (2011, p. 293, grifado no original), com relação ao mesmo aspecto formal:

versa, portanto, sobre a relação de contrariedade entre o fato e a lei penal. Tem-se, pois, que “delito é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”; “ação ou omissão, imputável ao seu autor, prevista e punida pela lei como sanção penal”, ou ainda, “todo fato humano proibido pela lei penal”.

Entretanto, conforme demonstra Marinho e Freitas (2014) mesmo a partir de conceitos consolidados de crime sob aspecto material e formal, estes se tornam insuficientes ao ordenamento vigente.

Eis que o conceito sob aspecto material traz à tona o entendimento de ataque a bens jurídicos e de tutela destes bens pela própria norma, inserindo certa substância ao conceito formal, ao passo que o legislador formalmente considera crimes através da elaboração da norma, condutas que representem lesão a bens e valores sociais. Já o conceito formal se resume em uma simples petição de princípio, ao afirmar que crime é tudo aquilo que a lei considera como tal, mas a partir disso ainda surgem os questionamentos relativos ao porquê de determinada conduta transgredir a lei, assim como qual a razão do legislador em puni-la e ainda qual é o critério que adotou para distingui-la de outras ações também lesivas.

Em razão da insuficiência diante do conceito material e formal, surgiu a ideia de conceito analítico ou dogmático de crime que constituí conforme os ensinamentos do professor Capez (2012a, p. 134):

é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais

justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se a mesma é lícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito.

Ademais, o conceito analítico de crime surgiu através de uma elaboração doutrinária que decompõe o todo unitário, que é o crime em elementos estruturais, de modo que permite através de tal análise por partes, que se possa recompor o todo. Definindo-se desta forma analiticamente o crime como a conduta típica, ilícita e culpável, sendo que os elementos analíticos do crime tratam-se do fato típico, a ilicitude e ainda a culpabilidade (MARINHO; FREITAS, 2014).

Nas palavras de Prado (2011, p. 296), a explicação relativa ao conceito de crime sob o seu aspecto analítico:

a propósito do conceito analítico de delito, assevera-se, com precisão, que na aplicação do Direito, esse conceito “contribui de modo decisivo para a melhor visualização dos problemas e casos penais, assim como denota interesse prático imediato, manifestamente, na questão do dolo e da culpa; do erro, da omissão, da tentativa, do concurso de agentes e de crimes, das causas de justificação, das condições objetivas de punibilidade e, inclusive, na aplicação das sanções penais e medidas de segurança. Se não fosse possível a dissociação do delito em elementos singulares, não se saberia, ao certo, como tratar esses problemas e onde situá-los. Demais deve-se ter sempre em vista que a divisão do delito em fases de valoração não exclui a necessária permeabilidade entre essas fases, que interligam de modo lógico e constituem uma unidade orgânica.

Dentre a definição jurídica de crime, é possível verificar que possui diversas classificações, entretanto, a explanação ficará restringida a conceituar àqueles crimes que se classificam como de perigo, eis que é nessa especificação que se situa o delito relativo à criminalização dos usuários de drogas.

Diante disso, o delito de perigo, se divide ainda em concreto e abstrato. Para tanto, na tipificação do delito de perigo concreto necessário é que tal perigo seja efetivamente comprovado. Enquanto que a tipificação do delito sujeito à classificação como de perigo abstrato, pressupõe que o perigo é inerente à ação ou omissão delituosa, não necessitando de comprovação (PRADO, 2011).

Ocorre que, o entendimento relativo ao delito de perigo abstrato, contraria o princípio da ofensividade, como já visto, eis que não há lesão concreta ou passível delimitação concreta, portanto, segundo o ensinamento de Bitencourt (2012, p. 275,

grifado no original), “[...] nos delitos de *perigo abstracto* é necessário demonstrar, pelo menos, a *idoneidade* da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico, visto desde uma perspectiva genérica”.

### 3.2 Particularidades da teoria geral do crime

O crime para assim ser considerado é regido por determinados fundamentos da conduta do agente. Inúmeros foram os estudos relativos ao comportamento humano interligado à conduta criminosa. Nesse contexto, entendeu-se que a teoria finalista da ação, surgiu a partir da ideia de não ser mais plausível, diante da contemporaneidade, a aceitação da existência de crimes ignorando-se a vontade do agente, já que as pessoas são dotadas de razão e livre arbítrio. Não existe conduta a ser considerada relevante pelo Direito Penal, se não a emanada pela vontade humana (CAPEZ, 2012a).

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer “final” e não puramente “causal”. A “*finalidade*” ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente (BITENCOURT, 2012, p. 281).

Por essa razão, somente é passível de punição a ação ou omissão humana, praticada com a possível prevenção por parte do agente, das consequências provocadas especificamente através de sua conduta. É visto, pois, conforme elucida Prado (2011, p. 337), que,

determinadas pessoas podem ter conhecimentos mais ou menos profundos em relação a determinados processos causais [...] mas o certo é que apenas processos causais previsíveis ou passíveis de estarem abarcados pelo dolo do agente podem lhe ser imputados.

Portanto, não importa ao Direito Penal, os resultados produzidos a partir de ação ou omissão desprovidos de dolo ou culpa, elementos inerentes à tipicidade, que serão revistados no item seguinte. Isso porque, somente é possível considerar no âmbito penal as condutas propulsionadas pela própria vontade do agente, vez que somente estas poderiam de alguma maneira serem evitadas (CAPEZ, 2012a).

Havendo ação ou omissão derivada da vontade do agente, analisa-se os elementos que constituem o crime. Existem divergências doutrinárias com relação

aos elementos que o compõe, entretanto será utilizado no presente trabalho a concepção tripartite do crime.

Segundo a teoria tripartite, é necessário que estejam presentes três elementos constitutivos para que um fato seja tido como crime, quais sejam o fato típico, a ilicitude ou antijuricidade e a culpabilidade que devem ser analisados nessa respectiva ordem. Assim, após a apreciação do fato típico, passa-se, à indagação da ilicitude e pôr fim, à validação da culpabilidade. Isso quer dizer que, em sendo um fato atípico por exemplo, não é necessário examinar os demais elementos e assim sucessivamente. Tais elementos servem, portanto, como baliza para a instituição, desde a ocorrência da ação criminosa até a sua respectiva punição.

### 3.2.1 O fato típico

Para que a constituição do fato típico ocorra é necessário a presença de quadro fundamentos, a conduta do agente, o resultado causado a partir de tal conduta e assim o nexo de causalidade entre esses e pôr fim a tipicidade do ilícito penal propriamente dito, estando ausente um destes, o fato deve ser considerado atípico, sem necessidade de análise dos demais elementos constitutivos do crime.

Em breve ensinamento sobre os fundamentos que constituem a o fato típico, é obreiro identificar que a **conduta** se trata da “*ação ou omissão humana, consciente ou voluntária, dirigida a uma finalidade*” (CAPEZ, 2012a, p. 136, grifado no original).

Já o fundamento **resultado**, abrange duas teorias diversas. O resultado segundo a teoria naturalística, se trata da modificação sensível do mundo exterior. O fato está situado no próprio mundo físico, e por isso só há o resultado quando da ação ou missão existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos. Já o resultado a partir da teoria jurídica ou normativa, é a própria modificação no mundo jurídico, na forma de dano efetivo ou até mesmo na de dano potencial, ferindo interesse protegido. Toda conduta que fere interesse juridicamente protegido causa, portanto, resultado (NUCCI, 2013).

Doutra banda, o **nexo causal**, como fundamento da tipicidade, é nos ensinamentos de Capez (2012a, p. 178), “o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este”.

Rege o nexo causal a teoria da equivalência das condições segundo a qual,

para que se possa verificar se determinado antecedente é *causa* do *resultado*, deve-se fazer o chamado *juízo hipotético de eliminação*, que consiste no seguinte: imagina-se que o comportamento em pauta não ocorreu, e procura-se verificar se o resultado teria surgido mesmo assim, ou se, ao contrário, o resultado desaparecia em consequência da inexistência do comportamento suprimido. Se a concluir que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, então não há nenhuma relação de *causa e efeito* entre uma e outra, porque mesmo suprimindo esta o resultado existiria. Ao contrário, se, eliminada mentalmente a conduta verificar-se que o resultado não teria sido produzido, evidentemente essa conduta é *condição* indispensável para ocorrência do resultado e, sendo assim, é sua *causa* (BITENCOURT, 2012, p. 310, grifado no original).

Para que exista o nexa causal é preciso que a conduta praticada pelo agente possua vínculo ou liame com o resultado ocorrido, gerando uma relação de causa e efeito entre ação e resultado.

A tipicidade, por sua vez, se trata, da relação de subsunção entre um fato concreto e um determinado tipo penal já previsto em lei e ainda a lesão ou até mesmo perigo de lesão ao bem penalmente tutelado. “A *tipicidade* é a adequação do comportamento humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora” (DOTTI, 2013, p. 410, grifado no original).

É a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal de crime constante da lei pena. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos (CAPEZ, 2012a, p. 213).

Ocorre que, deve tal adequação ao tipo penal, ser perfeita, de forma que a mera semelhança entre a conduta e o tipo penal, não é suficiente para a caracterização do elemento da tipicidade (GRECO, 2010).

A adequação típica, ou seja a regulação da conduta do agente ao tipo penal previsto, pode ainda operar-se de duas maneiras, quais sejam, de forma imediata ou mediata, da maneira como elucida o professor Bitencourt (2012, p. 338, grifado no original),

a *adequação típica imediata* ocorre quando o fato se subsume imediatamente no modelo legal, sem a necessidade da concorrência de qualquer outra norma. [...] No entanto, a *adequação típica mediata*, que constitui exceção, necessita de concorrência de outra norma, de caráter extensivo, normalmente presente na Parte Geral do Código Penal, que amplie a abrangência da figura típica.

Em contraponto, ressalta-se que existem determinadas questões que excluem o fato típico, quais sejam as hipóteses de ausência de dolo e culpa na

conduta do agente, a coação física irresistível, a ocorrência de movimentos reflexos e o estado de inconsciência. Além disso também são causas de atipicidade, o crime classificado como impossível, quando houver incidência de erro de tipo essencial e por fim quando for aplicado à conduta do agente o princípio da insignificância.

### 3.2.2 A ilicitude ou antijuricidade

Illicitude é a contradição entre a conduta do indivíduo e o ordenamento jurídico pela qual a ação ou até mesmo omissão típicas se tornam ilícitas. Inicialmente, analisa-se se a conduta praticada é típica ou não. Em sendo atípica, não é necessário adentrar no mérito da ilicitude, se tratando de conduta irrelevante penalmente. Entretanto, havendo enquadramento típico, torna-se necessário a apreciação acerca da ilicitude do fato delituoso. Por conseguinte se além de típico for também a conduta ilícita, haverá crime (CAPEZ, 2012a).

Assim, a ilicitude deve ser entendida como um juízo de desvalor objetivo que recai sobre a conduta típica e se realiza com base em um critério geral: o ordenamento jurídico. “O objeto que é considerado antijurídico, ou seja, a conduta típica de um homem constitui uma unidade de elementos do mundo exterior (objetivos) e anímicos (subjetivos)” (PRADO, 2011, p. 432, grifado no original).

Nada obstante, não se pode confundir o juízo de perquirição da ilicitude com a culpabilidade. A apreciação da antijuricidade deve se dar sem a averiguação relativa à consciência do agente em cometer o fato ilícito, vez que será objeto de análise de culpabilidade (ESTEFAM, 2010).

O conceito de ilicitude não se esgota com a simples relação de contrariedade entre a conduta e o ordenamento positivo. Tal definição é considerada insuficiente posto abranger somente o aspecto *formal* da atividade humana, sem revelar um conteúdo material. Daí porque a ilicitude deve ser conceituada como a relação de antagonismo entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento positivo, causando lesão ou expondo a perigo de lesão um bem jurídico tutelado (DOTTI, 2013, p. 444, grifado no original).

Ademais, existem determinadas causas de justificação da conduta típica, que acabam por excluir a ilicitude da conduta. São as justificativas, o estado de necessidade ou estado de perigo em que se encontra o agente, a legítima defesa em razão de no momento da conduta delituosa estar o agente sofrendo ou na iminência de sofrer injusta agressão, o exercício regular do direito e por fim o estrito

cumprimento do dever legal.

O operador jurídico realiza *um juízo de valor* para determinar se o *indício de antijuricidade* se confirma, ante a ausência de *causas de justificação*, ou se pode ser desconstituído, pela presença de uma dessas causas. Ou seja, para afirmar-se a antijuricidade da conduta típica e necessário negar-se a existência de causa de justificação (BITENCOURT, 2012, p. 380, grifado no original).

Havendo a presença de uma causa de justificação não é mais necessário passar ao exame do elemento da teoria geral do crime, culpabilidade, devendo ser extinta a punibilidade do agente por agir sob causa excludente de ilicitude.

### 3.2.2 A culpabilidade

A culpabilidade, inserta ao direito penal, possui triplo sentido. Primeiramente, como **fundamento da pena**, se refere ao fato de ser possível ou não a aplicação uma pena ao indivíduo autor de um fato típico e ilícito, ou seja, proibido pela lei penal, exigindo-se para tanto, alguns requisitos, consistentes na capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. A ausência desses elementos, obsta a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, atua como **elemento da determinação** ou medição da pena, limitando essa ao impedir que seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade. E por fim, traz o conceito **contrário à responsabilidade objetiva**, servindo como identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva, incidindo pois, o princípio da culpabilidade que impede a atribuição de responsabilidade penal objetiva, assegurando desta maneira que nenhum indivíduo, se não houver agido com dolo ou culpa, responda por um resultado absolutamente imprevisível (BITENCOURT, 2012).

“Tem-se, pois, a culpabilidade como sendo a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico” (PRADO, 2011, p. 464).

Praticado um fato típico, não se deve concluir que seu autor cometeu um delito, visto que eventualmente pode concorrer uma causa de exclusão da *antijuricidade*. É necessário que, além de típico, seja o fato antijurídico [...] que não ocorra qualquer causa de exclusão da ilicitude. Não é suficiente, porém, que o fato seja típico e ilícito. Suponha-se que o agente cometa um homicídio, não se encontrando acobertado por qualquer justificativa. Basta acrescentar que o agente é portador de doença mental, que lhe tenha retirado a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato no momento

de sua prática Nos termos do que dispõe o art. 26, *caput*, do CP, ele é isento de pena. Faltou-lhe a culpabilidade (JESUS, 2005, p. 459, grifado no original).

Nesse sentido, após o exame da conduta típica e ilícita, passa-se à determinação da culpabilidade do agente criminoso. Para tanto devem estar presentes os requisitos supramencionados. Ocorre que se houver alguma causa que configure a inimputabilidade do agente, relativo às causas de doença mental e embriaguez completa accidental, a falta de potencial consciência da ilicitude, concernente ao erro de proibição ou ainda a inexigibilidade de conduta diversa, consistente na coação moral irresistível e na obediência hierárquica, a culpabilidade será excluída do fato típico e ilícito, não podendo ser o agente punido pela ação cometida.



## 4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL PENAL A CERCA DA TIPIFICAÇÃO DOS USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL

Para que seja possível compreender o instituto jurídico contemporâneo de criminalização dos usuários de drogas no Brasil, é necessário voltar a atenção e retornar à sociologia criminal das drogas mais remota no ordenamento jurídico. Nesse tocante, no presente capítulo será analisado a origem e evolução jurídica da política proibicionista da criminalização das drogas, passando ao estudo propriamente relativo ao usuário. Para então, ser realizada uma análise dos aspectos constitucionais penais já vistos nos capítulos anteriores, aplicados à criminalização dos usuários e, ao finar concluir se é de fato constitucional.

### 4.1 Aspectos históricos legislativos sobre drogas

A utilização de drogas no Brasil, bem como o controle internacional de drogas já existente, começou a causar preocupações ao governo nacional, que vendo-se diante de tal situação, percebeu a necessidade de regulamentar a matéria, para ainda explicitar seu comprometimento com o sistema internacional de controle de drogas.

Assim, a criminalização do uso, porte e comércio de drogas começou a ser regulamentada no Brasil com a instituição das Ordenações Filipinas. Como ilustra Pierangeli (1980, p. 78), o Título LXXXIX das ordenações:

nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo se fôr Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, erca toda a sua fazenda, a metade para nossa Câmara, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para Africa até nossa mercé. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

Posteriormente, no ano de 1830 surgiu o Código Penal brasileiro do Império, todavia o mesmo não regulamentou a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes no país.

Somente em 1890, quando editado o Código Penal Republicano, retomou-se tal regulamentação que trazia em seu artigo 159 a tipificação relativa a expor á venda, ou ainda ministrar substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem

as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários, traduzindo pena de multa de 200\$ a 500\$000.

Percebe-se dessa maneira que o código de 1890, trazia apenas pena de multa bem como excluía da tipificação o uso próprio das substâncias venenosas.

A tipificação do tráfico de drogas e a pena de multa permaneceram no sistema jurídico brasileiro como uma forma de adequar-se com a política internacional de drogas, todavia, com o passar dos anos surgiu no país a necessidade de criar-se uma política repressiva às drogas, assim, relata Rodrigues (2001, p. 3, [www.wola.org](http://www.wola.org)):

a criação de normas penais mais repressivas no Brasil, e a imposição de pena de prisão ao comércio de drogas somente ocorreu alguns anos depois, com o aumento da percepção pública do uso hedonista de drogas, no início do século XX, notadamente de cocaína e ópio, por parte de intelectuais e das camadas sociais mais altas, em locais chamados fumeries, enquanto o consumo de maconha estava mais restrito às classes mais baixas.

Desta forma, no ano de 1915, houve a promulgação da Convenção de Haia sobre o Ópio de 1912, levando tais prerrogativas a uma intensificação no modelo de criminalização das drogas, gerando influências, por exemplo, ao Decreto n. 4.294/21, o qual revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890 e que segundo escreve Rodrigues (2001, p. 3, [www.wola.org](http://www.wola.org)):

pela primeira vez, no Brasil, fez-se referência a uma substância entorpecente, com citação expressa da cocaína, do ópio e seus derivados. Por tal lei, aquele que vendesse, expusesse à venda ou ministrasse tais substâncias sem autorização, e sem as formalidades prescritas, estaria sujeito à pena de prisão de um a quatro anos.

Gize-se que a criminalização e controle das drogas era fortemente apoiada e intensificada pelos médicos, gerando uma cultura de controle social das drogas, impondo-se maior controle também sobre o álcool.

Em janeiro de 1932, com a Consolidação das Leis Penais, durante o Governo de Getúlio Vargas, foi editado o decreto lei n. 20.930/32, o qual tipificava expressamente as ações delituosas quanto às drogas, utilizando os verbos: vender, ministrar, dar, trocar, ceder, proporcionar bem como induzir ou instigar o uso de quaisquer substâncias entorpecentes, aumentando o caráter punitivo à prisão celular e multa. Assim, o artigo 25 do Decreto Lei nº 20.930/32 dispõe que:

Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias. Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0 (BRASIL, 1932, [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)).

Iniciou-se também a criminalização e punição implícita aos usuários de drogas, em vista do artigo 26 do Decreto Lei nº 20.930/32, que trata:

Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias. Penas: três a nove meses de prisão celular, e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0 (BRASIL, 1932, [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)).

No mesmo sentido, o artigo 42 do decreto lei n. 20.930/32:

A responsabilidade criminal do infrator, que for toxicômano ou intoxicado habitual será fixada pelo juiz, com fundamento no laudo dos peritos que o tenham examinado, e, quando exclua, por esse motivo, a imposição da pena criminal, terá lugar a internação imediata na forma dos dispositivos aplicáveis deste decreto (BRASIL, 1932, [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)).

Quanto aos usuários de entorpecentes e viciados, importante reprimir, que eram tratados como doentes, conforme dispõe o artigo 44 do decreto lei n. 20.930/32, “a toxicomania ou a intoxicação habitual por substâncias entorpecentes é considerada doença de notificação compulsória, feita com caráter reservado, à autoridade sanitária local” (BRASIL, 1932, [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)).

Estariam os usuários de entorpecentes e além disso bebidas alcoólicas sujeitos também à internação compulsória ou facultativa, seguindo o disposto no artigo 45 do Decreto-Lei n. 20.930/32 “os toxicômanos e os intoxicados habituais por entorpecentes e pelas bebidas alcoólicas ou, em geral, inebriantes, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não” (BRASIL, 1932, [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)).

Observa-se que no ano de 1933 o Brasil ratificou a Segunda Convenção sobre Ópio de 1925, e ano subsequente a 1ª Convenção de Genebra de 1931, transparecendo seu objetivo de comprometer-se com o sistema internacional de controle de drogas.

Inspirada na Convenção de Genebra, em 1938 foi editado o Decreto-lei n. 891, o qual finalmente, instituiu a criminalização dos usuários de entorpecentes

explicitamente, tipificado desta forma pelo artigo 33, o qual ainda menciona os demais verbos nucleares relativos às drogas.

Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000 (GRECO FILHO, 1996, p. 257).

Gerando ao ordenamento jurídico relativo às drogas caráter extremamente autoritário, vedando ainda aos condenados por crimes de entorpecentes o sursis e do livramento condicional.

Percebe-se desta forma que no período anterior à década de 1940 a criminalização das drogas possuía caráter esparso, ou seja, buscava atender uma demanda momentânea contextualizada à sociedade.

No entanto no ano de 1940, iniciou-se no Brasil a política proibicionista sistematizada, sendo editado o Código Penal de 1940, o qual surgiu juntamente com uma maior necessidade de controlar o comércio de drogas ilícitas, lhes voltando as atenções, alterando assim, o dispositivo do Decreto-lei n. 891/1938, retirando alguns verbos nucleares bem como a descaracterização do delito para os usuários de entorpecentes, sendo que estes não seriam enviados à prisão, mas submetidos a tratamento (CARVALHO, 2010).

A legislação penal relativa à drogas permaneceu nos moldes explanados pelo Código Penal de 1940, por um longo período de tempo, contudo, necessário referir que o período entre os anos de 1964 e 1971, período este posterior ao golpe militar, trouxe ao sistema penal, caráter autoritário, assim nas palavras de Rodrigues (2003, p. 7, [www.wola.org](http://www.wola.org), grifado no original):

o ano de 1964 é considerado o “marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal para drogas”, mesmo ano em que foi promulgada no Brasil a Convenção Única de Entorpecentes de 1961, o que significou o ingresso definitivo do país no cenário internacional de combate às drogas por meio da intensificação da repressão. Não por acaso o momento coincide com o golpe de estado que criou condições propícias ao aumento da repressão, ao reduzir as liberdades democráticas.

Durante o período supra referido e seu caráter repressivo, foi acrescentado pela Lei. 4.451/66 o verbo nuclear “plantio” ao artigo 281 do Código Penal, assim

como acrescentado pelo Decreto-lei n. 159/67, a proibição legal às anfetaminas e alucinógenos. Demonstrando que a cada ano a política criminal repressiva de drogas no Brasil crescia tornando-se mais densa e branda (RODRIGUES, 2003, [www.wola.org](http://www.wola.org)).

Diante da intensificação da repressão das drogas, em 1968, foi editado o Decreto-lei n. 385 que além de novamente trazer a tipificação criminal ao usuário de entorpecente, o equiparou ao traficante, ignorando suas situação de viciados e impondo-lhes pena de um a cinco anos de prisão e multa. Desta maneira, dispõe o artigo 281 do Decreto-Lei n. 385/1968:

Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.) Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país (BRASIL, 1968, [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

Trazendo a equiparação no §1º, inciso III do artigo 281 do Decreto-Lei n. 385/1968:

Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica) (BRASIL, 1968, [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

Por obvio, que tal equiparação tratava-se, conforme explica Rodrigues (2003, p. 8, [www.wola.org](http://www.wola.org)) “tentativa de aumentar o controle social sobre a população que contestava o regime, por meio do aumento da repressão ao consumo de drogas”.

Sobreveio no ano de 1971 a Lei n. 5.726/71, a qual trouxe inovações de extrema importância, fixando providências realistas e essenciais à prevenção do tráfico ilícito de drogas e uso ilícito de substâncias entorpecentes e criando medidas eficientes ao tratamento e recuperação de viciados. Todavia a legislação pecou em relação ao procedimento, tendo em vista que o objetivo de celeridade na tramitação processual não conseguiu ser cumprido com a utilização do rito sumaríssimo, criando ainda, polêmica e críticas o fato de que a anterior denúncia oferecida pelo Ministério Público passou a ser feita na forma de acusação oral (MÉDICI, 1977).

No ano de 1976 um grupo composto por médicos, professores e juízes,

sendo estes o médico psiquiatra, Oswald Moraes Andrade, o juiz criminal do Rio de Janeiro, João de Deus Lacerda Menna Barreto o professor de Direito Penal Paulo Ladeira de Carvalho, e o diretor da divisão de repressão a entorpecentes do Departamento de Polícia Federal, Décio dos Santos Vives, juntaram-se para preparar novo projeto de Lei Antitóxicos, seguindo a orientação e diretriz da Lei n. 5.726/71, sendo sancionada pelo Presidente da República no dia 21 de outubro de 1976, convertendo-se em Lei n. 6.368 (GRECO FILHO, 1996).

O delito de tráfico de drogas foi previsto no artigo pelo artigo 12 da lei referida, tipificando 18 verbos nucleares, desta forma como demonstra Greco Filho (1996, p. 78):

importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Percebe-se, portanto que em relação ao delito de tráfico de drogas a legislação, trouxe alterações severas, ampliando a pena e submetendo o traficante dependente, à pena privativa de liberdade e tratamento médico no interior do próprio estabelecimento penal (MÉDICI, 1977).

Com relação aos usuários, foi disposto pela lei 6.368/76 em seu artigo 16, deste modo ilustra, Greco Filho (1996, p. 110):

adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Ademais, a legislação reconheceu a figura do “experimentador” como sendo um usuário eventual ou curioso, tipificando ainda tal conduta, com pena de detenção de seis a dois anos (MÉDICI, 1977).

Portanto, tem-se que a lei 6.368/76 foi de suma importância à legislação de tóxicos brasileira visto que finalmente trouxe a distinção explícita entre usuários de drogas e traficantes, revogando de vez o disposto no artigo 281 do Código Penal que fazia a equiparação destes. Nesse sentido ensina Greco Filho (1996, p.110):

[...] apenou com considerável maior brandura aquele que traz consigo para

uso próprio, aceitando que o perigo social causado por esta conduta é menor que o causado pelo traficante. Ademais, levou em consideração a condição pessoal do viciado que, apesar de imputável e responsável, sofre grande compulsão para a prática de tal conduta.

Destarte, a internação do usuário de drogas infratores, anteriormente obrigatória, tornou-se facultativa, partindo esta da avaliação médica ou da indicação pelo juiz em relação a solução mais adequada, tomando em consideração as condições pessoais do infrator. Foi substituída também a internação obrigatória por tratamento em regime ou não de internação aos menores de 18 anos que praticassem os delitos tipificados na lei (MÉDICI, 1977).

Por fim, importante ressaltar que os criadores da Lei n. 6.368/76, preocuparam-se com três áreas fundamentais em relação às drogas.

Nos ensinamentos de MÉDICI (1977, p. 25):

três áreas fundamentais preocuparam o grupo de trabalho: educação, saúde e segurança. A educação significa, nos novos termos, prevenção do problema, traduzida em medidas que permitirão a formação de professores capazes de orientar as primeiras faixas etárias dos estudantes, estruturando sua personalidade com bases científicas e propiciando condições de autodefesa. No campo sanitário, a filosofia é de obrigatoriedade de tratamento e não a de internação do dependente. A segregação compulsória ficará a critério do médico, conforme as condições psicopatológicas do paciente. Na área de segurança, o juiz terá mais flexibilidade, de acordo com o parecer do médico, para determinar as sanções.

Durante longo período permaneceu em vigência no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n. 6.368/76, era necessário, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a atualização da legislação, da forma como explica Mendonça e Carvalho (2012, p. 18):

era necessária, portanto, a atualização da legislação, de forma a permitir a repressão à criminalidade complexa do século XXI, inclusive conferindo meios ao Estado para identificar e apurar os delitos cometidos por intermédio das novas tecnologias postas à disposição dos autores de crimes. Além disso impunha-se dar início à distinção normativa entre usuários e traficantes, eis que já começava a sedimentar-se o entendimento de que a repressão penal não seria suficiente para prevenir o uso de drogas, cada vez mais arraigado na cultura popular.

Isto posto, foi promulgada em 11 de janeiro de 2002 a lei 10.409, trazendo um novo viés constitucional às políticas públicas de drogas, conforme demonstra o professor Greco Filho (2006, p. 45):

passou a ser dever jurídico a colaboração de todas as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, para esse fim. Para as pessoas jurídicas que recebem auxílios ou subvenções da União, Estados, Municípios, ou órgãos da administração descentralizada, a sanção pela recusa de colaboração nos planos e programas governamentais é a perda desses auxílios e subvenções.

Importante destacar, que a Lei n. 10.409/02, objetivava substituir na íntegra a Lei n. 6.368/76. Todavia, trouxe em seu projeto inúmeros vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas, ficando excluída sua parte penal e sendo, portanto, aprovado somente sua parte processual (CAPEZ, 2012b).

Criou-se assim, uma espécie mista de legislação, permanecendo vigente no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n. 6.368/76, no tocante da parte penal e aplicação da lei 10.409/02 no que se referia à matéria processual, por conseguinte para Greco Filho (2011, p. 95):

não houve, naquela oportunidade a revogação expressa da Lei n. 6.368/76 na parte penal, e não houve, também, revogação tácita, porque a Lei n. 10.409/2002 não tratou de toda a matéria, uma vez que os crimes eram referidos, entre outras, na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Lavagem de Dinheiro, além das aludidas Convenções Internacionais.

Enfatizando, Greco Filho (2011, p. 95) que “qualquer critério interpretativo, inclusive o sociológico, teleológico, sistemático e até o simples gramatical, recusava a tese de que teria sido revogada a Lei n. 6.368/76 na descrição dos tipos penais”.

Diante da difícil situação que se instaurou no ordenamento jurídico brasileiro em relação às duas legislações de drogas vigentes, onde se utilizava o regramento penal da Lei n. 6.368/76 e o regramento processual penal da Lei n. 10.409/02, foi necessário a criação de nova lei que regulamentasse ambas as matérias.

Por conseguinte, um grupo de trabalho formado por técnicos de variados setores do Poder Executivo e do Poder Legislativo, juntou-se com o objetivo de elaborar, portanto, novo projeto de lei relativo às drogas, com a ideia de apresentar matéria contemplada por uma equipe multidisciplinar, ou seja, englobando variadas esferas de conhecimento relativo às drogas e, portanto, criando o projeto de lei que após tornou-se Lei 11.343/06 (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

O projeto de lei referido possuía caráter de urgência, todavia, o Senado Federal levou dois anos e meio para aprovar o projeto, voltando à casa original em razão de duas alterações efetuadas pela Câmara dos Deputados. O Senado Federal ainda realizou alterações principalmente na matéria concernente aos usuários de entorpecentes elucidando que o novo projeto de lei divergia em relação a tal matéria,



acabando então por misturar as disposições da proposta anterior com a nova (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

Isto posto, a Lei n. 11.343/2006 foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor em 8 de agosto de 2006, trazendo ainda novas políticas públicas em relação às drogas à sociedade brasileira, cite-se a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas – SISNAD, medidas de prevenção ao uso indevido, medidas de reinserção social dos usuários e dependentes, e ainda, estabelece novos crimes e procedimento criminal relativos às drogas (CAPEZ, 2012b).

Nota-se que a Lei 11.343/06, trouxe ao ordenamento jurídico importantes alterações, todavia, fica explícito que no tocante aos usuários de entorpecentes houveram as maiores inovações. Assim, nas palavras de Mendonça e Carvalho (2012, p. 54), “o intuito da Lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas”.

Inclusive, a impossibilidade de punição do usuário de drogas com pena privativa de liberdade, gerou controvérsia entre os doutrinadores brasileiros com relação ao caráter criminal da conduta do usuário, já que, as penas atualmente impostas se tornaram extremamente brandas. Ademais, a jurisprudência passou a revelar, em consonância com o princípio da insignificância, que ínfimas quantidades de drogas sequer são passíveis de punição. Não obstante, a lei de 2006, distinguiu o usuários de drogas da conduta de tráfico ilícito de drogas, mas não estabeleceu qualquer critério objetivo para orientação, utilizando-se para tanto a subjetividade.

Tantos questionamentos merecem, pois, maior aprofundamento, sob análise crítico reflexiva.

#### **4.2 Análise do artigo 28 da lei 11.343/06**

A tipificação penal, especialmente relativa aos agentes que utilizam drogas para consumo pessoal, merece respaldo para uma série de apontamentos, quais sejam, o bem jurídico tutelado, o caráter criminal da conduta, medidas impostas, aplicação do princípio de insignificância e, por fim, sua distinção ao delito de tráfico ilícito de drogas.

Inicialmente, observa-se que o intuito da nova lei de drogas instituída é no sentido de tutelar a saúde pública e o perigo que as drogas podem causar. Torna-se preventivo, nesse tocante, que o bem jurídico lesado a partir da conduta dos usuários

de drogas se trata da saúde pública como refletor na sociedade de modo geral, assim como do perigo abstrato causado, inclusive relativo a terceiros que se mantêm em contato direto com a droga. Assim, Rangel e Bacila (2014, p. 45), aduzem que “na posse de droga para consumo pessoal, o bem jurídico é a saúde pública, porque não se poderia jamais criminalizar pura e simplesmente a autolesão da pessoa ou o risco de autolesão. Portanto há uma presunção abstrata de perigo para terceiros”.

Se trata de delito classificado como crime de perigo abstrato, eis que como já revisado, possui o perigo subjetivo inserto na própria ação.

Fixa-se, a tipificação propriamente dita da conduta relativa aos usuários de drogas na Lei 11.343/06, ilustrada por Greco Filho (2011, p. 47),

art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

Logo, a legislação orientou-se e relacionou cinco verbos distintos à conduta de uso de entorpecentes, sendo estes adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

Deste modo, inicialmente, com relação a conduta típica “adquirir” significa para Capez (2012b, p. 756) “obter mediante troca, compra ou a título gratuito”.

Nesse mesmo compasso complementa o significado da conduta, Thums e Pacheco (2010, p. 59), “adquirir significa obter a posse da droga mediante compra ou troca, realizada a título oneroso (com pagamento) ou gratuito. É necessário que ocorra a tradição sob pena de não se consumir a conduta”.

Quanto à conduta típica “guardar”, nos ensinamentos de Capez (2012b, p. 756), trata-se de “retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em manter a droga para um terceiro. Quem guarda para alguém”.

No que concerne a conduta típica de “ter em depósito”, explicam os professores, Thums e Pacheco (2010, p. 60) que:

ter em depósito é ter um estoque da droga, com intuito de retenção. Não é necessário ser o proprietário da droga; a conduta pode ser realizada por pessoa que apenas tem o espaço físico, mas também pode ser do próprio usuário. O depósito traz a ideia de armazenamento e perfectibiliza a situação de crime permanente. Não é necessário que o agente esteja junto ao tóxico, mas é exigível a comprovação da destinação da droga, se para uso pessoal que o agente não está guardando, mas tem verdadeiro depósito, o que quer dizer quantidade significativa, desde que compatível

com a situação de uso pessoal.

Não se deve confundir as condutas transportar e trazer consigo, eis que na conduta transportar, o agente utiliza-se de determinado meio de transporte para carregar a droga, enquanto que no delito de trazer consigo o agente se encontra na posse direta da referida droga.

No tocante a conduta “transportar”, aduz Capez (2012b, p. 756, grifado no original):

pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se a droga for levada junto ao agente, a conduta será a de “trazer consigo”. Trata-se de delito instantâneo, que se consuma no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer.

Na diferenciação das condutas, relativamente a tipificação “trazer consigo”, expõe Thums e Pacheco (2010, p. 60):

trazer consigo indica o porte da droga, a sua posse direta junto ao corpo ou em objetos que estão em seu poder direto, como uma sacola, mala, carteira, bolsa, etc. Assim, quem traz consigo a droga e, com a presença de policiais, a dispensa (jogando-a fora), continua na sua posse, estando a praticar conduta típica. Idêntica situação ocorre com quem está fazendo uso da droga.

Necessário ressaltar, que “a lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de ‘usar’” (GRECO FILHO, 2011, p. 56, grifado no original).

Entretanto, mesmo que indiretamente, a referida tipificação refere-se à criminalização dos usuários de drogas. Ocorre que o agente que tem a intenção de fazer uso de drogas ilícitas necessariamente irá incorrer em uma das condutas tipificadas. Assim a atipicidade do uso de drogas propriamente dito, recai especialmente na impossibilidade probatória a que remonta a conduta, mas não deixa de criminalizar indiretamente os agentes viciados ou usuários.

O doutrinador Greco Filho (2011, p. 59) sustenta em sentido contrário que:

poder-se-ia dizer que, para usar, alguém necessariamente deveria trazer consigo. Em primeiro lugar, isto nem sempre é verdadeiro, porque alguém pode receber uma injeção de tóxico, por exemplo, ministrado diretamente; depois o que a lei focaliza é aquele perigo contra a saúde pública, acima referido, existente enquanto o agente traz a droga, mas que desaparecerá a situação de flagrância, tendo em vista ser essa conduta de caráter permanente.

Todavia, mesmo na hipótese em que alguém ministra diretamente no agente

determinada droga, o usuário incorre na conduta **adquirir**, entretanto, como de pronto passou a utilizá-la, impossível a comprovação. Ademais, se o perigo a ser tutelado pela legislação é o risco contra a saúde pública, o fato de o usuário utilizar-se da droga, não exclui tal risco, já que o agente, de qualquer monta, também se inclui na sociedade e ao fazer o uso está ferindo o bem jurídico da saúde pública. Recaindo novamente somente à impossibilidade probatória relativa ao uso.

Nada obstante, em exemplo traduzido pelos professores Thums e Pacheco (2010, p. 61, grifado no original) de que “quem usa droga não pode ser punido. Desta forma, se o agente está ‘chapado’, porque acabou de ingerir droga, nada pode ser feito, porque se trata de uso pretérito de substância entorpecente”. É possível extrair que de fato não poderá ser o agente punido, entretanto, tal inexequibilidade acaba por recair sobre a impossibilidade probatória de que o agente realmente fez uso de substância ilícita e não própria e simplesmente por se tratar de uso.

Assim, ressalta-se que não seria cabal a comprovação do tipo “uso” de drogas e, por essa, razão o legislador cuidou de tipificar as ações precedentes para tanto, sem, retirar o caráter criminalizador dos usuários de drogas.

Destarte, como caráter repressivo das condutas tipificadas, três foram as penas previstas pelo legislador no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa educativo.

Inicialmente, tem-se que a pena de advertência sobre os efeitos das drogas, é uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, possuindo efeito jurídico e não moralista ou religioso. Deste modo, entende Mendonça e Carvalho (2012, p. 68) em relação a referida pena que:

consiste em o magistrado esclarecer ao agente as consequências malélicas das drogas em relação à saúde particular e também à saúde pública. Para tanto, o juiz deve designar uma audiência admonitória, intimando o agente a comparecer. Nada impede, segundo entendemos, que o magistrado determine que compareçam à audiência profissionais que possam auxiliá-los a esclarecer as consequências do uso das drogas, tais como psicólogos, médicos, assistentes sociais, entre outros.

A advertência possui caráter punitivo, já que é impositivo ao agente que se dirija ao órgão público para ser advertido. Ademais, ressalta-se que a aplicação da medida de advertência pelo Magistrado poderá ser realizada na forma de aula utilizando-se de projetores, filmes especialmente elaborados, sendo possível a participação de profissionais especializados, como pedagogo, assistente social,

psicólogo, psiquiatra etc. Doutra banda, sem o devido empenho a advertência passa a ser simples observação genérica sobre os malefícios das drogas, refletindo em perda de tempo para o juiz, as partes e a sociedade (RANGEL; BACILA, 2014).

Entretanto, cria-se um problema em relação a aplicação da advertência caso o acusado não compareça a audiência admonitória, nesse acinte, o entendimento de Greco Filho (2011, p. 162) é de que:

no caso de advertência ou admoestação quando não feita na audiência com a presença do acusado, o juiz designará data para seu comparecimento em juízo para o ato, intimando-o. Se o condenado não comparecer, determinará o juiz a sua condução coercitiva. Se o juiz penal pode determinar a condução coercitiva de testemunha e perito, como também do acusado para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro que sem ele não possa ser realizado (art. 260 do CPP), com maior razão poderá fazê-lo, como meio executivo instrumental para a realização pessoal da advertência ou admoestação.

Com relação à pena de prestação de serviços à comunidade ensina Mendonça e Carvalho (2012, p. 70) que:

em relação à prestação de serviços à comunidade, determinou a lei que será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuário e dependentes de drogas, nos termos do § 5.º do artigo em estudo. Já era prevista, de forma semelhante, no Código Penal.

Assim, a pena de prestação de serviços à comunidade deve ser aproveitada ao acusado e à sociedade. Não será remunerada e deve corresponder às aptidões do agente criminoso, sendo vedadas as atentatórias ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, ainda, ressalta-se que a prestação de serviços à comunidade não gera vínculo empregatício com o local de cumprimento (GOMES, 2011).

Nesse arranjo, complementa Capez (2012b, p. 765) que a pena “será aplicada pelo prazo de 5 meses, se primário; 10 meses, se reincidente (cf. §§ 3º e 4º do art. 28)”.

Referente à pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, têm-se que conforme explana Mendonça e Carvalho (2012, p. 70) que:

o condenado deverá comparecer perante programa predeterminado pelo juízo, para que, durante algum lapso de tempo, seja orientado por profissionais de diversas áreas. Veja que, diversamente da pena de advertência, aqui o condenado tem o dever de comparecer em programa

predeterminado, demonstrando, ao menos minimamente, o caráter retributivo preventivo que se espera de uma pena.

Entretanto, ocorre que tal medida não está definida pela lei e sequer guarda correspondência com qualquer das penas restritivas de direito, devendo ser regulamentada por ato legislativo ou instituída segundo a política jurídica do judiciário ou dos Estados, até mesmo mediante convênios celebrados com a União (GUIMARÃES, 2006).

Ademais, “o prazo de duração da medida também está previsto no § 3º, e o comparecimento, que é compulsório, será de acordo com os critérios estabelecidos no programa ou curso” (GRECO FILHO, 2011, p. 164).

Por fim, cumpre destacar que as penas previstas poderão ser aplicadas, tanto isolada, como cumulativamente, e ainda, substituídas a qualquer tempo, todavia, ouvindo-se o Ministério Público e o defensor (CAPEZ, 2012b).

Evidencia-se que se houver ineficácia das penas previstas, ou seja, caso o agente não compareça para ser advertido, não preste serviço à comunidade ou não compareça a curso, dever-se-á ser-lhe aplicado medidas de garantia, sendo estas a admoestação verbal e posteriormente multa (CAPEZ, 2012b).

A admoestação verbal como forma de medida de garantia, no entendimento de Mendonça e Carvalho (2012, p. 77), trata-se, de “uma censura oral, em que o magistrado advertirá o condenado sobre as consequências de sua conduta desidiosa”.

Já a multa como medida de garantia, conforme refere Greco Filho (2011, p. 165):

será calculada nos termos do art. 29, entre 40 e 100 dias-multa, fixando-se cada um no valor de um trinta avos a três vezes o maior salário mínimo vigente no País ao tempo do fato (art. 49, §1º, do CP), e reverterá à conta do Fundo Nacional Antidrogas, em pagamento voluntário ou execução judicial. No máximo, o dia-multa do Código Penal pode ser maior, qual seja o de cinco vezes o salário mínimo. O não pagamento da pena de multa não converterá em pena em prisão nos termos do art. 51 do Código Penal.

Equipara-se também à conduta de uso de entorpecentes, submetendo-se igualmente as penas explanadas, aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas a à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, conforme disposto no próprio artigo 28 da Lei n. 11.343/06, em seu § 1º.

Assim, nos ensinamentos de Mendonça e Carvalho (2012, p. 67),

pune-se a conduta de quem semeia (lança as sementes ao solo), cultiva (fornece os elementos para se desenvolver) e faz a colheita (retira a planta do solo). Apesar da omissão do legislador, tais condutas somente serão incriminadas se praticadas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo implícito).

Há divergência com relação ao caráter criminal da conduta entre os doutrinadores, todavia, a corrente majoritária, logo explanada, assim como a orientação da Primeira Turma do Superior Tribunal Federal, defende que apesar do abrandamento, inclusive com caráter educativo traduzido às penas, essas continuam a gerar os efeitos jurídico-penais, até mesmo o da reincidência. É como ensina Greco Filho (2011, p. 150, grifado no original),

é indispensável uma observação preliminar e de suma importância; A lei NÃO DESCIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais.

Nesse sentido, é também, o entendimento do professor (LIMA, 2015, p. 711) “a legislação brasileira ainda incrimina a conduta do indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

A previsão de penas específicas de admoestação verbal e comparecimento à programa ou curso educativo, por si só, não são capazes de retirar os efeitos jurídico-penais da conduta relativa ao usuário de drogas, mesmo porque não há amparo a sustentação de que tais penas não são constitutivas penais já que a própria Constituição preconiza que outras penas além das taxativamente previstas em lei poderão ser instituídas, conforme seu artigo 5º, inciso XLVI.

Importante destacar que a conduta relativa ao usuário de drogas, não pode mais ser confundida com o delito de tráfico ilícito de drogas. Entretanto, não foi especificado na lei 11.343/06 quantidade específica para distinção entre o usuário de drogas e o tráfico de drogas, utilizando-se, para tanto, o critério subjetivo.

Há, portanto, dois elementos caracterizadores que servem para distinguir as condutas e caracterizar o delito inerte aos usuários de drogas, sendo estes, a finalidade ao consumo pessoal e a destinação das plantas à preparação de pequena quantidade de droga, ao entendimento de (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

Nesse contexto, refere Capez (2012b, p. 761) que:

a quantidade da droga é um fator importante, mas não exclusivo para a comprovação da finalidade de uso, devendo ser levadas em consideração todas as circunstâncias previstas no art. 28, §2º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, 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. Houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Caberá ao juiz, dentro desse quadro, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade da droga, mas inúmeros outros fatores.

Ocorre, como explica Greco Filho (2011), que os aspectos subjetivos da conduta, só podem ser aferidos por circunstâncias determinadas, que devem chamar a atenção do magistrado para que analise todas as circunstâncias do crime e não apenas a quantidade da droga apreendida. Por obviedade, a quantidade de drogas é fator importante, mas não deve ser exclusivo.

Caberá ao juiz, em sede de recebimento da peça acusatória, após analisar os argumentos oferecidos pela defesa técnica, emitir um juízo de valor acerca da razoabilidade de estar configurado em tese o tráfico. Não havendo essas evidências, a hipótese é de desclassificação sumária para o art. 28, seguindo o procedimento do JECrim (THUMS; PACHECO, 2010, p. 52).

Outrossim, expõe-se o entendimento de que ao agente usuário pego com ínfima quantidade de drogas é aplicado o princípio da insignificância, já explicitado anteriormente. São os ensinamentos dos professores Rangel e Bacila (2014, p. 43) “muitos casos de posse de droga para uso próprio constituem condutas insignificantes que são tratadas como casos de exclusão da tipicidade”.

A aplicação do referido princípio ainda encontra divergência, mas já foi até mesmo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, “[...] Primeira Turma do STF veio a aplicar o princípio da insignificância para o usuário flagrado com 0,6g de maconha, quantidade equivalente a um único ou menos de um cigarro da droga” (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 65).

Cria-se, um estigma criminoso relativo à conduta e comportamento dos usuários de drogas e assim, os conservadores buscam objetivamente a punição do usuário, enquanto que os minimalistas, sustentam a desnecessidade de repressão penal ao consumidor de drogas (THUMS; PACHECO, 2010). As duas correntes, fundam-se no aspecto constitucional da tipificação dos usuários, reputando-se um conflito que merece respaldo e análise específica.

Ressalta-se que Constituição Federal introduziu inúmeras garantias e



preceitos fundamentais, os quais se qualificam como ordem suprema não sendo passíveis de supressão. Entretanto, cediço que não devem ser vistos tais preceitos como absolutos, deve incidir em cada caso concreto um sopesamento, até mesmo porque por diversas vezes acabam sendo, entre si, conflitantes. É como ocorre, no caso da criminalização relativa aos usuários de drogas, vez que o conflito recai sob os próprios direitos fundamentais e princípios.

Nesse sentido, o entendimento de Guimarães (2006, p. 17) é que “[...] a estrutura de princípios e direitos fundamentais não determina a criminalização das condutas relacionadas ao uso de drogas”.

Em contrapartida, o entendimento de Greco Filho (2011, p. 152) é no sentido de que “a descriminalização romperia a amplitude da reação social, porque teria sido rompida a cadeia criminoso, do grande traficante ao passador”.

Assim, serão analisados os dois pontos de vista, a fim de resolver o conflito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

#### **4.2.1 A constitucionalidade**

A Constituição Federal visava alcançar determinados objetivos, sendo alguns deles a erradicação da pobreza e da marginalização. Trata-se de objetivos orientadores das normas jurídicas. A luta contra as drogas, após a Constituição Federal, insere-se fielmente nesses objetivos, já que, por meio da repressão, busca compelir e afastar os indivíduos desse malefício, que acaba por refletir, em um cenário geral, na extrema pobreza e na disseminação da marginalização, como será esmiuçado.

O artigo tipificador da conduta dos usuários de drogas foi instituído no ordenamento jurídico no ano de 2006, ou seja, anos após a promulgação da Constituição Federal. Por esse motivo, há que se considerar que já foi objeto do controle preventivo de constitucionalidade, tendo sido submetido e aprovado pela comissão permanente de constituição e justiça.

Além disso, para que seja a Constituição Federal, eficaz, através de seus dispositivos que limitaram o poder punitivo estatal, como já visto, é necessário que determinado bem jurídico esteja sendo lesado ou até mesmo exposto a perigo, como nos crimes de perigo abstrato do Direito Penal. O delito relativo aos usuários de drogas expõe a perigo constante a saúde pública, a estrutura familiar, estimulando o delito de tráfico entre outros crimes, merecendo tutela do direito penal.

É, nesse sentido, a razão pela qual se sustenta que o usuário acaba realizando conduta que transcende seu íntimo e, portanto, expõe a perigo de lesão, terceiras pessoas. O usuário que está portando drogas, por exemplo, pode tão somente utilizá-la, como acabar também, oferecendo a terceira pessoa. Neste molde, elucida Capez (2012b, p. 758),

o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas de consumo pessoal. Assim existe a transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde coletiva.

Aliás, a conduta típica do usuário de drogas coloca à perigo a saúde pública, já que os efeitos nocivos dos entorpecentes são exorbitantes. O próprio usuário inserido na sociedade ao utilizar drogas ilícitas, lesa o bem jurídico da saúde pública, que se trata de direito fundamental individual e irrenunciável. Complementa Greco Filho (2011, p. 155) que “mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos”.

Mais do que a lesão provocada objetivamente pela drogadição, outros problemas de saúde pública estão implícitos ao comportamento dos usuários. Principalmente no tocante relativo à transmissão de doenças, já que os usuários são considerados mais vulneráveis tanto à obtenção de doenças, como sua transmissão a terceiros. É como aclara Mendonça e Carvalho (2012, p. 61),

además, estudos científicos apontam que usuários de drogas estão consideravelmente mais sujeitos ao risco de transmissão de doenças. Esse risco advém não apenas da transmissão sanguínea, em que se pode admitir que ambos os envolvidos sejam usuários de drogas. Há também grande aumento do risco de transmissão pela via sexual, pois se identificou que todos os usuários de drogas, injetáveis ou não, expõem-se mais a situações de risco sexual.

Deve-se, por isto, reconhecer a incidência dos princípios constitucionais penais, sendo pois, a potencial lesividade e alteridade ou transcendentalidade da conduta própria do usuário de drogas, já que não somente está mais propício à adquirir doenças como extremamente volúvel à transmiti-la a terceiros, incluindo-se muitas vezes terceiros que sequer se tratam de usuários.

Nada obstante, além do perigo social e perigo à saúde pública, também é necessário retomar atenção aos prejuízos causados à estrutura familiar que rodeia o usuário de drogas. São as palavras de Mendonça e Carvalho (2012, p. 61), “não se

pode perder de vista, por exemplo, os prejuízos que um dependente causa a qualquer estrutura familiar, por mais solidificada que seja”.

Isso ocorre, porque o seu comportamento dentro do núcleo familiar remete à tensão de ordem financeira a fim de custear o vício do usuário e também emocional, pois o intuito da família é normalmente no sentido de auxiliar ao usuário para que se livre do vício e, quando isso não acontece predomina os intensos sentimentos de frustração e preocupação. O comportamento do usuário pode, inclusive, gerar casos violência dentro da própria residência.

É possível ainda aferir que a dependência serve como estímulo ao delito de tráfico de drogas, já que se não houvessem usuários, o mercado da traficância não existiria. Como é sabido, mas importante destacar, o tráfico ilícito de drogas, não se restringe à simples venda, possuindo diversos crimes implícitos e inerentes a esse tipo penal, inclusive de extrema violência, sendo o homicídio o mais comum.

Para o sustento do vício, quando o dinheiro que o usuário possui já não supre o seu consumo, passa na maioria das vezes a praticar delitos de cunho patrimonial, lesando os bens de inúmeros cidadãos. É como entendem os professores Mendonça e Carvalho (2012, p. 61), ao realizarem a seguinte elucidação: “a dependência é um estímulo ao crime, seja pela prática de outros crimes para sustentar o vício – quando se trata de pessoa pobre – ou estimulando-se o tráfico – quando o dependente adquire a droga do traficante”.

Embora se saiba que, para que essas hipóteses, é mais útil a intervenção estatal a partir de políticas públicas voltadas ao tratamento e principalmente à reinserção social dos dependentes, visando trazê-los de volta ao seio social, não se pode privar o Estado de todos os meios preventivos e repressivos dessa verdadeira catástrofe social, dentre os quais a perspectiva de punição penal ao usuário (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 62).

Ante o exposto, cabe colacionar a ementa da Apelação Criminal com nº 3014019-69.2013.8.26.0562 (BRASIL, 2016, [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br), grifado no original):

APELAÇÃO CRIMINAL - Porte de entorpecente para consumo pessoal - Recurso da defesa - Absolvição por atipicidade de conduta, decorrente de inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas - Impossibilidade - Ausência de violação de preceito constitucional, especialmente os da lesividade e da intimidade - Norma penal cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública – Punição que decorre do perigo que a conduta representa à sociedade - Direito coletivo que deve se sobrepor ao direito individual – Questão pendente de julgamento pelo STF (RE 635.659-SP, com repercussão geral) que impõe a observação da cláusula de reserva de plenário (Súmula vinculante 10) - Autoria e materialidade incontroversas -

Confissão judicial corroborada pelas demais provas – Presença da recidiva que justifica a imposição de prestação de serviços à comunidade - Apelo não provido. (Apelação Criminal nº 3014019-69.2013.8.26.0562, Quinta Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Juvenal Duarte, Julgado em: 25/08/2016).

É pelo risco que trazem, ao adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, aliado às consequências de sua conduta como usuário de drogas, que se justifica a punição. Se trata de crime classificado como de perigo abstrato, que transcende ao íntimo do agente, ou seja, lesa bens jurídicos inerentes à terceiros. Estando nesses aspectos, em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil e os preceitos constitucionais penais.

#### **4.2.2 A inconstitucionalidade**

Com o advento da Lei 11.343/06, passou a ser suscitada por diversos doutrinadores brasileiros a inconstitucionalidade a que estava revestida o artigo 28 da referida lei. Sustenta-se por essa corrente que o artigo fere os princípios basilares da Constituição Federal. A matéria está, inclusive, sendo discutida por meio de controle de constitucionalidade repressivo concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário n. 635.659, que busca a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 a partir de um caso concreto. Os votos dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário, são pela decretação da inconstitucionalidade da criminalização relativa aos usuários de maconha.

A Constituição Federal foi introduzida com o objetivo também de modificar a ideia de Estado contra os indivíduos, gerando a abstração de Estado em prol da sociedade. É por isso que os anseios da sociedade precisam ser valorados e refletidos no ordenamento jurídico, observados as limitações do poder punitivo, não sendo mais crível, hodiernamente, negar que a cultura do uso de drogas está inserta na sociedade. Ora, a partir desse panorama somente se pode dizer que a criminalização dos usuários é um ato puramente moral, que não condiz com os reflexos da comunidade.

É necessário que haja, pois, a conexão entre a norma e a realidade posta, com a finalidade de assegurar a força normativa da Constituição. Observa-se que não é verossímil mencionar que o indivíduo que deseja fazer uso de substância ilícita deixará de fazê-lo em razão da tipificação, mesmo porque, muitas vezes esse

desejo é incontrolável em razão do vício. A própria sociedade, de modo geral, não mais adere a tal proibição, criando-se nesse ponto um enfraquecimento e afastamento do Estado ao agente usuário.

Além disso, os processos relativos ao delito em questão geram custos processuais, pois movimentam todo sistema policial e judiciário de modo desnecessário. O usuário, como já referido, não deixa de incorrer na conduta, somente porque foi processado e até mesmo condenado por tal delito, já que até mesmo quando existiam penas mais graves isso não ocorria.

A aplicação do princípio da insignificância, aos casos de quantidade ínfima de droga apreendida, trouxe ainda mais o caráter frustrado da criminalização, vez que pelo entendimento majoritário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a conduta do usuário abordado com até 0,6 gramas de maconha, por exemplo, é atípica. Nos casos de insignificância da conduta, de qualquer forma, despendeu-se trabalho policial e judiciário, até a consideração da conduta como atípica.

Aliás, não pode o Estado assumir um papel de vilania contra os usuários, querendo sua punição a qualquer custo e ferindo o princípio constitucional penal da humanidade. Em um Estado Democrático de Direito, deve-se voltar a atenção ao agente “criminoso” individualmente, obviamente, sem ignorar a proteção da sociedade nos limites que convier.

Isso porque a criminalização do delito relativo aos usuários de drogas, constitui uma espécie de draconização da lei, e por isso a tendência é de que os indivíduos, realmente a descumpram, a fim de subtrair-se dos mecanismos de coerção impostos.

A atenção do Estado com relação ao indivíduo é regida principalmente pelo princípio da dignidade humana que tem como objetivo a preservação do ser humano. Verifica-se, entretanto, que o usuário acaba sendo marginalizado e visto de maneira preconceituosa, “poderíamos referir que a lei penal cria estigmas indelévels na pessoa de um doente (o toxicodependente), já que ele passa a ser tratado como um autêntico criminoso” (GUIMARÃES, 2006, p. 17).

[...] demonstra-se que o estigma gera o tratamento social inferior e um tratamento penal selecionador do estigmatizado. Não é pouco considerar que o estigmatizado pelo uso das drogas recebe agressões gratuitas, provocações, perseguições policiais sistemáticas [...] (RANGEL; BACILA, 2014, p. 48).

Nesse sentido, é necessário, para a realização do Estado Democrático de

Direito, que todos os princípios estejam concatenados. A intervenção estatal penal aos usuários de drogas, ataca a própria liberdade individual, que se trata de um bem supremo, ferindo, por consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, o delito relativo aos usuários de drogas, é classificado como crime de perigo abstrato, entretanto, tais crimes são considerados inconstitucionais pelo princípio basilar da lesividade ou ofensividade. Com relação a esse preceito, Gomes (2011, p. 144, grifado no original), deslinda perfeitamente que,

[...] a imposição de sanção *penal* ao possuidor de droga para uso próprio, enquanto o fato não transcende a privacidade do cidadão, conflita com o Estado constitucional e democrático de Direito (que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiras pessoas).

Deve-se, ainda, confrontar o perigo social da conduta do usuário, que rege a constitucionalidade da criminalização dos usuários, com os princípios da culpabilidade e da vedação da punição dupla. Nesse diapasão, é preciso verificar que há ausência de dolo ou culpa na conduta do usuário de drogas, com relação aos crimes derivados do tráfico ilícito, pois não tem o usuário como prever as situações e delitos que de fato podem decorrer. Ressaltando-se, ainda, que muitas vezes a conduta do usuário viciado independe da própria vontade, pois não pode se controlar.

Ademais, dizer que o perigo da conduta se dá quando o usuário está portando a droga é puni-lo antecipadamente, e mais, acometer punição dupla, já que tanto a conduta de tráfico ilícito de drogas, que poderia suceder do porte da droga e os crimes patrimoniais, cometido pelos usuários muitas vezes para financiar o vício, já possuem tipificação própria. A propósito, o categórico juízo de Gomes (2011, p. 129) sobre o assunto é que:

se o sujeito não cuida dele mesmo ou do seu filho, não deve se esperar que o direito penal faça isso por ele e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, reinserção, compreensão, não de prisão.

Tem-se, a partir da Constituição Federal, o princípio da legalidade, segundo o qual somente lei específica pode determinar as condutas consideradas como crime. Desta maneira, observa-se que somente é passível de consideração ao âmbito penal, as condutas que derivam da própria vontade do agente, pois somente

essas poderiam ser evitadas.

Para a instituição de um fato como crime é necessário, como já revistado que estejam presentes três elementos, fato típico, ilicitude e culpabilidade. Ocorre entretanto, que o perigo social e o bem jurídico da saúde pública esgotam-se na análise relativa ao nexos causal inerente ao fato típico. Já que não há como mensurar nexos causal (vínculo ou liame da conduta com o resultado ocorrido, ou seja, uma relação de causa e efeito entre ação e resultado) entre a intenção do usuário de drogas em utilizá-las e as posteriores condutas dos traficantes que distribuem as drogas e sucessivamente outros delitos inerentes ou, ainda, entre a intenção do usuário em usar droga e a disseminação do vício à sociedade, pois a conduta de outrem decorre da sua vontade própria.

Por fim, encerra-se o presente, com citação ilustrada por Rangel e Bacila (2014, p. 58),

no mundo real, as pessoas tendem a criar vínculos psíquicos e concretos sobre as condutas dos usuários de drogas, isto é, criam-se regras paralelas às leis sobre o seu comportamento consistentes em expectativas e julgamentos precipitados.

Aliás, cabe ainda ilustrar, com a seguinte ementa da Apelação Criminal, nº 0045264-17.2012.8.19.0066 (BRASIL, 2015, [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br), grifado no original):

ART. 28 DA LEI 11.343/06 – APELAÇÃO - APREENSÃO DE QUANTIDADE ÍNFIMA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE DESTINADA A CONSUMO PRÓPRIO DO RÉU - ATIPICIDADE DA CONDUTA DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA INCRIMINADORA – CONDUTA GARANTIDA PELO DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE (ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA) – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE A BEM JURÍDICO RELEVANTE – APLICABILIDADE TAMBÉM DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA INSIGNIFICÂNCIA. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM. (Apelação Criminal nº 0045264-17.2012.8.19.0066, Segunda Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça do RJ, Relator (a): Cintia Santarem Cardinali, Julgado em: 26/01/2015).

Sustenta-se, ante o exposto, a inconstitucionalidade da tipificação relativa aos usuários de drogas.

## 5 CONCLUSÃO

A questão relativa à drogas ilícitas a muito tempo vem sendo discutida, tanto no país como no mundo. Estabeleceu-se durante longo tempo, um processo de esclarecimento e assimilação que resultou na atual conjectura. Ressalta-se que a Lei 11.343/06, que atualmente regula a tipificação relativa aos usuários de drogas, foi instituída após a Constituição Federal.

Observa-se que a medida em que os estudos relativos à drogas avançam e alcançam novos escopos, o sistema jurídico relativo à matéria, sua interpretação e a cultura da sociedade também precisam se adaptar.

O presente trabalho foi realizado sob o enfoque de analisar determinados fundamentos constitucionais incidentes ao direito penal, principalmente com a apreciação dos princípios constitucionais penais, que foram instituídos sob a égide de regular o poder punitivo estatal. Também foi realizada breve explicação sobre os tipos de controle de constitucionalidade vigentes no ordenamento jurídico. Doutra banda, aprofundou-se especificamente preceitos basilares do Direito Penal, sob a influência constitucional, reconhecendo os elementos que justificam a classificação, de determinada conduta praticada, como crime. Buscou-se, por fim, explicitar a própria tipificação relativa à criminalização dos usuários de drogas e analisá-la frente aos fundamentos constitucionais e elementos penais constitutivos do ilícito anteriormente retratados.

Nesse diapasão, analisou-se no primeiro capítulo dessa dissertação a evolução do Direito Penal aliado ao contexto-político social que em cada tempo ocorria no Brasil. Assim, provou-se a partir da história, as conquistas libertárias e humanitárias que paulatinamente foram sendo obtidas. Assimilou-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, tanto os direitos do indivíduo como agente pertencente à uma sociedade de direitos e garantias, como a sociedade em geral merecedora de proteção, foram concretizados. Foi possível também demonstrar que o ideal de Estado Democrático de Direito surgiu, para selar à sociedade os ideais de liberdade justiça e solidariedade.

Constatou-se nesse primeiro capítulo ainda, que os princípios instituídos a partir da Constituição tiveram a função principalmente de limitar o Direito Penal como fonte punitiva. Buscou-se elucidar com mais expressividade alguns princípios para constatar a necessidade do equilíbrio entre a limitação da liberdade, preservando-se a dignidade, a integridade e a individualidade do agente, com



relação à necessidade de tutela e proteção da sociedade de modo geral, quando houver por parte do indivíduo agressão à bem jurídico de suma importância à população, tendo sido, ao final desse capítulo realizada mera explicitação sobre os controles de constitucionalidade preventivo e repressivo atuantes no ordenamento vigente.

Em um segundo capítulo, retomou-se a análise da imprescindibilidade de existência de lesão ou para alguns doutrinadores até mesmo perigo de lesão a determinado bem jurídico a ser tutelado para a tipificação de uma conduta como crime. Firmou-se o significado de crime e se pormenorizou o conceito da classificação do crime como de perigo abstrato, classificação essa, dada ao delito relativo à criminalização dos usuários de drogas. Exprimiu-se a teoria finalista da ação, adotada pelo código penal e que explicita que nenhuma ação ou omissão será considerada como delituosa se não partir da íntima vontade do agente.

Instituiu-se a ideia da teoria tripartida do crime, ante os elementos fato típico, ilícito e culpável. Restou esmiuçado, inicialmente no fato típico, o fundamento da conduta, que se trata da ação ou omissão humana dirigida à uma específica finalidade e o resultado, a partir da ação ou omissão do indivíduo. Foi traçado o fundamento do nexos causal, segundo o qual é necessário que a conduta realizada pelo a gente tenha relação com o resultado ocasionado. Sob o fundamento da tipicidade foi aludido que se trata da adequação do comportamento humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora.

Brevemente aludido, também, o elemento ilicitude ou antijuricidade que guarda respaldo na contradição entre a conduta do indivíduo e ordenamento jurídico penal, pelo qual a ação ou até mesmo omissão típicas se tornam ilícitas, considerando ainda quatro hipóteses que acabam por excluir essa ilicitude, quais sejam, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal. Para a complementação do capítulo, explanou-se que o elemento do crime, culpabilidade, em que, para que seja constituída, faz-se necessário a presença três requisitos, capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta.

No terceiro e último capítulo, após retomada histórica da criminalização das drogas, que pode ser ainda vista sob os períodos históricos revistados no primeiro capítulo, adentrou-se na análise específica relativa ao usuário de drogas. Percebendo-se que a atual legislação traz um conflito constitucional ante ao dispositivo tipificador do usuário de drogas. Alguns doutrinadores sustentam que a

tipificação é constitucional, pois a conduta do usuário implícita perigo abstrato à sociedade e afronta o bem jurídico da saúde pública, enquanto que outros alegam a inconstitucionalidade do dispositivo frente aos princípios constitucionais penais da lesividade, dignidade da pessoa humana, intervenção mínima do estado entre outros. Foram, portanto, refutados ambos os argumentos para possibilitar a resolução do conflito.

Confrontando-se as correntes a partir dos argumentos trazidos dos doutrinadores e também elaborados a partir do estudo realizado nos primeiros capítulos, foi possível perceber que a criminalização dos usuários de drogas encontra respaldo na defesa do bem jurídico saúde pública e na prevenção do perigo abstrato gerado, todavia, em contrapartida, são inúmeros os direitos e garantias fundamentais lesados a partir da criminalização.

Ocorre que a criminalização representa muito mais uma resposta do Estado à sociedade, a qualquer custo, na tentativa de justificar e demonstrar ilusoriamente a tutela ao bem jurídico saúde pública e à prevenção irreal do perigo abstrato.

Aliás, o perigo abstrato acaba representando dupla punição, a qual é constitucionalmente vedada, vez que o indivíduo é punido inicialmente por portar drogas, sob a justificativa de que pode futuramente vir a trafica-la. Todavia, o delito tráfico ilícito de drogas já se encontra tipificado no ordenamento jurídico e caso o agente sucumba a ele, assim será processado. É o mesmo caso da justificativa que leva a punição do usuário, que para sustentar o vício comete principalmente delitos patrimoniais, pois caso nesses incorra, por eles responderá.

Ademais, observa-se que o direito fundamental saúde, impedido de renúncia por parte do indivíduo, não é pelo usuário renunciado, vez que apenas deixa de realizá-lo ao utilizar substâncias entorpecentes. É também descabida a alegação de que os usuários ao portarem drogas disseminam o uso, visto que quem passa a utilizar drogas o faz pela íntima vontade, que não deriva da conduta do usuário criminalizado.

Ainda, a criminalização em busca da erradicação da pobreza e da marginalização é a penas figurativa, pois o usuário acaba sendo afastado da própria sociedade e do Estado, que não consegue alcançar tais agentes a partir de políticas públicas educativas, já que ambos mostram-se como verdadeiros inimigos dos usuários, sendo na maioria das vezes censurados na tentativa de entrada no mercado de trabalho e continuam, portanto, sendo considerados, de modo geral, como marginais.

Na prática, percebe-se até mesmo a inutilidade da norma recrudescida, já que revela altos custos ao sistema judiciário e policial, que conseqüentemente desempenham trabalhos desnecessários.

É possível concluir, portanto, que ante o confronto e sopesamento dos argumentos, a tipificação relativa à criminalização dos usuários de drogas é inconstitucional. Por mais que a conduta ainda esteja tipificada no ordenamento jurídico, é plausível perceber que está percorrendo o caminho da descriminalização, já tendo havido certa despenalização, refletindo o cenário da sociedade atual em um Estado Democrático de Direito, baseado na liberdade individual, justiça e solidariedade.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968. *Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De10385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10385.htm)>. Acesso em: 16 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. *Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Criminal nº 3014019-69.2013.8.26.0562*. Disponível em <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9733427&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_b299af81327f46b5b988fa1ab108b5f6&v1Captcha=HhSvn&novoVICaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9733427&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_b299af81327f46b5b988fa1ab108b5f6&v1Captcha=HhSvn&novoVICaptcha=>)>. Acesso em: 19 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 004526417.2012.8.19.0066*. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046A23D3843437E1D3D459ADBCD2FD06D8C50336465D22&USER=>>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CICCO, C. de; GONZAGA, A. A. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALANTE, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Barros Fischer e Associados, 2005.

GOMES, Luiz Flavio. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção repressão*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tóxicos: prevenção repressão*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tóxicos: prevenção repressão*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições em busca de um direito penal eficaz*. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_. *Nova lei antidrogas comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. Curitiba: Juruá, 2006.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

MARINHO, A. P.; FREITAS, A. G. T. de. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Tóxicos: comentários à Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Bauru: Jalovi, 1977.

MENDONÇA, A. B. de; CARVALHO, P. R. G. de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOLINA, A. G. P. de; GOMES, L. F. *Direito penal: fundamentos e limites do direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RANGEL, P.; BACILA, C. R. *Lei de drogas: comentários penais e processuais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Drogas e Cárcere: a repressão às Drogas e o aumento da população penitenciária brasileira*. Disponível em <<http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/6-3/sistemas%20sobrecargados%20-%20completo%20brasil.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THUMS, G.; PACHECO, V. *Nova lei de drogas: Crimes, Investigação e Processo*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.