



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FRANCISCO MESSIAS MARINHO DA SILVA**

**CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL, O  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS E VETOR DA PROTEÇÃO  
INSUFICIENTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE**

**FORTALEZA**

**2017**

FRANCISCO MESSIAS MARINHO DA SILVA NETO

CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL, O  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS E VETOR DA PROTEÇÃO  
INSUFICIENTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito penal.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Cabral

FORTALEZA

2017

FRANCISCO MESSIAS MARINHO DA SILVA NETO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

M29c Marinho da Silva Neto, Francisco Messias.  
CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL e O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE DAS PENAS : o VETOR DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE AO BEM  
JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE / Francisco Messias Marinho da Silva Neto. – 2017.  
60 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,  
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.  
Orientação: Profa. Dra. Gustavo Cesar Cabral .

1. Lei de Drogas. I. Título.

CDD 340

---

CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL, O  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS E VETOR DA PROTEÇÃO  
INSUFICIENTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Direito Penal.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.Dr. Gustavo César Cabral ( ORIENTADOR)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Emetério Silva de Oliveira Neto  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof . Thúlio Mesquita Teles de Carvalho  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus. Inteligência suprema causa primeira de todas as coisas. Minha mãe sempre acreditou que seria aprovado no concorrido vestibular desta Salamanca Alencarina, por mais que isso parecesse improvável se comparado o investimento feito na vida escolar dos concorrentes à vaga. Ela sempre teve mais fé que eu, por vezes, pareceu cega. Mas, estava certa. Teria tomado rumo diverso se não fosse por ela. Por isso, agradeço. Esse agradecimento se estende aos membros de minha casa.

Agradeço aos membros da confraria nomeada como Amizade verdadeira. Em tempos de dificuldades financeiras, pagaram minha formatura. *Verba volant, scripta manent.* Não esqueço.

Lucas Andrade, conhecido como Cabecinha. Nos idos de 2016, na localidade de águas belas, salvou-me de um afogamento. Logo, devo-lhe a vida. Agradeço. Trata-se, juntamente com Mário Sérgio Barros Leal, uma das pessoas mais íntegras que já tive o deleite da amizade. Professor, orador, cochedor de filosofia. As reflexões que tivemos mudaram-me o caráter.

Lucas Brendo, o Queijinho. Firme, equilibrado, inteligente. Nossos planos já se estendem para além do meio acadêmico. Profissional competente, pessoa em quem confio. Obrigado por enfrentar comigo as batalhas que nos engajamos.

Mário, por sua honradez, nunca recebeu alcunha. Pessoa mais íntegra que convivi, sem prejuízo do Lucas Andrade. Apresentou-me o mestre. Estudioso de filosofia. Tem o sangue de jurista. Orgulho-me da amizade.

Pedro Erick, Whinderson. Amizade improvável. Na verdade temos mais afinidade do que pensei. Você é uma pessoa boa, inocente. Vencerá pelo seu esforço. Agradeço por ter sido tão receptivo comigo em um meio que achava que iria encontrar bem mais hostilidade.

Rodrigo, Abacatinho. Quantas situações inenarráveis passamos juntos. Pensa rápido, grande senso de humor. Recebeu-me em sua casa com grande fartura, a revelia do comportamento de alguns colegas. Enfrentamos o XXI juntos, Foi mais fácil do que tranquilo. Muitas batalhas virão. Certeza na vitória.

Vitinho, quem é você na guerra cultural? Obrigado por uma das melhores conversas de reveillon da vida. O melhor aluno do 7 de setembro. Pé no chão, organizado, ambicioso, se vitória for aprovação e prosperidade, vencerá. Obrigado pelas reflexões naquela manhã em que longas horas esperamos o desjejum.

Ygor, de tantas alcunhas nenhuma merece destaque. Homem verdadeiramente honrado. Mal mereço sua amizade. Seu comportamento serve como um farol para o comportamento do grupo. Agradeço pelo sentimento fraterno que permeia nosso relacionamento. Foi o primeiro da confraria a visitar as terras de Capistrano de Abreu, homem muito humilde. Durante o período de sua estadia o calor e o suor dessa terra de nenhuma maneira o incomodaram.

## RESUMO

A nova lei de drogas data de 2006, vindo substituir a legislação pretérita que vinha da década de 1970. O legislador mais moderno teve uma preocupação de explicitar que a tipicidade penal referia-se ao porte de drogas para o consumo pessoal e não ao consumo por si só. Não poderia ser diferente ao se considerar o princípio orientador do ordenamento jurídico penal da lesividade. Ou seja, ninguém poderia ser punido por prejudicar apesar a si mesmo. Apesar disso, o nosso ordenamento considera o tráfico de drogas um delito equiparado a um crime hediondo. Por uma questão de política criminal, embebida em valores ético-políticos, o legislador entendeu que o interesse jurídico da saúde pública era afetado pelo porte de drogas. Vale dizer que o próprio conceito de droga é trazido por uma portaria do ministério da saúde. O direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. No sentido de que cabe tão somente à lei penal a aplicação das mais graves sanções albergadas em nosso ordenamento, destacadamente aqueles que têm como escopo a privação de liberdade. Todavia, a definição de crime não se dá em uma esfera puramente legalista que associa o delito ao preceito secundário da pena de prisão. A norma penal cumpre função ético-social, no sentido de que cabe a ela, em certa medida dizer aos indivíduos quais condutas são reprováveis. O art. 59 do código penal permite extrair quais seriam as funções da pena. Quais reprovam e prevenir o crime. Entende-se, portanto, que o tipo penal, mesmo que objeto de uma política criminal descarcerizadora não pode se furtar de cumprir as funções da pena. A qual tem, substancialmente, caráter impositivo. De maneira que, padece pela falta de proporcionalidade, no viés da proteção insuficiente a sanção criminal que permite ao sujeito que a descumpra a possibilidade de ser acometido por uma pena mais branda. É o que se dá na lei de drogas em que o portar da droga para consumo pessoal que descumpra uma medida socioeducativa é exposto a uma pena de admoestação verbal. Admoestar é repreender levemente. Dessa maneira, credita-se ao sujeito que fere o ordenamento cometendo um crime e que demonstra desprezo para com a administração da justiça ao descumprir uma pena injustificadamente, uma mera repreensão por parte do juiz de direito. Nesse sentido é que se revela a proteção insuficiente do bem jurídico albergado pela lei penal.

**Palavras-chave:** Lei de drogas, Porte de drogas, entorpecentes, proporcionalidade das penas.

## ABSTRACT

The new drug law dates from 2006, replacing the previous legislation that came from the 1970s. The most modern legislator had a concern to make explicit that the criminal type was referring to the possession of drugs for personal consumption and not to consumption by itself. Otherwise it could not be different since a guiding principle of the criminal legal order is that of the lesivity. This norm brings within its framework the idea that certain conduct is punishable only if it reaches a sphere of legal interest beyond the active subject of crime. As a matter of criminal policy, embedded in ethical-political values, the legislator understood that the legal interest of public health was affected by the possession of drugs. It is worth mentioning that the very concept of drugs is brought by an ordinance of the ministry of health. Criminal law is the ultimate ratio of the legal system. In the sense that it is only the criminal law to apply the most severe sanctions lodged in our system, especially those that have the scope of deprivation of liberty. However, the definition of crime does not take place in a purely legalistic sphere that associates the offense with the secondary precept of the prison sentence. The penal norm fulfills an ethical-social function, in the sense that it is up to it to some extent to tell individuals which conduct is reprehensible. The art. 59 of the penal code allows to extract what the functions of the penalty. What to reprove and prevent crime. It is understood, therefore, that the criminal type, even if subject of a decarcerizing criminal policy can not avoid to fulfill the functions of the penalty. Which is substantially taxed. In this way, it suffers from the lack of proportionality, in the bias of insufficient protection, the criminal sanction that allows the subject who disagrees with the possibility of being affected by a milder sentence. This is what happens in the drug law in which the possession of the drug for personal consumption that violates a socio-educational measure is exposed to a sentence of verbal admonition. To admonish is to scold lightly. In this way, it is credited to the person who damages the order by committing a crime and who shows contempt for the administration of justice by unjustly breaking a sentence, a mere rebuke by the court of law. In this sense is revealed the insufficient protection of the legal good housed by the criminal law.

**Keywords:** Drug law, drug possession, narcotics, proportionality of sentences.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 TEORIA GERAL DAS PENAS COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE DA ART. 28 DA LEI 11.343/2006.....</b>	<b>12</b>
2.1 Conceito de pena e limites ético-políticos ao direito de punir.....	12
2.2 Estado e necessário respeito aos direitos fundamentais.....	13
2.3 Teoria das Penas.....	18
2.3.1 <i>Teoria absoluta da pena</i> .....	19
2.3.2 <i>Teoria relativa</i> .....	21
<b>3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS COMO IMPOSIÇÃO DE SISTEMATICIDADE DE ORDENAMENTO.....</b>	<b>31</b>
3.1 Princípio da proporcionalidade das penas.....	31
3.2 Artigo 59 do código penal – o dever de reprimir e prevenir o crime.....	34
<b>4 DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>41</b>
4.1. Sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e o tratamento dado ao usuário e ao dependente.....	47
4.2. Os princípios do Sistema nacional de políticas públicas sobre drogas.....	49
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade é um dos condicionantes mais complexos de ser seguido pelo legislador penal. Esse instituto pode ser expresso pela vetusta máxima latina *poena debet commensurari delicto*. No sentido de que compete às penas estabelecerem a escala valorativa mais gravosa de um ordenamento jurídico. Qual seja justamente aquela que é reservada ao direito penal.

Isso se dá porque não existe uma relação lógica natural entre certa conduta, o desvalor a ela acarretado pelo meio social e a medida sancionadora punitiva que é devida a tal comportamento. As penas são estabelecidas de maneira completamente artificial e refletem a soma dos fatores reais de poder que compõe um determinado Estado. As penas são arroladas de maneira abstrata. Servem para expressar um a repulsa moral de determinado grupo social. Esse valoramento negativo é tarefa, em um sistema democrático, feito do legislador, pelo menos nos ordenamentos jurídicos modernos. Demonstra-se dessa uma opção política e ideológica das instituições sociais.

A forma com que o conteúdo axiológico negativo é expresso são, como visto as sanções, que podem ser premiaias ou punitivas. Sendo reservadas ao direito penal as conseqüências jurídicas mais intensas. Das quais a cada comportamento deve ter como medida cabível uma pena abstrata a ser efetivada de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, o qual será avaliado pelo juiz que deverá ter o máximo acesso possível aos fatos transcorridos e tidos como condutas delituosas.

As penas ao mesmo tempo em que impõem ao condenado um mal tido como justo, em decorrência do mal injusto que ele cometeu por meio da prática de um crime. Sujeitam toda a sociedade ao receio de uma punição hipotética. Daí se tem o que se entende por caráter invasivo do direito penal. Ou seja, a possibilidade concreta de se impor restrição de direitos ao condenado e a possibilidade abstrata de se prejudicar cada membro da sociedade por meio de um tipo penal.

Esse referido caráter invasivo se dá na proporção e na necessidade previamente definidos pelo legislador o qual deverá selecionar certos bens jurídicos para estar sob a guarda do mais grave dos ramos do direito de natureza sancionadora.

Têm-se aí faceta do princípio da proporcionalidade. No sentido de que o custo que a sociedade enfrenta, qual seja a restrição de certas condutas que poderiam ser livremente tomadas se não fosse a natureza da norma penal, deve ser menor que a proteção que se oferece

juridicamente por meio dos tipos penais. A proibição do porte de drogas para o consumo pessoal se dá justamente nesse contexto de proibição a uma prática que, por representar um perigo abstrato, não deveria ser reservada à norma penal. No entanto, o mandado constitucional de criminalização do tráfico de drogas e a inegável sistemática do comércio ilegal de entorpecentes que envolvem, sem sombra de dúvidas, o usuário que consome a droga com fins recreativos não deve ser porta de lado. Dessa maneira, não parece justa a pena que é imposta pelo artigo 28 da lei 11.343/2006.

O referido dispositivo legal encerra a conduta de portar droga com o fim de consumo pessoal. Trata-se, sem sombra de dúvidas de um crime de perigo abstrato. Pode-se definir essa classificação de delito como aqueles que não exigem a efetiva lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. Trata-se de tipos penais que descrevem apenas um comportamento sem apontar um resultado específico como elemento expresso necessário para a sua consumação.

Essa tipificação violaria o direito à privacidade e à intimidade, bem como os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da lesividade, haja vista que não ostenta aptidão para proteger os bens jurídicos declarados como tutelados, quais sejam, a saúde e a segurança públicas. Haveria ainda uma banalização da lei criminal, imbuída de um caráter puramente sem efetividade. Prioriza-se muito mais um caráter simbólico da lei, a qual só contribui para agravar a questão das drogas.

A lei de drogas atualmente em vigor trata o porte de drogas para consumo pessoal como necessária de ser objeto de política pública referentes de prevenção e reinserção social. Fazendo, inclusive, na parte de seu conteúdo que trata do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas a diferenciação entre usuário e dependente. Justamente nesse sentido que surge a questão a ser refletida na questão em comento porque deve-se considerar ainda a proibição da proteção deficiente por parte da lei. Sendo esse considerado como um viés do princípio da proporcionalidade, pelo qual é limitado o poder do Estado de elaborar leis que não atinjam a finalidade de proteger o bem jurídico ameaçado. Servindo de vetor juntamente com o princípio da proibição de excesso. Sob o argumento de que o Estado não pode o poder público se exceder ao reprimir certo comportamento também não poderia fazê-lo de maneira ineficiente ou inefetiva. Resta saber se há aptidão da lei penal para interromper a ânsia de consumir drogas por um indivíduo já iniciado nesse meio.

Nesse sentido é que se sustenta que o princípio da proporcionalidade das penas não comportaria as medidas trazidas pela lei. Ora, permite-se ao apenado que descumpra as

sanções cominadas depois de um devido penal. O qual envolveu todo um dispêndio de recursos materiais e humanos aos contribuintes a imposição de uma medida ainda mais branda. Como que o sujeito possa optar por descumprir uma medida de prestação de serviço a comunidade ser submetido sucessivamente a admoestação verbal como forma de estímulo ao cumprimento da pena.

Dessa maneira, a virtude de se reprovare e prevenir o crime, trazidas pelo nosso código penal como funções da pena, também não são cumpridas. Padecendo essa norma da síndrome da ineficiência. Uma vez que sendo sanção a imposição de uma consequência jurídica a um fato com relevância para tal, não haveria sanção se o total descumprimento da pena acarreta uma consequência mais branda.

O próprio ordenamento jurídico penal perde sua força quando o sujeito observador de um crime e da sua respectiva punição em um primeiro momento sinte o temor da punição ao se imaginar no papel do usuário e logo em seguida, com a aplicação da consequência jurídico-penal surpreenda-se com sua ineficiência.

## **2 TEORIA GERAL DAS PENAS COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006**

### **2.1 Conceito de pena e limites ético-políticos ao direito de punir**

Pena é a conseqüência de um crime. A qual foi estabelecida em lei por um certo grupo, visando beneficiar-se por meio da garantia de certos bens materiais ou imateriais. Por meio de um processo se impõe a um determinado sujeito que toma para si um comportamento tido como reprovável pelo corpo social. A punição é a principal ferramenta do direito penal. Cleber Masson conceitua pena da seguinte forma<sup>1</sup>

Pena e a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, e definido na lei como crime. Como reação contra o crime, isto e, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder publico para a manutenção da ordem e segurança social.

Estando a nomogênese do preceito secundário da norma penal limitado por: 1) normas de processo legislativo; 2) normas de profundo conteúdo mora, típicas dos Estados modernos de direito. Afirma Luigi Ferrajoli:<sup>2</sup>

A definição teórica de "direito válido" - conforme o princípio metacientífico do positivismo jurídico expressado por nossa terceira tese acerca da separação entre direito e moral - continua sendo, portanto, ideologicamente neutra: é válida ainda que seja injusta qualquer norma ou preceituação que esteja conforme as normas acerca da sua produção. O que acontece é que entre as normas acerca da produção de normas, o moderno Estado constitucional de direito tem introduzido múltiplos princípios ético-político ou de justiça que impõem valorações éticas-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, senão internos ou juspositivistas. Nos velhos Estados absolutistas e em muitos dos modernos Estados totalitários as normas acerca da produção de normas, que estão no vértice do ordenamento, limitam-se de fato a conferir ao poder soberano o poder de legislar.

Dessa maneira, fica exposto que o legislador pátrio quando cria uma norma penal também deve considerar valores ético-políticos. Ou seja, não é o legislador que tão somente

<sup>1</sup> Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1 / Cleber Rogério Masson. - 4.s ed. rev atual. o ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : METODO, 2011. Pg. 745

<sup>2</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 73

revela os valores do grupo através da criação de uma lei. Muito pelo contrário, em um Estado democrático de direito, preenchidos por uma gama de direitos fundamentais, o legislador fica limitado pelos valores previamente estabelecidos em sede constitucional. A doutrina fala em três fases do desenvolvimento histórico das penas. Quais sejam: uma fase marcada pelo forte retributivismo, de chamada de fase das penas informais. Uma segunda fase marcada pela idéia de que as penas poderiam ser uma consequência natural do cometimento de certo delito. Como se houvesse um único resultado correto possível para a prática de determinada conduta a essa fase dar-se o nome de fase do caráter casual. Há ainda uma terceira fase, essa moderna, fruto dos ventos revolucionários, tida como fase da pena convencional, tem-se que, a pena deve respeitar certos direitos fundamentais para ser aplicada de maneira correta. Como, principalmente, o princípio da legalidade. Ferrajoli<sup>3</sup>

Pode-se talvez distinguir, em termos aproximados, três fases no desenvolvimento histórico das penas: a das penas informais, marcada pelo caráter casual, relativamente espontâneo, não regrado e, sobretudo, privado da intervenção punitiva; a das penas naturais, caracterizada pela busca, ainda que ilusória, de um nexó natural ou substancial entre pena e delito; e a das penas convencionais, baseada no reconhecimento do caráter exclusivamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito. Cada uma destas fases corresponde, em linhas gerais, à afirmação de um princípio penal garantista e de uma conseguinte limitação do arbítrio punitivo. Assim, as penas que chamei de "naturais" supõem, em relação às "informais", a aceitação do princípio da retributividade expressado no nosso primeiro axioma *nulla poena sine crimine* e indubitavelmente satisfeito pelo critério do talião. As penas "convencionais", por sua vez, afirmam-se simultaneamente ao princípio de legalidade das penas expressado na tese *nulla poena sine lege*, indispensável para a estipulação e gradação normativa da qualidade e quantidade das penas. Por fim, a formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para sua minimização, conforme o critério, utilitarista e humanitário, expressado pela tese *nulla poena sine necessitate*. Se os dois primeiros princípios respondem à pergunta "quando castigar", este terceiro princípio constitui a principal resposta, elementar e talvez um pouco sumária, dada pelo pensamento iluminista à pergunta "como punir".

## 2.2 Estado e necessário respeito aos direitos fundamentais

Para que se tenha uma melhor compreensão das penas como consequência de uma determinada conduta qualificada pela juridicidade, e não como corolário estritamente social, se faz necessário uma incursão sobre a teoria geral do estado para que se possa pensar o vocábulo punição em seu sentido jurídico. Nesse sentido que se entende a consequência jurídica gravosa punitiva como uma restrição advinda da vida em sociedade. Ou seja, o

---

<sup>3</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 84

homem ao abdicar de parcela de seu estado hipotético de liberdade absoluta compromete-se em se submeter a essas circunstâncias jurídicas gravosas. As penas não são naturais. Não mecanismos invariáveis que acometem qualquer um, a qualquer tempo, desde que cometa certo crime. Daí a importância as penas serem sempre de acordo com um conjunto de valores dos sujeitos administrados pelo estado, que estão hipoteticamente sujeitos às punições.

A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade. Como se explica este fato? Haverá, por acaso, uma coação irresistível, que impede a liberdade dos indivíduos e os obriga a viver em sociedade, mesmo contra sua vontade? Ou, diferentemente, será que se pode admitir que é a própria natureza do homem que o leva a aceitar, voluntariamente e como uma necessidade, as limitações impostas pela vida social? Tanto a posição favorável à idéia da sociedade natural, fruto da própria natureza humana, quanto a que sustenta que a sociedade é, tão-só, a consequência de um ato de escolha, vêm tendo, através dos séculos, adeptos respeitáveis, que procuram demonstrar, com farta argumentação, o acerto de sua posição. Impõe-se, portanto, que se faça o estudo de ambas as posições e dos respectivos argumentos, uma vez que esse é o dado inicial do qual dependerão conclusões fundamentais, relativas à posição do indivíduo na sociedade e no Estado, com repercussões muito sérias sobre as diretrizes a respeito da organização, do funcionamento e da própria existência do Estado.<sup>4</sup>

O povo que é o conjunto de pessoas submetidas à ordem jurídica estatal, que compreende o nacional residente e o que está fora dele. Dessa forma aqui se identifica um conjunto de sujeitos determinados que se submetem ao ordenamento jurídico punitivo de um determinado Estado.

Território é o elemento material, espacial ou físico do Estado. Compreende a superfície do solo que o Estado ocupa, seu mar territorial e o espaço aéreo valem dizer que aqui também se identifica o território jurídico nacional ficto ou por equiparação, como as embarcações a serviço do governo brasileiro. Nos dizeres do art. 5º § 1º considera-se território brasileiro por equiparação, constituindo o que a doutrina entende como uma ficção jurídica as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar, a lei vaticina ainda que esses referidos objetos são tidos como extensão do território nacional. Todavia, vale ressaltar que essa norma tem caráter limitado em relação ao sistema jurídico punitivo, uma vez que se limita a tratar das punições relativas aos crimes. Sendo sabido a extensão bem mais ampla da norma limitadora, somente para exemplificar, o

---

<sup>4</sup> Dalmo de Abreu Dalari 2ª edição, atualizada 1998 Editora Saraiva, pg 56

artigo segundo da lei 3688\1941 a lei brasileira só é aplicada às contravenções penais cometidas dentro do território nacional, sendo assim, já se reduz bastante o efeito extra territorial da lei penal brasileira.

Governo é a organização necessária ao exercício do poder político. Soberania é o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência. A soberania do Estado não reconhece poder igual, superior ou concorrente na ordem interna ou internacional. No Brasil a soberania popular é exercida por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Expressando-se por meio de um ente político personalizado que visa cumprir os fins estabelecidos pelos membros que o compõem.

Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari:

“...não basta uma reunião de pessoas para que se tenha por constituída uma sociedade, sendo indispensável, entre outras coisas, que essas pessoas se tenham agrupado em vista de uma finalidade. E, quanto à sociedade humana, que é a reunião de todos os homens e que, portanto, deve objetivar o bem de todos, a finalidade é o bem comum. Entretanto, é evidente que o simples agrupamento de pessoas, com uma finalidade comum a ser atingida, não seria suficiente para assegurar a consecução do objetivo almejado, sendo indispensável que os componentes da sociedade passem a se manifestar em conjunto, sempre visando àquele fim. Mas, para assegurar a orientação das manifestações num determinado sentido e para que se obtenha uma ação harmônica dos membros da sociedade, preservando-se a liberdade de todos, é preciso que a ação conjunta seja ordenada. Aqui está, portanto, a segunda nota característica da sociedade: as manifestações de conjunto ordenadas.”

Tendo em vista o exposto, percebe-se que às sociedades modernas punição não se trata meramente de consequência danosa advinda da reprovação social. Mas exigindo para tanto a qualificação de punição jurídica, a qual só se dá por meio da organização estatal, da qual se depreende um conjunto de direitos e garantias que se impõem para que haja a referida qualificação.

Tem-se a partir daí que não pode existir uma pena que seja razoável que não seja uma pena que advenha do plano jurídico, o qual por sua vez está umbilicalmente ligado à idéia de pena proporcional conceito e de Estado moderno.

A proporcionalidade deve então tomar dois vetores. Quais sejam a proibição do Estado se exceder a pena cominada e executada no indivíduo. Impondo assim penas mais severas e cruéis a sujeitos que cometeram condutas que apesar de poder ser tidas como criminosas não merecem uma sanção demasiadamente gravosa seja pela natureza do crime, pelos seus efeitos sob a vítima ou sob a sociedade ou ainda pelas circunstâncias do delito.

Há ainda outro vetor no sentido de que o legislador ao escolher certa conduta como digna de receber a pecha de crime, resguardando assim determinado bem jurídico deve oferecer a esse bem uma condição de ser protegido por meio de uma punição. Não pode, portanto, a punição reservada a esse delito ser tida como insuficiente. A proteção insuficiente é tão danosa à sistemática punitiva do que a punição em excesso. Enquanto o excesso banaliza a pena, a falta de rigor desprestigia a própria conduta criminosa.

Deve considerar ainda uma terceira imposição, cuja qual se revela muito mais como uma imposição lógica dois vetores supra expostos e de um corolário lógico da existência de um conjunto de normas jurídicas ordenadas. Qual seja o dever que tem o Estado de escalonar as condutas criminosas e suas respectivas punições de acordo com os bens jurídicos albergados, sua relevância creditada pelo legislador e a respectiva gravidade da ofensa ofertada a esse bem jurídico.

A seu tempo, o Estado como o compreendemos só existe carregado de uma pesada carga valorativa que se expressa por meio do sistema de direitos e garantias fundamentais. Do referido raciocínio chega-se à conclusão de que só há pena razoável se essa pena estiver em consonância com a sistemática de direitos fundamentais. Daí surge o entendimento de que a pena deve ter uma finalidade. Não se aceita mais a punição o caráter meramente retributivo e nem a punição que não esteja sistematicamente encaixada no ordenamento jurídico penal.

A sanção penal é, por fim, uma resposta do Estado, com procuração da sociedade por meio dos poderes constituídos. O qual, no exercício de seu *jus puniendi* e sendo obrigatoriamente precedido de um devido processo legal, despeitando-se assim todas as garantias no âmbito material e processual. Resposta essa devida ao responsável que praticou um crime ou uma contravenção penal. Divide-se em duas espécies: penas e medidas de segurança.

As penas tem como pressuposto a culpabilidade do sujeito. Sendo essa considerada, como elemento do crime ou como elemento necessário à punição da conduta.

Com efeito, crime e o fato típico e ilícito, e a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena. Destinam-se aos imputáveis, ou seja os que guardam total condição de entender as conseqüências dos atos em que praticam em seu seio psíquico e aos semi-imputáveis que sejam tidos como não-perigosos ao meio social. Já as medidas de segurança tem como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-

imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam, no lugar da punição, de especial tratamento curativo.<sup>5</sup> Cleber Masson conceitua pena como:

..” Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de e terminados bem jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e , mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

Desse conceito de pena pode-se fazer o raciocínio de que não se resgarra da substância da punição a sua finalidade. Reitera-se a idéia de que não se pode punir somente por punir. A punição, para ser legítima deve ter uma finalidade.

Por derradeiro, vale ressaltar a inseparável relação entre Estado, constituição e direito penal. Adotando-se uma idéia de pacto social em que os indivíduos que compõem determinada sociedade abdicam de parcela de suas liberdades em prol possibilidade da convivência em sociedade. Sob essas circunstâncias, em que o Estado tem uma espécie de relação quase que contraprestacional com a população, no sentido de que ao se retirar dessas pessoas, hipoteticamente seu estado natural de liberdade deve-se oferecer a elas certas vantagens da permanência em um Estado, como por exemplo, a garantia de certos bens jurídicos, sob a égide da punição.

Pode-se extrair daí que dentre os vários ramos jurídicos do direito público, que estabelecem certas relações de poder entre os indivíduos e o Estado que formam, o direito penal é que, por substância, guarda as relações mais gravosas. As relações entre o Direito Penal e o Estado, formado juridicamente, a partir de uma carta política constitucional são delineadas especialmente pela forma que determinado ordenamento jurídico explicita seu sistema de proteção indivíduos que estão sob sua vigência, concreta ou hipotética.

Logo, a constituição é tida como importante fonte do ordenamento jurídico penal. Apesar de que, por suas características, que fogem às intenções desta obra, não guarda vocação para tipificar determinada conduta e criar um crime. A constituição pode ser vista como um vetor que condiciona o legislador em dois sentidos: da Constituição como limite negativo ao Direito Penal e da Constituição como limite positivo ao Direito Penal. A depender da teoria prevalente na ordem jurídica constitucional de um país, pode a Constituição servir como base, como fundamento ao poder de punir do Estado ou pode ela ser o principal limite ao legislador infraconstitucional na tutela dos bens jurídico penais, por intermédio da tipificação.

---

<sup>5</sup> Direito penal esquematizado - Parte geral - voi. 1 / Cleber Rogerio Masson. - 4.s ed. rev., atual. o ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : METODO, 2011, pg. 748

É poder que as relações sociais se determinam. Sendo esse poder exercido em grande parcela por meio das leis. O ente estatal se utiliza justamente disso para compor suas relações de poder, surge daí então dois sujeitos na relação punitiva o Estado que pune e o indivíduo que viola certa norma de conduta e é punido. Dessa relação surge, em potencial, um conjunto de possíveis opressões. Notadamente por parte do Estado que persegue e pune. É justamente por medo que essa possibilidade punitiva se torne, na prática um exercício de poderes de maneira incontrolada que surge a necessidade de conjuntos inteiros de indivíduos clamarem por uma sistemática protetiva mais intensa no âmbito jurídico.

### 2.3 Teorias da pena

As teorias que visam explicar o que é o fenômeno jurídico da punição têm como paradigma a finalidade a que se propõe determinada medida estatal restritiva de interesses. Essa finalidade jurídica, a *mens legis* punitiva revela com plenitude o caráter do estado e do povo que compõe esse ente político.

A finalidade da pena é de importância basilar para a própria substância do próprio direito penal, servindo como vetor de interesse da própria teoria geral desse ramo do direito. Servindo ainda, se maneira mais ampla como campo fértil de estudo para outras áreas do conhecimento como a filosofia, a sociologia e a criminologia.

Segundo a doutrina, as teorias sobre as penas tem íntima finalidade com a finalidade em que o Estado se prontifica a punir determinado sujeito. Considerando pena como a consequência jurídica de determinada conduta penalmente relevante. Já houve períodos em que a pena era aplicada como uma ferramenta em que servia ao processo para que se atingisse o abstrato postulado da verdade real. Todavia, tendo em vista a sistemática de direitos fundamentais adota e desenvolvida em nosso ordenamento jurídico essa finalidade, pelo menos de maneira legal e institucional, desapareceu.

Ademais, as finalidades das penas são ainda formas de se justificar as penas. No sentido de que, sendo a pena sempre um mal, ou pelo menos uma restrição a certo bem jurídico do indivíduo, a sociedade deve buscar justificações para que ela mesma possa impor essas restrições.

As justificações às penas devem ter um caráter político e moral, de forma a tender determinado fim social, mas também a atender o sentido de justiça que tem os sujeitos

membros de uma coletividade. Todavia, a cima de tudo a justificativa tem que ser jurídica. Nas palavras de Ferrajoli:<sup>6</sup>

Infelizmente, como teremos a oportunidade de ver neste e no próximo capítulo, embora as justificações da pena elaboradas no decorrer da história do pensamento jurídico e político tenham sido as mais variadas, a tal ponto que um dos grandes esforços dos penalistas modernos consiste em alinhar de forma ordenada as diversas doutrinas e dar-lhes uma classificação racional, o ônus da justificação do direito penal viu-se apenas parcialmente satisfeito pela cultura penalística. Segundo uma útil distinção escolástica, proposta pelos criminalistas do século passado, as doutrinas sobre a pena, que, para contrastar com aquelas abolicionistas, chamei de justificacionistas, podem ser divididas em duas grandes categorias: teoria denominada de absolutas e teorias rotuladas como relativas. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si próprio, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, "relativas" todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinqüente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral.

### 2.3.1 Teoria absoluta da pena.

Essa teoria fundamenta o entendimento de que se deve infringir um mal justo ao mal-feitor devido ao mal injusto que ele cometeu. Respeitadas as devidas proporções entre o crime e a sanção.

Essa ideia guarda vultosa importância à carga moral de um grupo social. Entendo que o Estado não deve deixar de aproveitar as leis penais para cuidar dos valores axiológicos de um povo, não podendo o legislador deixar de levar em conta o Estado da alma coletiva. Servindo de instrumento de vingança dos cidadãos, servindo-se do Estado e instrumentalizando o criminoso.

O problema dessa sistemática, o que acabou levando-a em grande medida ao desprestígio, é que se considera que a pena tem como finalidade a retribuição do comportamento tido como maligno. Ou seja, a pena seria um fim em si mesmo. O mal pelo mal. Como se fosse possível mensurar o sentimento de justiça, desde que parecesse graficamente justo, seria possível ao Estado derramar o sangue de um determinado sujeito, da

---

<sup>6</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 204

forma mais bárbara possível para se atender a tais demandas do povo. Se é permitido a comparação, seria como se voltássemos às arenas romanas e aos espetáculos públicos de assassinio Estatal. Vale dizer que tal circo dos horrores vigorou na sociedade ocidental até período relativamente recente. Sendo que a última execução por guilhotina em solo da França ocorreu em 1977. Ferrajoli:<sup>7</sup>

A idéia de que o infligir pena possua um seu valor intrínseco e não busque outro fim que não a justa retribuição dos delitos, pareceu, aos olhos de Alf Ross, tão enormemente privada de sentido, que o mesmo chegou a supor que ninguém a houvesse jamais sustentado seriamente. Tal suposição, infelizmente, é equivocada. É impossível negar que a concepção retributivista da pena tenha sido expressamente teorizada, não apenas por Hegel e Kant, mas, e antes mesmo, por Campanella, Selden, Leibniz e Genovesi, bem como, e posteriormente, de maneira ainda mais tenaz, por uma grande série de filósofos, e, principalmente, de juristas. Basta recordarmos, entre os maiores expoentes, Pellegrino Rossi, Antonio Rosmini, Terenzio Mamiani, Enrico Pessina, Tancredi Canonico, Giuseppe Maggiore, Giuseppe Bettiol Vittorio Mathieu, na Itália, Ludwig Heinrich Jakob, Julius Friedrich Abegg, Albert Friedrich Berner e Karl Binding na Alemanha, o juiz vitoriano James Fitzjames Stephen na Inglaterra, e, mais recentemente, a orientação anticorreicional desenvolvida nestes últimos anos nos Estados Unidos sob o título de Justice Model, que agrega as orientações liberais de Morris, Hawkins e Fogel àquelas moralistas de Singer e Dershowitz baseadas na idéia de "pena merecida", bem como, e por derradeiro, aquelas alarmistas de Van Haag e de Von Hirsch.

Não se buscava a readaptação social do delinquente por meio da pena mas tão somente uma oportunidade de justificar a sua conduta por meio de uma pena terrível. Era como se fosse dado ao criminoso a oportunidade de, após cumprir sua pena, dizer que praticou um crime, mas que pagou tendo suportado uma consequência muito pior. Essa teoria está intimamente ligada à finalidade retributiva da pena e gozou de grande por certo período por meio dos trabalhos de Emmanuel Kant que se utilizou de interessante alegoria para se referir ao tema.

Estas três idéias exercitaram sempre um fascínio irresistível no pensamento político reacionário e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalística. Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que restabeleça o ordenamento legal violado. Na realidade, como melhor veremos, as duas teses são apenas aparentemente distintas, pelo menos que tange a Hegel, vez que, concebendo o Estado enquanto "espírito ético" ou "substância ética", ou, ainda, simplesmente ethos, também a idéia de

<sup>77</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002., pg 208 e pg 210

retribuição "jurídica" baseia-se em última análise, a bem da verdade, no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado, para não dizer no imperativo penal individualmente considerado. Inobstante a autoridade de Kant e de Hegel, tais versões da doutrina retributiva da pena são insustentáveis. Na base de ambas, como observou Morris Ginsberg, existe uma obscura mas radicada crença na existência de um certo nexó necessário entre culpa e punição.

O filósofo apresenta aos leitores uma sociedade em que estava prestes a se dissolver graças ao comum acordo de seus membros, como que em uma comunidade que vivesse isolada em uma ilha prestes a colapsar. Nessas circunstâncias, o último assassino preso deveria ser morto antes que a ilha fosse desocupada para que cada um sofresse a devida pena do delito que cometeu e para que o homicídio, por exemplo, não recaísse sobre o povo que descuidasse de reprimi-lo. Pelo contrário, esse corpo social poderia ser considerado cúmplice de tal injustiça. Ferrajoli:<sup>8</sup>

As doutrinas absolutas ou retributivistas fundam-se todas na expressão de que é justo "transformar mal em mal". Trata-se de um princípio com origens seculares, e que esta à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos, que é a "vingança de sangue". Presente na tradição hebraica sob a forma de preceito divino, incorporada inobstante o preceito evangélico do perdão na tradição católica - de São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás até Pio XII tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da "vingança" (*ex parte agentis*), da "expição" (*ex parte patientis*) e do "reequilíbrio" entre pena e delito.

Essa teoria caiu em flagrante desprestígio com o alvorecer do iluminismo, que passou a buscar um conjunto punitivo mais funcional, relacionado aos interesses do Estado e dos membros que o compõem. Todavia, a teoria absoluta e a função retributiva da pena ainda guardam, mesmo que na penumbra e à revelia da ciência jurídica, certa presença nos ordenamentos jurídicos modernos.

### 2.3.2 Teoria relativa

Essa teoria assume um caráter diametralmente oposto ao da teoria analisada anteriormente, refletindo a mentalidade da época em que foi criada e buscando justamente expurgar a ideologia que a precedeu. Fruto do iluminismo acreditou ser capaz de, por meio das penas aos indivíduos, acrescentar melhoria direta, quase que matemática ao corpo da sociedade. Refutou completamente o que a teoria absoluta teve como busca da conservação da *alma coletiva* (sem explicar muito bem, contudo, o que seria tal instituto), focando seus

---

<sup>8</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.pg. 225

esforços muito mais no que viria a se convencionar chamar como *justiça social*. Nos dizeres de Cleber Masson:<sup>9</sup>

Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado. Adota-se uma posição absolutamente contrária a teoria absoluta. Destarte, a pena não está destinada a realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis. A prevenção de novas infrações penais atende a um aspecto dúplice: geral e especial.

Para essa teoria a imposição de pena ao condenado só seria relevante se possibilitasse a diminuição do cometimento de delitos no meio social, sendo a sua importância condicionada a tal fenômeno. O que importa é evitar a necessidade do Estado, futuramente, tomar para si novas ações puníveis.

A partir daqui se chegou ao entendimento de que a pena seria um meio para se atingir a correção do sujeito transgressor e a segurança da sociedade que transgrediu. Nos dizeres de Ferrajoli:

A concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinqüente àquelas da integração dos outros cidadãos. Esclareço logo que esta dissociação entre meios penais e fins extrapenais idôneos justificar-los consentindo um balanceamento entre os custos representados pelas penas e os danos que estas têm o fim de prevenir, como também um reconhecimento empírico sobre a adequação entre meios e fins - é uma condição necessária, mesmo se não suficiente para que: a) A legitimação externa da pena seja separada da sua legitimação interna, isto é, seja assegurada a separação entre direito e moral que impede a auto legitimação do primeiro prescindindo dos seus conteúdos; b) Seja possível responder, além da pergunta "por que punir?" à pergunta que lhe é prejudicial "por que proibir?", a qual, evidentemente, desloca tanto a pena como as proibições em si consideradas para finalidades externas; c) Seja possível replicar em maneira pertinente e persuasiva às teses abolicionistas do direito penal, por meio do confronto entre os custos das penas que aquelas evidenciam e os danos que sem estas seriam produzidos. Como teremos a oportunidade de ver mais detalhadamente no parágrafo 23, dedicado à análise metaética do problema da justificação, uma doutrina penal, somente quando consegue satisfazer todas estas condições - e não apenas em relação às questões do "porquê", mas, também, àquelas do "quando" e do "como" das penas, das proibições e dos julgamentos pode, concomitantemente a "justificações" racionais, fundar modelos minimalistas e garantistas do direito penal e do seus institutos individualmente considerados.

Esse interesse complexo pela prevenção do crime acabou ajustando dois vetores bastante distintos, os quais por sua vez se subdividiam em mais dois vetores menores, cada

---

<sup>9</sup> Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1 / Cleber Rogério Masson. - 4.ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : METODO, 2011, pg. 756

um. Formando-se assim um conjunto de idéias bastante completo e sistêmico sobre a prevenção criminal.

A chamada **prevenção geral**, busca o controle da violência, direcionando-se ao conjunto de indivíduos que compõem o corpo social e considerando-se criminosos em potencial. O controle da atividade delitiva e o seu necessário desestímulo é tomado com tamanha relevância que o Estado se mostra disposto a instrumentalizar o indivíduo, hodiernamente visto como sujeito de direitos, para promover o desencorajamento dessas condutas.

A prevenção tida como geral positiva consiste em procurar demonstrar a vigência da norma penal e conseqüentemente do ordenamento jurídico. Fala-se em demonstrar a existência de uma *lei geral*, ou seja, que a lei que vige e tem poder é necessariamente geral e não uma lei particular, cunhada por algum sujeito ou por algum grupo de sujeitos em especial e que se permite uma prática tida, pela norma geral, como criminosa. Essa ideia de lei geral está associada à própria formação de um Estado nacional forte e centralizador que passou a toma para si, afastando invaginações jurídico-penais em seu território soberano, o dever-poder de crimes e cominar penal. Um exemplo interessante é a abolição do instituto medieval da *prima noche*, em que o nobre local tinha direito ( graças a uma lei particular) de deflorar uma moça recém casada que contraísse núpcias em seu território. Para tornar a explanação mais clara pense-se também no tipo penal elencado na maioria dos ordenamentos modernos que é a concussão, ora, a partir do momento que o Estado diz quais e quantas são as exigências financeiras dos cidadãos, arrolando-as minuciosamente, não se pode mais admitir de maneira lícita e razoável que se exija para além do que é guardado pela norma. Daí o surgimento o referido tipo penal.

Em verdade, essa função da norma penal visa reforçar a confiança que as pessoas têm na norma jurídico-penal e em sua execução. Demonstrando-se assim a inviolabilidade do direito e dos bens jurídicos protegidos na esfera penal.

Já a chamada **prevenção geral negativa**, procura arrimo na coação psicológica que se faz aos sujeitos que estão expostos à observação potencial da punição imposta de que a prática de uma conduta tida como crime será reprovada de tal maneira a tornar tal conduta como absolutamente desvantajosa. Fazendo com que o eventual produto de uma ação delituosa bem sucedida seja irrelevante frente à temível expectativa de punição.

Ou seja, busca-se o contra estímulo às atividades criminosas, demonstrando que o crime não compensa, pois ao sujeito ativo da infração será, seguramente, imposta temível

punição, assim como foi feito com o condenado sob observação. Essa seria a maneira mais precisa de se manter a legalidade e a certeza do direito.

Outro ponto que se busca com esse posicionamento é tornar efetivas as ameaças presentes na lei penal e geradas no íntimo dos jurisdicionados. Dessa forma, não estaria submetida a lei penal a nenhuma síndrome de inefetividade. Interessante observar que essa doutrina orienta pra uma tipificação dos preceitos secundários da pena de maneira clara e objetiva, para que todos possam compreender com uma simples leitura do dispositivo e não que existam tantos institutos jurídicos relacionados á aplicação das penas que se gere até mesmo os próprias juristas dificuldades em se representar a real cominação punitiva. Associa-se a função preventiva geral negativa ao que se chamou de direito penal do terror, justamente para apontar como solução ao aumento da criminalidade a instrumentalização dos sujeitos que cometem o crime de forma a gerar o medo da punição nos demais membros da sociedade. Tal comparação, apesar de feitas reiteradas vezes, parece temerária.

A **Prevenção especial** tem um caráter bastante distinto da chamada prevenção geral. Ao invés de se deter em reprimir a criminalidade na sociedade, concentra seus esforços no sujeito que praticou o crime. Trata-se de uma abordagem completamente diferente da apresentada pela doutrina supra exposta. Para Ferrajoli:<sup>10</sup>

As doutrinas que justificam a pena através da função de prevenção especial, ainda que remontem aos primórdios do pensamento filosófico penal, tiveram um próspero desenvolvimento, principalmente graças à cultura penalista da segunda metade do século XIX e do século XX. Contrariamente às teorias contratualistas e jusnaturalistas da época iluminista, que expressavam o apelo liberal e revolucionário da tutela do indivíduo contra o despotismo do velho Estado absolutista, referidas doutrinas refletem as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias dos regimes que emergirão da crise deste. Assim, parece-me um erro de perspectiva a opinião de Michel Foucault segundo a qual a transformação em sentido correcional e disciplinar da cultura penalista deveria ser colocada no início da Idade Moderna. As enunciações das finalidades correcionais da pena por parte dos iluministas, como vimos, permanecem genéricas e entrelaçadas com aquelas muito mais elaboradas da função de prevenção geral negativa, que, como veremos, em termos assim genéricos, certamente não constituem uma novidade. Doutrinas e legislações penais de tipo propriamente correcional desenvolveram-se, por sua vez, somente na segunda metade do século XIX, paralelamente à difusão de concepções organicistas do corpo social, são ou doente, sobre o qual são chamadas a exercitar o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. E é a esta altura que o projeto iluminista e puramente humanitário do punir menos converte-se naquele disciplinar e tecnológico do punir melhor.

A prevenção especial negativa, tem como característica a intenção de provocar a maior intimidação possível no sujeito que pratica o crime, agindo assim pontualmente para se

---

<sup>10</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg 762

evitar a reincidência. Essa forma de pensar punição já não pode ser vista com bons olhos nos nossos tempos. Vale dizer o ordenamento penal brasileiro adota um direito penal do fato, visando reprimir determinadas condutas, tendo que para tanto reprimir o autor e não um direito penal do autor. Aí está a questão, uma vez que ao se buscar de maneira tão incisiva e danosa ao conjunto de direitos fundamentais dos indivíduos considera-se que aquele sujeito é, via de regra criminoso contumaz, voltando a praticar novos delitos de maneira natural se não for duramente reprimido. Essa sistemática punitiva deve ser afastada em virtude de sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente.

A prevenção especial positiva, foca-se também no indivíduo que se apresenta como sujeito ativo do fato delituoso, todavia, contrai uma abordagem absolutamente distinta da prevenção especial negativa.

Alguns autores, no nosso entendimento, superestimam essa função especial positiva da pena. No sentido de que permitem que seja admitida a aplicação de sanções penais de maneira retroativa. Nesse sentido:

“A aplicação retroativa das medidas de segurança não importa um menoscabo do princípio de legalidade por dois motivos: 1.º) a aplicação de uma nova medida pressupõe que ela é mais eficaz que a anterior a fim de diminuir ou eliminar a probabilidade de que o indivíduo cometerá no futuro outros delitos (retroatividade em benefício do réu); 2.º) aplica-se, conforme os juízos sucessivos, uma consequência legal – a nova medida de segurança – existente no momento em que se comprova a periculosidade do agente: o que permite a aplicação da medida não é o fato criminoso, que opera como simples garantia, senão o estado perigoso do agente (aspecto subjetivo)”<sup>11</sup>

Ou seja, nesse sentido, defende-se que a aplicação de uma medida de segurança de maneira retroativa seria aceitável porque esse instituto guarda uma presunção de benefício ao réu. Uma vez que por suas próprias características como instituto, não poderia sofrer pena.<sup>12</sup>

Esse entendimento é defendido em virtude das determinações do código penal militar que determina que a medida de segurança deve ser aplicada ao apenado mesmo que

---

<sup>11</sup> Código Penal Militar comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, página 31  
2014.

<sup>12</sup> **Retroatividade de lei mais benigna**

§ 1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irreversível.

**Apuração da maior benignidade**

§ 2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

**Medidas de segurança**

Art. 3º As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.

posterior a sentença. Não fazendo diferença se a referida medida é, ou não, mais benéfica ao réu. Dessa forma percebe-se o trato diferente que porpos o legislador castrense ao det.erminar a aplicação de certas sanções de natureza mais gravosa do que o direito penal comum. Principalmente no qe tange a aplicação da lei penal no tempo e ao prestígio que se deu a uma teoria propensamente especial positiva da pena.

Entretanto, ontologicamente, nas palavras de Magalhães Noronha, não há distinção alguma entre pena e medida de segurança (*Direito penal*, p. 312). E, portanto, quando se trata de privar a liberdade de alguém, é preciso respeitar os princípios da legalidade e da anterioridade. Torna-se importante, ainda, mencionar a lição de Pierangeli e Zaffaroni: “*salvo o caso dos inimputáveis, sempre que se tira a liberdade do homem por um fato por ele praticado, o que existe é uma pena, porque toda privação da liberdade tem um conteúdo penoso para quem a sofre. O nome que se lhe dê não tem significação, porque não é possível destruir todo o sistema de garantias trabalhado pelo Direito, na sua longa história de lutas pela liberdade humana, só com uma e outra denominação dada a uma categoria de penas. Não é possível fazer-se aqui uma crítica geral à categoria das medidas de segurança, mas o que acabamos de afirmar constitui uma crítica sintetizada a respeito*”<sup>13</sup>

Veamos que dessa maneira percebe-se o desprestígio em que caiu, não só a prevenção especial da pena. Mas também as diversas fontes teóricas sobre a teoria punitiva. Vige, de maneira muito mais intensa, no meio científico, um caráter despunitivista das punições.

Para uma análise mais séria cabe adequar o princípio da intervenção mínima ao direito de intervenção. No sentido de que apesar de que gramaticamente o uso dos dois termos pode levar a uma conclusão, o valor semântico das duas palavras não se confunde. Valendo ainda uma incursão sobre o princípio da legalidade para melhor discorrer sobre a temática, no sentido de que esses três pontos se interrelacionam de maneira bastante intensa.

Enquanto que o princípio da legalidade, que se sub-divide em princípio da reserva legal: o crime e a pena só podem ser criados por uma lei penal. Entendendo-se como lei penal aquela norma jurídica emanada do poder legislativo e que via de regra tenha força de lei ordinária. Sendo também conhecido como princípio da legalidade em sentido estrito. De forma que não é possível, em virtude da preservação do próprio princípio democrático que um decreto com força de lei, como é o caso das medidas provisórias, por exemplo, criem uma lei penal. Daí também emana outros princípios de aplicabilidade jurídico-penal como é o caso da tipicidade, somente a prática de condutas previstas em lei podem acarretar a prática de uma infração penal e da taxatividade, no sentido que o legislador está condicionado, no momento em que vai criar uma lei de natureza penal incriminadora a deixar claro quais são,

<sup>13</sup> Código Penal Militar comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, página 29.

detalhadamente, os comportamentos que são dignos da reprimenda penal. Faz-se isso com o escopo de garantir a todos os membros de determinada coletividade, hipoteticamente propensos a sofrer a reprimenda estatal quais ações ou omissões não devem tomar para si para seja evitada a perseguição do Estado. Outro vetor do princípio da legalidade é a legalidade em sentido estrito. Trata-se da idéia de que não se pode criar um tipo penal abstrato após a prática concreta desse delito e esperar que a lei nova mais maléfica ao criminoso incida sobre ele. A lei penal deve entrar em vigor antes de o crime ser praticado. Prestigia-se assim, o chamado caráter disjuntivo do direito penal. No sentido de que a lei penal não é proibitiva. Ou seja, ela não é como as sagradas escrituras que determinam “*não matarás*”, mas sim indica aos membros sujeitos a soberania do Estado e a aplicação da lei penal: *se o você tomar para si determinada conduta, terá como consequência a pena determinada nessa lei*. Dessa maneira, como o referido caráter disjuntivo é inerente ao próprio princípio da anterioridade, uma vez que o sujeito só pode sopesar se a sua conduta é ou não proveitosa se puder observar a pena que hipoteticamente paira sobre o seu comportamento. Vejamos quais seriam os fundamentos políticos da legalidade.<sup>14</sup>

há três significados: a) político (garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais; b) jurídico em sentido lato (ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5.º, II, CF); c) jurídico em sentido estrito ou penal (fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras). Neste último prisma, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal. A raiz histórica do princípio da legalidade está na Magna Carta de 1215 (“Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”).

Extrai-se que o próprio princípio da legalidade quem como fundamentos forte carga valorativa associada aos direitos fundamentais de primeira geração. Sendo que extrema importância para que sejam garantidas as liberdades do indivíduo frente ao Estado, sejam elas quais forem. Em um Estado democrático, que preza pelas seu ordenamento jurídico não pode ser razoável que o controle social se dê em detrimento das liberdades individuais. Fruto de uma luta histórica que dos indivíduos e das coletividades plúrimas que compõem uma determinada sociedade.

O princípio da legalidade e seus desdobramentos é tão importante que o não afeta tão somente o direito penal. Mas também outros ramos do direito. Notadamente aqueles que

---

<sup>14</sup> Código Penal Militar comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014, pg 28

têm caráter sancionador ou impositivo de deveres e obrigações. Estando presente em diversas cartas de repercussão penal. Notadamente a constituição federal brasileira de 1988, o código penal brasileiro e o código penal militar brasileiro.<sup>15</sup>

O princípio da legalidade impõe ao juiz os limites da punição. Dizendo-lhe, quando aplicado, quais os limites de punição máximo e mínimo que devem ser seguidos para se garantir o devido processo legal. O princípio da intervenção mínima tem uma abrangência ainda maior. Pois não serve para limitar tão somente o poder judiciário, mas também o próprio legislador. Que deve observar que certos bens jurídicos por terem esteio constitucional, sendo assim demasiado valiosos para a nossa sociedade não pode receber a pecha criminal. Devendo, portanto, as condutas a eles referentes serem livremente permitidas. Dessa maneira, surgem muitas, vezes conflitos graves no âmbito legislativo. Cujas resoluções se dá, principalmente, por meio do vetor condicionador da nomogênese, qual seja a intervenção mínima.

A medida de segurança é espécie do gênero sanção penal ( considerando-o genericamente como consequência jurídica, de natureza penal a um crime ). Todavia, dentro de suas peculiaridades, tem-se que a medida de segurança é cabível ao agente que comete um fato típico ilícito mas que, devido a sua inimputabilidade é tido como não culpável. Não sendo a esse sujeito debitada a prática de crime. Todavia, surge a necessidade de se aplicar uma sanção penal com um escopo totalmente diferente, uma vez que do ponto de vista técnico-jurídico não há delito. Mas sim uma necessidade eminente e inescapável de controle social frente ao desvalor da conduta praticada.<sup>16</sup>

*O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são*

---

<sup>15</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

**Princípio de legalidade**

Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

**Princípio de legalidade**

Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

<sup>16</sup> Bittencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 / Cezar Roberto Bittencourt. – 17. ed. rev.,

estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”<sup>8</sup>. Assim, o Direito Penal assume uma *função subsidiária*, e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”<sup>9</sup>. A razão desse princípio — afirma Roxin — “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”

Ou seja, o princípio da intervenção mínima busca revelar que existem uma série de condutas que são inadequadas ao convívio social. Merecem, essas práticas, portanto, a repressão do Estado persecuidor. Todavia, não PE todo tipo de conduta reprovável que deve ser atacada com a força do direito penal. O qual, por definição é aquele cujas sanções mais graves estão reservadas para a sua aplicação.

Para a doutrina sob comento, que toma como bens jurídicos a serem limitados para ação sancionadora do Estado principalmente o patrimônio e a liberdade é importante que uma vez imposta a pena, que acaba muitas vezes cominando em um certo período distante do convívio social, que se promova uma reinserção gradativa do sujeito no convívio da comunidade ou, o que muitas vezes se demonstra relevante, uma primeira inserção desse indivíduo apenado, considerando-se que aqueles que cometem crimes, demasiadas vezes passam em toda sua existência por uma marginalização sistêmica, continua e intensa. Diz-se portanto que a pena só é legítima se for ressocializadora e não dessocializadora. Todavia, essas afirmações só podem serem inseridas com precisão se postas em um contexto jurídico que tome para si uma série de propósitos axiológicos que hoje se identificam bastante com a sistemática de direitos fundamentais postulada na constituição federal brasileira de 1988.

É a partir desse contexto doutrinário que passaram a surgir muitos institutos jurídicos penais que levaram a uma tendência descarcerizadora da norma penal. Como por exemplo o livramento condicional e a progressão de regimes. Em suma, essa teoria visa tão somente a diminuição preventiva da criminalidade por meio de uma atuação positiva na pessoa do condenado no sentido a leva-lo a oportunidades de vida que façam com que a delinquência pareça-lhe obsoleta. Vale dizer que é inegável que esse tipo de ideário beira o romantismo e a ingenuidade.

Por derradeiro, faz-se necessário citar a **Teoria Unificadora**. Essa teoria busca para si as funções preventiva e retributiva da norma penal sancionadora

Demonstra-se como a teoria mais audaciosa e pretensamente completa uma vez que visa, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar que novos crimes sejam praticados. Tanto em relação ao sujeito ativo do delito como em relação aos jurisdicionados, membros da sociedade e exposto às sanções da lei penal.

Essa foi a doutrina preferida pelo legislador pátrio, no que se constata no artigo 59 do código penal brasileiro que aduz que O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Percebe-se aí a preferência de nossa norma pela teoria unificadora pois condiciona o magistrado a tomar medidas necessárias à reprovação e a prevenção do crime.

Vale dizer a norma brasileira em diversos dispositivos demonstra resquícios de uma doutrina retributiva, principalmente aqueles dispositivos postos na redação original do código, da década de 1940 do século XX. Por exemplo, pode-se elencar a causa de extinção da punibilidade tida como Perdão Judicial, que desde que as conseqüências da pena sejam tão graves ao próprio agente de forma que a sanção se torne desnecessária, poderá o juiz deixar de aplicar a pena. Ora, é inegável o caráter retributivo, pois se o apenado já sofreu o suficiente, não lhe cabe mais punição.

Nada obsta que em outros pontos nossa sistemática jurídico-penal adote também postura preventivas e socializadoras, claramente essas medidas sendo adotadas em textos normativos mais recentes, datados do final do século XX ou do início do século XXI, como por exemplo, o art. 10 da lei de execução penal, cujo publicação se deu em 2010, aponta que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado objetivando prevenir o crime e orientar o retorno do delinquente ao convívio social. No mesmo sentido é o artigo 22 da mesma lei em que a assistência social tem por finalidade de amparar o preso e o internado e prepará-lo para o retorno ao convívio social. Ou ainda o Artigo 28, ainda da lei de execução penal que impõe que o trabalho do preso terá caráter educativo.

### **3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS COMO IMPOSIÇÃO DE SISTEMATICIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL**

#### **3.1 Princípio da proporcionalidade das penas**

A resposta penal que o estado debita a determinada situação deve ser forte o suficiente para demonstrar para todos os membros de determinada coletividade a reprovação que se debita a determinadas condutas. Bem como, deve-se ainda gerar nos cidadãos administrados o desestímulo em se praticar certas práticas reprovadas penalmente. Ou seja, prevenindo assim, novas infrações penais.

Bem dizer esse princípio se concretiza como for de limitação ao legislador impedindo de ultrapassar certas limitações que são maneiras de tornas a punição desproporcional. De outra maneira, esse princípio serve como uma baliza ao juiz que se vê obrigado a segui-lo na fase dosimetria da pena, devendo ajustar o seu martelo punitivo à exigência de escalonamento das sanções. Respeitando-se assim a lógica punitiva do Estado.

Dessa maneira, pode-se dizer que tanto na cominação da pena, quanto na aplicação dessa sanção deve haver uma correspondência entre o delito praticado e a pena que é imposta. Deve-se ainda, levar em conta aspectos subjetivos do condenado, os quais devem ser avaliados por meio de certos procedimentos administrativos específicos a serem adotados pelo magistrado, como é o caso do exame criminológico.

Ao se estabelecer que princípio da proporcionalidade das serve como uma imposição ao legislador insta também dizer que o referido postulado é um corolário do Estado ético-político de certo povo. Não existe uma relação natural entre uma conduta hipotética estabelecida por vezes como crime e a sua respectiva punição em uma sociedade. Daí se extrai a necessidade de um caráter convencional das penas. Nos dizeres de Ferrajoli:<sup>17</sup>

Embora se remonte à Antigüidade, o princípio de proporcionalidade da pena somente consegue se impor na época do Iluminismo, quando amadurecem os demais pressupostos do direito penal moderno: a legalidade, a certeza, a igualdade e, sobretudo, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas. "Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações de ações humanas", pensava Beccaria, "deveria haver uma escala correspondente de penas em que se graduassem da mais dura à menos dura". E claro que semelhante projeto de cálculo não era de forma alguma realizável com as velhas penas do talião, desde as corporais às capitais: as quais, ainda que em aparência mais

---

<sup>17</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg 285

próximas ao princípio retributivo, não permitiam nenhuma graduação e mediação, em razão da sua indivisibilidade. Só com o advento das penas abstratas e convencionais privativas da liberdade e pecuniárias realiza-se, mediante a possibilidade de quantificação em tempo e em dinheiro, o pressuposto técnico da proporcionalidade da pena. Não é por acaso que o princípio chegara a afirmar-se primeira no Código Leopoldina de 1786 e, depois, no Napoleônico de 1810 e em todos os sucessivos códigos do século XIX simultaneamente ao progressivo declive das penas corporais e à introdução das penas privativas de liberdade como penas principais.

Dessa maneira, pode-se perceber que o princípio da proporcionalidade é uma construção e uma conquista histórica a qual teve início a partir da revolução francesa de 1789 e tem intrínseca relação com os direitos humanos que foram declarados naquela oportunidade. Como versa o referido doutrinador, a proporcionalidade não se confunde com a retributividade, a qual se materializa como uma tentativa, quase sempre absolutamente inefetiva de se mensurar os crimes e de se atribuir penas cruéis e degradantes. Como, por exemplo havia disposição no código de talião que determinava que o sujeito que construísse uma casa a qual viesse a desabar deveria ser atirado de um edifício como punição. Dessas disposições esdrúxulas que sai, do imaginário popular, o ditado que olho se paga com e dente se paga com dente.

Todavia, essa disposição de caráter retributivo não se mistura com a idéia de retributividade que é guiada por um conjunto de direitos fundamentais e que visa evitar a punição excessiva e as proteções insuficientes, levando-se ainda em conta o aspecto subjetivo do condenado. Vejamos a dificuldade que se tem em se escalonar os crimes em paralelo coma punições devidas. Nos dizeres de Ferrajoli:<sup>18</sup>

Ainda mais difícil é o problema das medidas máximo e mínima da pena determinava conforme os dois critérios aludidos. Se a pena é quantificável, não é quantificável o delito. E têm fracassado todos os esforços realizados até a presente data para colmatar esta heterogeneidade por meio de técnicas desenvolvidas com o propósito de medir a gravidade dos delitos, tanto as referidas aos graus do dano como, sobretudo, aos da culpabilidade. Mas, apesar da ingênua crença no correto cálculo das penas, o utilitarismo penal pode oferecer algumas indicações que têm o valor de parâmetros de valoração tanto do limite mínimo como do limite máximo da pena em relação com a gravidade do delito. No que se refere ao limite mínimo, a indicação de maior relevo é aquela desenvolvida por Hobbes e acolhida por Pufendorf e Bentham - conforme a qual a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um tributo, e não cumpriria nenhuma função dissuasória. Desde este ponto de vista, pode-se dizer que o elemento da medida está compreendido na definição da pena, dado que abaixo de um limite mínimo a pena transforma-se em tributo. E bom assinalar que esta argumentação vale principalmente para as penas pecuniárias: não só pela sua homogeneidade com os tributos, também consistentes em somas de dinheiro, senão igualmente pela relativa facilidade de valorar seu custo e por

---

<sup>18</sup> Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg285

consequente a eventual insu-ficiência em relação ao proveito obtido com o delito; também porque, como veremos no próximo parágrafo, precisamente as penas pecuniárias resultam prejudicadas por esta comparação. Mais difícil é medir o custo das penas privativas de liberdade: mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves. Por esta razão, a meu juízo, pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o um limite mínimo bastante baixo.

A partir dessa lição se extrai o porquê da grande dificuldade de se escalonar o desvalor que se faz dos delitos de acordo com a pena que é aplicada. A difícil tarefa que se é organizar de maneira lógica e ordenada um código penal, por exemplo, explicitando-se em cada preceito secundário a medida da repulsa que tem a sociedade por aquela conduta. Qual seja que a pena é facilmente identificável como valor exato. Mas não o crime. A pena tem em suas entranhas um inegável valor dissuasório. Ou seja, é justamente por meio das sanções penais que se exerce o caráter ético-social do direito penal. A pena quer que pela sua existência abstrata os sujeitos se sintam desestimulados a praticar certos atos e que por sua aplicação concreta os observadores, da mesma maneira, sintam-se temerosas das conseqüências cominadas pelo crime.

É justamente por esse caráter dissuasório que a punição criminal se difere do tributo. Na seara tributária é fácil de estabelecer a medida certa do quanto a ser pago pelo devedor. Mas no que tange à norma penal, justamente porque não se consegue estabelecer, nem mesmo no momento de aplicação da pena pelo juiz ou ainda da execução em sede administrativa, qual é a medida correta para que cada sujeito delinqüente possa se sentir desestimulado a delinqüir. Não se pode entrar na mente do criminoso para saber o que lhe inspira temor. Ademais, se isso fosse possível, não seria juridicamente possível impor-lhe o medo, em muitas situações. (CF, art. 5.º, XLVI).

### **3.2. Artigo 59 do código penal – o dever de reprimir e prevenir o crime.**

Para melhor se entender o sistema de proporcionalidade punitiva imposto pela sistemática penal e constitucional pátria, faz-se necessária a análise do artigo 59 do código penal, em que são expostas um rol de circunstâncias fáticas a serem analisadas pelo magistrada no momento de se aplicar a sanção penal. Esse rol toma vultoso destaque ao se

notar que serve como alicerce inicial para o ato processual que cominará na sentença penal eventualmente condenatória.<sup>19</sup>

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação

Os referidos tipos são tidos como circunstâncias judiciais em paralelo com as circunstâncias legais. Daí se extrai necessidade que tem o juiz de investigar as referidas circunstâncias. Pois é a partir delas que o legislador estabelece a sistemática de se concretizar as formas que deve a punição ser efetivamente concretizada pelo magistrado. As circunstâncias tidas como legais são aferida por meio de um mero juízo de observação do mundo anímico em relação aos dispositivo trazido pela norma. Para exemplificar: o art. 62, IV do código penal diz que sempre será agravada a pena se o malfeitor executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. Uma vez que haja elementos de informação e que esses elementos sejam repetidos em sede processual com o escopo de produzir prova e que haja, portanto, elementos probatórios suficientes para se atestar o crime mercenário, conforme exigido pelo referido texto legal, o magistrado poderá afirmar objetivamente que houve a referida agravante genérica. Bastando para tanto mero esforço de verificação dos fatos provados em relação à norma posta.<sup>20</sup>

O *caput* do art. 59 do Código Penal prevê as chamadas circunstancias judiciais, que deverão ser analisadas quando da fixação da pena-base pelo julgador, atendendo, assim, a determinação contida no art. 68 do mesmo diploma repressivo. Quando as circunstancias previstas no art. 59 do Cod. Penal for favorável ao réu, não é possível o estabelecimento de regime mais rigoroso com base tao somente na gravidade do delito. Trata-se de réu primário e possuidor de bons antecedentes dai ter o próprio juiz fixado a pena no seu mínimo, tem o condenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

No entanto, no tange às circunstâncias judiciais a questão toma contornos bastante distintos pois cabe ao juiz exercer um juízo valorativo, exigindo-se para um esforço hermenêutico valorativo de verificação.

Essas circunstâncias são também referidas como inominadas justamente porque a lei não lhes conferiria uma nomenclatura específica e pontual para cada uma delas. O que também não o faz com a maioria das circunstâncias legais, sejam elas gerais ou específicas.

<sup>19</sup> Greco, Rogério. Código Penal : comentado / Rogério Greco, 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011. Pg 645

<sup>20</sup> Greco, Rogério. Código Penal : comentado / Rogério Greco, 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011.pg 645

Portanto, essa nomenclatura deve ser afastada justamente por exigirem certo esforço hermenêutico por parte do juiz.

Faz-se necessário destacar ainda a característica da subsidiariedade das circunstâncias judiciais, no sentido de que justamente pela demasiada prudência exigida dos magistrados para aplicá-las, devem ser afastadas toda vez que o as circunstâncias fáticas ali analisadas poderem serem tidas como outros tipos que vão ajudar no entendimento que se faz para a aplicação das sanções de natureza penal.

Se os fatos contatos durante o processo configurarem, na verdade, elementos especializante o que gerará a classificação em outro tipo penal existente; se apesar de se manter a classificação de certo tipo penal, representar a qualificação do tipo ou ainda representar algum privilégio; se revelar algum agravante atenuante ou agravante genérico dos artigos 61 e 62 do código penal; por fim se forem responsáveis por alguma causa de aumento ou de diminuição de pena. É sob esta ótica que se deve entender a característica de subsidiariedade das circunstâncias judiciais, pois sempre que presentes algum dos institutos jurídicos a cima arrolada deve-se afastar as circunstâncias sob análise.

Justamente por essa possibilidade de incidência de diversos institutos sob uma mesma questão, que se impõe ao julgador o dever de tomar o máximo de diligência no sentido de se evitar o *bis in idem*. Não se pode permitir que uma mesma situação fática possa embasar dois institutos jurídicos distintos para se intensificar a reprimenda. Exemplo: em crime de lesões corporais cometido em desfavor de uma pessoa idosa, já de idade avançada, com noventa anos de idade, o magistrado fundamenta a exasperação da pena-base em decorrência da covardia que tão conduta representa, em virtude de ter sido praticado contra pessoa cuja capacidade muscular já não permite mais o revide e da superioridade de forças do agente. Depois, o juiz poderá impor na segunda Fase a agravante genérica contida no art. 61, II, “h”, do Código Penal (crime contra pessoa maior de 60 anos). Essa situação é absolutamente reprovável em nosso ordenamento, em virtude da vedação ao *bis in idem* patente a dupla punição pelo mesmo fato, pois tais circunstâncias são ínsitas ao crime praticado contra a pessoa idosa. Não podem funcionar simultaneamente como circunstância judicial e agravante genérica.

É claro que esse tal esforço hermenêutico valorativo tem uma carga de abstração e de subjetividade muito grande. O que, em verdade, representa um risco inestimável para o jurisdicionado e para a própria sistemática jurídico- punitiva pois cada juiz teria liberdade para conhecer de certos fatos e valorá-los de maneira bastante ampla. É exatamente nesse

sentido que a norma estabelece as circunstâncias judiciais, para que seja guiado o pensamento decisório do julgador. Vale dizer, que conforme já exposto, esse pensamento decisório deve cominar, obrigatoriamente na intenção de reprovar e prevenir o crime, seguindo assim um posicionamento teórico punitivo unificador. Tendo em vista essa dimensão tomada pelo tema, faz-se necessária a análise pormenorizada dessas circunstâncias.

As circunstâncias judiciais são: à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

### A) Culpabilidade

Até antes da reforma da parte geral do código penal, que se deu em 1984, a culpabilidade não estava presente como circunstância judicial. O que fazia as suas vezes eram os institutos da intensidade do dolo e do grau de culpa, o que não era mais adequado em virtude da adoção pelo legislador pátrio de um sistema finalista penal em que o dolo e a culpa eram considerados como elementos da conduta, estando presentes, portanto no fato tipo e não na culpabilidade. Para Greco:<sup>21</sup>

A culpabilidade, como juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, e um dos elementos integrantes do conceito tripartido de crime. Assim, concluindo pela prática da infração penal, afirmando ter o réu praticado um fato típico, ilícito e culpável, o juiz passara a aplicar a pena. Percebe-se, portanto, que a condenação somente foi possível após ter sido afirmada a culpabilidade do agente. Agora, passando a fase seguinte, terá o julgador de encontrar a pena justa a ser aplicada. Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais uma vez, a análise da culpabilidade. Temos de realizar, dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida a configuração da infração penal, quando se afirmara que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base.

A culpabilidade pode ser tida como a quantidade de reprovação que um fato típico e ilícito pode ter pelo meio social e jurídico. É justamente no sentido de quantidade de culpabilidade que deve ser entendido o que está disposto no *caput* do artigo 59, procurando definir-se o grau de reprovação. Já que a ideia de reprovação já está estabelecida pelo simples fato de que o fato crime levado à juízo já é, por ser crime, típico, ilícito e culpável.

---

<sup>21</sup> Greco, Rogério. Código Penal : comentado / Rogério Greco, 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011, pg. 440

## **B) Antecedentes**

Antecedentes aqui são tidos como genericamente todos os fatos que ocorreram na vida pregressa do apenado, bons ou ruins e que possam. Hipoteticamente, servir como base para que o juiz acompanha o seu juízo de valor para se aplicar a pena.

Trata-se das circunstâncias de sua vida que o levaram á prática da ação criminosa, mas não tão somente isso como também aquilo que se passava na vida do sujeito antes que o crime fosse cometido. Circunstâncias familiares, educacionais, laborativas e tantas outras. Vale dizer que as imposições legais dessas pesquisas sobre a vida pregressa acabam dotando de relevância ainda mais estacada as investigações pré-processuais, feitos principalmente em sede de inquérito policial. Claro que, as informações ali colhidas ainda não servem de prova, devendo passar pelo crivo do devido processo legal para assim serem consideradas.

A nossa jurisprudência já entendeu que os tidos mau-antecedentes poderiam serem considerados como todo tipo de anotação criminal contida na ficha do sujeito como os inquéritos policiais em curso ou as ações penais em andamento. Todavia, esse entendimento mudou de maneira diametral, de forma que, atualmente, o nosso ordenamento só considera como sendo tidos como maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado e que não tenham gerado reincidência. Seja porque o já tenha se passado o prazo de 5 anos do cumprimento da pena, hipótese em que o sujeito será considerado réu impropriamente primário, seja porque apesar de ter sido considerado culpado, aconteceu alguma das causas de extinção de punibilidade. Vale dizer ainda, a título de precisão científica, que se o sujeito tiver sido condenado por um crime de natureza militar ou política, não haverá configuração da reincidência para fins penais comuns, mas ainda assim haverá maus antecedentes.

## **C) Conduta social**

A conduta social é a relação que tinha o sujeito que praticou o crime com o meio social em que interagiu. Tendo em vista essa imposição deve a autoridade julgadora procurar investigar como se dava o relacionamento do sujeito com a sociedade, a família, seu meio social, seu local de trabalho, etc.

Com o intuito de colher tais informações o juiz deve ter em mente que é necessária instrução probatória específica nesse sentido, com o interrogatório do criminoso, a

oitiva de testemunhas e até mesmo o encaminhamento do agente para que seja avaliado pelo setor de avaliação social e psicológica do órgão judiciário.

Perceba-se que o processo não deve tão somente buscar os elementos quanto a autoria e a materialidade do delito na fase de instrução probatória, mas também ter interesse em se compor informações no sentido de ser ter maior dimensão da subjetividade do sujeito de que a sentença será algoz.

#### **D) Personalidade do agente**

A personalidade do agente é uma circunstância judicial das quais guarda maior carga de subjetividade quanto a avaliação pontual feita pelo magistrado, talvez por isso dê-se menos importância a essa circunstância priorizando outras das quais pode-se fazer uma avaliação mais objetiva.

A personalidade do agente visa que se alcance um perfil da subjetividade do sujeito, compreendendo sua psique e as formas que o levaram a certa conduta.

#### **E) Motivos do crime**

São os motivos psíquicos impulsionadores da infração penal, as situações que uma vez avaliadas pelo sujeito ativo do crime fizeram parecer vantajosos os produtos do crime em relação à mera expectativa de punição. Essa circunstância judicial é amplamente utilizada por outros institutos jurídicos, como qualificadoras e agravantes genéricos. De forma que só se pode considerá-la se não houver nenhum outro instituto a incidir. Faz-se isso em prestígio à vedação ao bis in idem. Os motivos do crime não se confundem com o dolo e a culpa, que são o elemento subjetivo do tipo.

Enquanto os motivos do crime são tidos como fenômenos dinâmicos, que podem variar de maneira inestimável de acordo com cada situação fática, o dolo e a culpa são elementos do fato tipo e se relacionam a questões bem mais estáticas do que àquelas que podem se revelar na vida real.

#### **F) Circunstancias do crime**

O tipo penal possui um conjunto de elementos do crime, que são aqueles repensáveis por manter a estrutura típica formal do delito. Sendo que uma vez constatados frente a uma situação fática, aí se configura o delito. Vale dizer também que sem esses elementos, simplesmente não pode haver crime, valendo pontuar o postulado da taxatividade do tipo penal, inerente ao princípio da legalidade.

Há ainda nos tipos penais o que se entende como elementos secundárias, meras circunstâncias. Ato ou fatos que gravitam os elementares sem contudo alterá-las. Vale dizer que algumas circunstâncias tomam tamanha relevância que passam a serem enquadradas em outros institutos, deixando de serem circunstâncias.

Vale que as circunstâncias que são trazidas no artigo 59 vinculam-se necessariamente como incriminadoras porque as circunstâncias que favorecem o indivíduo devem ser tidas como atenuantes genéricas, por força do artigo 66 do código penal.

### **G) Consequências do crime**

Trata-se aqui do conjunto de danos que sofreu o sujeito passivo mediato do crime, que é a vítima. Seus familiares e membros das respectivas comunidades que compõem e também e também o Estado que é, por definição o sujeito passivo imediato do crime, que vê sua norma penal violada pela atitude do delinquente. Vale dizer que quando esse dispositivo quer se referir aos danos não se trata tão somente dos danos de ordem material e financeira mas também aqueles de ordem física, como qualquer tipo de seqüela motora, psicológica ou fisiológica ou ainda outro tipo de dano qualquer que daí possa advir.

Essa circunstância judicial deve ser aplicada com atenção: em um Crime de estupro, exemplificativamente, o medo provocado na pessoa (Homem ou mulher) vitimada e consequência natural do delito, e não pode funcionar como fator de exasperação da pena, ao contrário do trauma certamente causado seus filhos menores quando o crime é por eles presenciado.

### **H) Comportamento da vítima**

Trata-se da atitude da vítima, que pode facilitar ou prejudicar a prática delituosa. Liga-se diretamente com o ramo da criminologia tido como vitimologia, que é o estudo que tem a participação da vítima sobre certa conduta criminosa. Nesse sentido, o dono

de restaurante que manuseia vultuosa quantidade de dinheiro ostensivamente contribui para o furto.

#### 4 O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS SOBRE A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE

A objetividade jurídica desse tipo é a saúde pública e secundariamente a saúde do dependente. Ou seja, o legislador pátrio considerou que a circulação de drogas, mesmo que o fim dessa circulação não tenha nada em comum com a distribuição dessas substâncias para outros indivíduos, é considerada nociva para a saúde de todas. Tratando-se, assim de um crime de perigo abstrato. De maneira que se exige não um dano ao bem jurídico, mas tão somente um perigo de dano. E mais, esse perigo de dano é presumido pela lei. Não sendo exigido que ele efetivamente ocorra.

Se o bem jurídico principal é a saúde pública, a lei não incrimina o uso da droga. Usar droga é fato atípico. Isso se dá em razão do princípio da alteridade ou transcendentalidade. A lei não pune o infrator que só faz mal a si próprio. Da mesma forma que não se pode punir alguém por auto-flagelo. O que a lei pune é a detenção da droga que acarreta a possibilidade de circulação, o que por presunção legal acarreta um perigo social. Surge a endagação de que se a quantidade for tão pequena que não haja possibilidade de circulação, há tipicidade?

Como o uso da droga não configura crime, a detenção da droga com consumo imediato, não é crime. Nesse caso, caracteriza-se o uso não restando possibilidade de haver circulação da substância nociva

Porte de droga para consumo pessoal. Questão importante é definir o que é droga. A nova lei substituiu a expressão *substância entorpecente* pela expressão droga. Isso se deu porque entorpecente é expressão muito limitada, sendo espécie do gênero droga.

O termo entorpecente refere-se tão somente às drogas psicolepticas, sendo aqueles que causam sono, torpor, lentidão. Exemplo desse tipo de drogas é a maconha, a morfina e os anestésicos em geral. A segunda espécie do gênero drogas são as psiconanlepticas. Essas drogas são conhecidas por serem estimulantes como a cocaína, a cafeína, etc. A terceira espécie de drogas são as psicodislepticas. Essa espécie de droga é composto pelas substâncias alucinógenas. Como por exemplo, o LSD. Dessa maneira, percebe-se que a nova lei atentou para uma expressão mais genérica abrangente assim os diversos tipos de drogas. A lei fala em porte em porte de drogas, corrigindo o erro da norma pretérita.

Para os fins da lei, drogas são aquelas substâncias que preenchem dois requisitos. Quais sejam: conter princípio ativo, seja ele entorpecente, estimulante ou alucinígeno tendo capacidade para causar dependência física ou psíquica. Por esta razão é que ao ser oferecida uma denúncia exige-se um laudo que constate a possibilidade da substância de gerar dependentes. O outro requisito é constar em portaria do serviço de vigilância sanitária do ministério da saúde, qual seja a portaria 344/1998. Para saber se o tipo penal do art. 28 da lei 11.343/2006 está configurado o operador da norma penal deve responder então se há capacidade causar dependência e se essa substância consta na lista do executivo. Vale destacar o princípio da taxatividade.

Na análise do tipo penal misto da lei de drogas, encontram-se os seguintes núcleos. **Adquirir**, que é ganhar, comprar ou trocar. **Guardar**, manter a droga para si própria. **Manter em depósito**, armazená-la para outra pessoa. **Transportar**, levar a droga mediante meio de locomoção. **Trazer consigo**, que é trazer a droga junto a si. A tentativa cabe tão somente no verbo adquirir.

O finalidade especial de agir é “para consumo pessoal” . Esse é tão somente u dos elementos do tipo penal o qual deve se somar aos demais para haver tipicidade. Não há crimenúcleo do tipo, vale ressaltar, que seja consumir. A intenção de sonsumo está aprisionada no claustro psíquico do comitente, sendo assim inalcançável. Nada obstou que a lei. O elemento normativo do tipo se trata da expressão” em desacordo com norma oudisposição regulamentar”.

O critério adotado para se configurar o porte para consumo pessoal é a quantidade da droga, a qualidade da droga, os antecedentes, a personalida, a conduta social do sujeito e o local mais as circunstâncias em que se desenvolveu a ação. De forma que não se adotou o critério da quantificação legal da droga, mas **o critério do reconhecimento judicial**.

Plantio de drogas para consumo pessoal, trata-se de semear, cultivar ou colher planta destinada à preparação de pequena quantidade de droga, para fins de consumo pessoal. Nesse caso, a lei adota o critério da quantificação judicial. Mas não o da quantificação llegal. De forma que deve o juiz, no caso concreto, decidir se aquela quantidade é pequena suficiente para se destinar tão somente ao consumo pessoal. Na lei pretérita não havia essa figura de maneira que essa conduta era equiparada tão tráfico. De forma que, pela lei vestusta se o sujeito semeasse cultivasse ou colhesse um jarro contendo elemento biológico que viesse a dar origem a um pé de maconha, por exemplo, a conduta seria equiparada ao tráfico de drogas.

Outra figura equiparada ao tráfico é a utilização de pequenas quantidades de drogas para o uso em fins ritualísticos ou religiosos, desde que em pequenas quantidade. Isso se dá em virtude da convenção de Viena adotada pelo Brasil em 1976

As penas são a admoestação verbal, a prestação de serviços a comunidade, de 5 meses se primário e de 10 meses se reincidente e frequência curso ou palestras sobre o uso das drogas também pelo mesmo período. É o que se chama de despenalização do crime.

A lei de drogas trouxe em seu bojo muitas mudanças relativas a lide do Estado em relação ao usuário de drogas. A antiga lei de drogas era de 1976 e trazia a possibilidade do criminoso ser condenado à pena de detenção de até 2 anos cumulando-se com o pagamento de até 50 dias-multa.<sup>22</sup> Não havia dúvida no sentido de que o usuário era um criminoso.

O Estado, contudo, no decorrer de 30 anos mudou drasticamente a sua política criminal com relação ao consumo de drogas. Décio Alonso Gomes conceitua política criminal:<sup>23</sup>

A política criminal, em sentido estrito, consiste no programa de objetivos de métodos de procedimento e de resultados que, principalmente, o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal conduzem e desenvolvem na prevenção e repressão da criminalidade, tudo à luz de diretrizes previamente traçadas (ou de comportamentos reativos não orientados, é dizer, posturas adotadas autonomamente e sem sistematização pelos integrantes do front do combate à criminalidade: os policiais.

Passando a lidar com isso como sendo uma questão de saúde pública e não uma questão criminal. Em substituição às medidas meramente repressivas anteriormente à lei de drogas passa a cominas, sem eu preceito secundário as penas de: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida de educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o 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 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

<sup>23</sup> GOMES, Décio Alonso. Política Criminal Brasileira e o Papel do Ministério Público. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. n° 36, abril/junho de 2010. p. 21-22.

<sup>24</sup> 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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

Como o artigo em comento deixou de prever a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas e considerando o conceito legal de crime. A lei 3914/1941, apesar de pouco estudada, traz o referido conceito.<sup>25</sup> Considera-se crime a conduta que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, seja isoladamente, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Já contravenção, por sua vez é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, Alternativa ou cumulativamente.

Dessa maneira acabou surgindo na jurisprudência e na doutrina posicionamentos diversos sobre o tema. Destaque-se três propostas: a primeira delas defende a descriminalização formal e a caracterização de uma criminalização *sui generis* ( uma vez que já não se encaixa mais no conceito legal de crime). Uma segunda corrente defende uma descriminalização substancial: sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, havendo essa conduta sendo relegada ao direito penal sancionador de cunho extra penal. Essa corrente tem o argumento de que as penas relativas à lei de drogas são cominadas por meio de uma transação penal e não de uma sentença criminal. Uma terceira corrente defende a despenalização e a manutenção do status de crime: despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena. É exatamente nesse sentido que se deve falar em descarcerização. Para Luiz Flávio Gomes<sup>26</sup>

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente.

---

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade 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 usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

<sup>25</sup> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

<sup>26</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Esse é inclusive o entendimento do STF:<sup>27</sup>

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Renato Brasileiro, no mesmo entendimento de que não houve descriminalização mas sim uma verdadeira despenalização, valendo de uma sistemática processual penal completamente diferenciada se comparada ao que tínhamos no vetusto código de processo penal. Houve, inegavelmente, uma descarcerização:<sup>28</sup>

teria havido mera "despenalização", entendida como a exclusão, para o tipo do art. 28 da Lei de Drogas, das penas privativas de liberdade, sendo inviável cogitar-se de *abolitio criminis*: STF, 1ª Turma, RE 43D.105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJe 004 26/04/2007. Para o Ministro

<sup>27</sup> STF, 1ª T., RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, DJ 27-4-2007.

<sup>28</sup> Lima, Renato Brasileiro de. Manual de **Processo Penal**, vol. Único, 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2011, pg. 345

Sepúlveda Pertence, também pesou o fato de que, fosse considerado o art. 28 mera infração *sui generis*, a conduta praticada pelo menor de 18 (dezoito) anos não poderia ser considerada um ato infracional, já que o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) considera 'ato infracional' apenas a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Logo, o menor poderia cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que fosse possível a imposição de qualquer medida socioeducativa.

O bem jurídico protegido pelo artigo 28 da lei de drogas é a saúde pública. Não poderia ser diferente, uma vez que vige em nosso ordenamento penal o princípio da alteridade. No sentido de que a conduta só deve ser criminalizada se as suas conseqüências atingirem diretamente o interesse de outrem. Não podendo assim ser criminalizada a autolesão. Trata-se de um princípio quanto ao fato do agente. Masson:<sup>29</sup>

Criado por Claus Roxin, esse princípio proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente, bem como do pensamento ou de condutas moralmente censuráveis, incapazes de invadir o patrimônio jurídico alheio. Em síntese, ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si próprio, pois uma das características inerentes ao Direito Penal moderno repousa na necessidade de inter subjetividade nas relações penalmente relevantes. Nesse princípio se fundamenta a impossibilidade de punição da autolesão, bem como a atipicidade da conduta de consumir drogas, uma vez que o crime tipificado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 tem a saúde pública como objetividade jurídica.

Ou seja, fica claro o entendimento de que a lei de drogas não poderia incriminar alguém pelo consumo de drogas. Uma vez que essa conduta só prejudica a si mesmo. No mesmo sentido é Fernando Capez:<sup>30</sup>

A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois 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 a de consumo pessoal. Assim, existe a transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.

Esse Princípio também é chamado de princípio da transcendentalidade das penas, como bem aponta o autor. No sentido de que o crime, para ser tipificado deve transcender a pessoa do criminoso. No mesmo Sentido Vicente Greco Filho desde a lei pretérita: “a lei não pune, e não punia o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de ‘usar’ (entendimento acolhido por nossos tribunais desde a vigência da Lei 5.726)”<sup>31</sup>.

A jurisprudência já apontava nesse sentido desde a legislação passada:

<sup>29</sup> Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1 / Cleber Rogério Masson. - 4.ª ed., pg. rev., atual. o ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : METODO, 2011, pg 403

<sup>30</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Especial. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 756.

<sup>31</sup> Nova Lei de Drogas: retrocesso travestido de avanço. Bol. IBCrim, ano 14, nº 167, out. 2006, p. 4)

Tóxico – Uso próprio – Artigo 16 da Lei nº 6.368/76 – Absolvição – Admissibilidade – Réu que fumava maconha – Atipicidade – Ausência do núcleo “fumar” no tipo – Art. 386, III, do Código de Processo Penal – Recurso provido (ACrim 295.635-3, Lins, 3ª Câ. Crim. Rel. Luiz Pantaleão, j. 4-4-2000) Entorpecente – Uso próprio – Conduta atípica – Ocorrência – Uso de estupefaciente sem que nada fosse encontrado em poder do acusado – Tipo descrito no art. 16 da Lei 6.368/76, que exige, para sua consumação, a efetiva posse ou guarda de substância tóxica (TJMG, RT, 798/668) Crime contra a saúde pública – Porte de entorpecente – Acusado surpreendido e preso quando fumava um cigarro de maconha – Fato atípico – Absolvição decretada – Inteligência do art. 16 da Lei 6.368/76 (TACrimSP, Ement., RT, 548/336)

#### **4.1. Sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e o tratamento dado ao usuário e ao dependente.**

A proibição do porte de drogas para consumo pessoal, nos moldes que hoje estão vigentes em nosso ordenamento foi introduzida pela lei 11.343/2006 que, de maneira ambiciosa, procurou estabelecer o sistema nacional de políticas públicas sobre as drogas – SISNAD. Percebe-se, dessa maneira, que já não cabe ao Estado brasileiro o combate e o extermínio do fenômeno social trazido pelo consumo de entorpecentes. Mas sim, a lide e o convívio com essas circunstâncias. Ora, se até a mesma a norma penal, tradicionalmente identificada com a repressão a certos comportamentos não mais identifica uma política *contra as drogas*, mas sim *sobre as drogas*. A partir daí se extrai qual seria as intenções de nosso legislador sobre o tema.

Nesse mesmo sentido é que o primeiro artigo da referida norma utiliza-se do termo *prescrever* para se referir as normas que serão relativas à lide para com os usuários e dependentes de drogas. Ora, a referida expressão é bastante presente no vocabulário médico e tem a sua utilização vista como forma de se orientar o operador do direito no sentido de que o direito a ser aplicado ao usuário já não seria aquele do criminoso mas sim o do paciente a ser tratado pelo Estado. Tanto é assim que assim que se fala em atenção e reinserção do usuário. Ademais, as tais medidas de prevenção do uso das drogas não seriam devidas a todo o tipo de *uso*. Mas tão somente ao *uso indevido*, nos dizeres da lei. Ora, a qualificação do adjetivo *uso* nessa situação, foi bastante eloqüente. No sentido de que a lei não pode utilizar palavras em vão. Se houve esforço do legislador para qualificar o nome, esse esforço deve ser considerado pelo hermeneuta. Dessa forma, seria correto pensar que nem todo uso de substâncias tidas como droga é indevido.

Colaborando com esse pensamento é que o Estado estabelece ressalvas à proibição das drogas. Dessa maneira, permite-se o uso dessas substâncias. Nesse sentido, o art. 32.4. da

declaração de Viena aduz que o Estado em seu território nasçam, naturalmente ( ou seja, a disseminação do vegetal se deu sem a intervenção humana) plantas de características psicotrópicas arroladas em uma lista orópria trazida pela convenção e utilizados por pequenos grupos em rituais notidamente caracterizados por elementos mágicos e religiosos. Dessa maneira, o Brasil ratificou a referida convenção com a referida ressalva, permitindo-se o uso de substância psitrópicas para certas práticas religiosas. Nos dizeres de Renato brasileiro de Lima:

Importante lembrar que o art. 2º, caput, não autoriza de per si, o cultivo de plantas de uso ritualístico- religioso. Para tanto, também se faz necessária a autorização legal ou regulamentar. É o que ocorre , por , exemplo, com o chá da ayahuasca, produto da decoção do cipó banisteriopsis caapi e da folha psychotria viridis, utilizado pelo movimento religioso conhecido como santo daime . A respeito dessa bebida um relatório apresentado pelo grupo multidisciplinar do conselho nacional de políticas sobre drogas concluiu que o uso ritualístico e religioso da ayahauasca consitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do país, cabendo o Estado não só garantir o pleno exercício dessa manifestação cultural, como também , mas também protegê-lo por quaisquer meios de acautelamento e prevenção. Nos termos da lei 11.343/2006 *caput e artigos 214 e 216 da cfb.*

O SISNAD ocupa todo o título um da lei 11.242/2006. Nessa oportunidade o legislador nacional procurou criar uma sistemática administrativa que integre os entes federados em todas as esferas de poder. União , estados, distrito federal e municípios, todos são chamados a contribuir para a prevenção do uso e para a repressão do tráfico de drogas. Dessa maneira, tenta-se condicionar a administração pública para que haja um trabalho conjunto e presumivelmente mais eficiente o que tange à problemática das drogas. Nos termos da própria lei o Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, atenção, reinserção social e repressão.

A organização do Sisnad tem como escopo pensar uma política centralizada e garantir uma execução descentralizada. É nesse ambiente que, surgem muitos órgãos ligados ao executivo nas esferas federais e municipais com o objetivo de se por em prática a tal execução descentralizada da política de drogas.

Nesse contexto surge o Conad, órgão de cúpula responsável pela articulação e o estabelecimento de contatos com os mais diversos níveis de pessoas jurídicas, tanto públicas quanto privadas, e físicas que exerçam atividades voltadas as finalidades afetadas às questões das drogas, efetivando as combinações possíveis na consecução de metas comuns.

Nesse ínterim a própria lei visa criar uma rede de proteção e reinserção social ao usuário e ao dependente, aqui tratados como elementos tipológicos distintos e repressão a produção e ao tráfico de drogas.

A integração administrativa trazida pela lei em comento ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas faz com que o órgão de cúpula possa trazer para si uma espécie de comando em relação, não só aos órgãos de prevenção, mas também às entidades responsáveis pela repressão ao tráfico de drogas. Dessa maneira, pode-se dimensionar a importância que a referida norma dá a esse órgão de cúpula. Tornando-o gestor maior da questão das drogas exercendo grande influência política para que haja atividade conjunta entre os entes políticos e as entidades administrativas. Tanto no setor público, quanto no setor privado, no que lhe couber.

#### **4.2. Os princípios do Sistema nacional de políticas públicas sobre drogas**

O artigo 4º da lei 11.343/2006 traz um conjunto de princípios referentes à política adotada pelo Estado brasileiro sobre as drogas. Primeiramente, vale estudar o próprio conceito de princípio adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”

##### **A) o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;**

Esse princípio ganha especial destaque ao se avaliar a política sobre drogas e as suas repercussões penais. Como muito bem ficou visto, a lei de drogas trata o usuário e o dependente como objeto de políticas públicas de prevenção e de reinserção social e não de medidas majoritariamente penais. Com exceção, é claro, do próprio tipo penal que criminaliza a conduta de portar a droga com fins de consumo pessoal (perceba-se que não há, por parte do legislador, a determinação de criminalizar o uso de substâncias entorpecentes).

A lei de drogas deixa bem claro que, o privilégio que se dá à autonomia da vontade quando o assunto é a questão das drogas. Ou seja, apesar da opção política feita pelo legislador de se reprimir o tráfico de drogas, sendo tido inclusive como crime equiparado a

hedionto e sendo alvo de um mandado constitucional de criminalização, não é esse o tratamento que se dá ao porte de drogas para consumo pessoal.

Vale dizer que essa medida, que trata de maneira separa o consumo e o tráfico, como se se tratasse de dois fenômenos distintos representa verdadeira falta de sistemática coesa na hora de se tratar da questão das drogas. O que se configura, em verdade, em ineficiência das medidas normativas reservadas ao tema.

No que tange ao privilégio à autonomia da vontade, de outra maneira não poderia ser diferente uma vez que vige em nosso ordenamento um Estado de direito. Tendo-se comodireito fundamental o princípio da legalidade. De forma explícita garante-se ao administrado a possibilidade de se fazer tudo aquilo que a lei não proíbe e de forma implícita exige-se do Estado a proibição do menor número de condutas possíveis, reservando as sanções estatais tão somente àqueles comportamentos inaceitáveis para o harmônico convívio social. Espera-se com isso que o Estado, por meio da garantia das liberdades proporcione o maior bem-estar possível.

Não se quer sustentar que o uso de drogas é essencial para o bem-estar social. Muito pelo contrário. Mas o que se busca dar esteio é que a legalidade e a garantia das liberdades individuais são tidos como direitos da mais alta monta em nosso Estado. Direito Fundamental de primeira dimensão. Nos dizeres de JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO:

Foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado NÃO PODE desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer. São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

De forma que não cabe ao poder público, tendo como norte a garantia da efetivação de nossa carta política, a repressão penal do consumo de drogas.

### **B) o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;**

Esse princípio orienta inclusive a lei de drogas no sentido de se permitir a utilização de drogas que, via de regra, são proibidas. Quando se trata de rituais religiosos ou pesquisas científicas.

A própria constituição federal, traz em seus objetivos a redução das desigualdades sociais e regionais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Vale citar a resolução nº 1 do CONAD que, por meio de um relatório apresentado por Grupo

Multidisciplinar de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas concluiu que:

"o uso ritualístico religioso da Ayahuasca, há muito reconhecido como prática religiosa legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2º, caput, Lei 11.343/06 e art. 215, caput e § 1º e art. 216, caput e §§ 1º e 4º da Constituição Federal".

Dessa maneira, excluir uma prática religiosa típica de certa região do país, por meio de força de sanção penal, tão somente porque essa prática é estranhas aos locais típicos em que se tomam as decisões da nação, não nos parece ter esteio na carta constitucional cidadã de 1988.

**C) a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados.**

Por meio desse princípio parece claro que mais uma vez o legislador procurou qualificar o uso de drogas merecedor da sanção penal como uso de drogas *indevido*. Ou seja, nem todo consumo de drogas é merecedor da ratio penal, mas tão somente aquele tido como indevido.

**D) o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito**

Por meio desse princípio procurou-se tratar de maneira sistêmica e coerente a lide normativa do tráfico e do consumo de entorpecentes. Tratando-os como realmente são, conseqüências de um mesmo fenômeno. Qual seja, a questão das drogas.

**E) a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad**

Por meio dessa disposição, valorização a formação de órgão de cúpula, justamente para que haja uma decisão política unificada e uma execução difusa da norma. Nesse mesmo sentido é que se estabelece, em outros dispositivos do mesmo artigo: a

promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad; a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

**F) A promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad.**

Mais uma vez a lei estimula a participação de entidades privadas, participantes da sociedade civil para compor o sistema das políticas nacionais sobre drogas.

Dessa maneira, extrai-se a forma como a lei trata o porte, como uma questão de saúde. Mas, logo em seguida, criminaliza tal conduta. O direito penal, como se sabe é a *ultima ratio*. Não poderia ser matéria de lei penal alguma conduta que não tivesse relevante gravidade. A lei de drogas atende muito mais a um caráter simbólico da lei penal. Refletindo uma política criminal contraditória e incontestável. Cleber Masson:<sup>32</sup>

Estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. Em resumo, todo ilícito penal será também ilícito perante os demais ramos do Direito. Mas a recíproca não é verdadeira.

A criminalização do porte de drogas é uma questão muito delicada uma vez que certos princípios são envolvidos por esse tema. Como por exemplo, a lesividade e a preservação da vida privada. Masson:<sup>33</sup>

Para muitos, essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal seria incompatível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, Maria Lúcia Karam sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Logo, como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete consequentemente direitos de terceiros.

<sup>32</sup> <sup>32</sup> Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1 / Cleber Rogério Masson. - 4.ª ed. rev., atual. o ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : METODO, 2011. Pg. 802

<sup>33</sup> <sup>33</sup> Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1 / Cleber Rogério Masson. - 4.ª ed. rev. atual. o ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : METODO, 2011. Pg. 802

Dessa forma, é possível observar que boa parte da doutrina aponta no sentido de que a criminalização do porte é inconstitucional porque a conduta não transcende ao sujeito que a pratica. Tanto é que, uma vez que o legislador escolhe punir um crime deve ainda fazê-lo de maneira eficiente, sob pena de se padecer da síndrome de ineficiência da lei penal e da desproporcionalidade da pena.

Ora, o princípio da proporcionalidade das penas possui justamente dois vetores, o proibir o excesso e a proteção insuficiente. Dessa maneira, punir demais é tão desproporcional quanto punir de menos. A possibilidade dada pelo legislador de para que seja para garantida o cumprimento da pena será aplicação verbal ou multa faz com que a pena perca seu caráter impositivo uma vez que o sujeito que descumpra a pena é condenado por uma pena mais branda.<sup>34</sup>

A pena é a consequência jurídica do delito. Existe a teoria geral do crime, amplamente discutida por toda a doutrina e que, de maneira mais ou menos pacífica, entende o delito como composto por três ou dois substratos analíticos. Quais sejam o fato tipo, a ilicitude e a culpabilidade. Para entender tal princípio, segundo o pensamento de Beccaria:

todo ato de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito de bem-estar público das usurpações particulares.

Nada obsta que a pena não faz parte do conceito de crime. Sustentou-se, corrente minoritária, que a punibilidade também comporia o conceito analítico do crime. Mas essa teoria não ganhou prestígio no meio jurídico. De maneira que é pacífico o entendimento de que a pena está para além do tipo penal. Cumprindo inclusive funções distintas. A pena tem caráter impositivo, sendo essencial para que o Estado cumpra sua função de controle social, basilar para a existência da democracia. Vale destacar o seguinte princípio:

Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade: esse princípio é coextensivo lógico da reserva legal, e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida. E, contudo, mitigado por alguns institutos penais, dos quais são exemplos a prescrição, o perdão judicial, o *sursis*, o livramento condicional etc.

---

<sup>34</sup> § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

A pena é necessidade da pena é consequência lógica da existência de um tipo penal. Ora, há uma conduta reprovável pela lei, a lei deve trazer a forma de reprová-la, pelo contrário, ela simplesmente não é reprovada. O que faz com que próprio tipo penal perca sua utilidade. Daí se afirmar que existe uma inderrogabilidade da pena.

A grande questão está no parágrafo 6º do artigo 28. Nesse dispositivo estabelece medidas que visão estimular o cumprimento da punição. Dessa maneira, descaracteriza-se necessidade da pena. Ora se um sujeito é condenado ao cumprimento de medida educativa e o seu descumprimento comina uma admoestação não há nenhuma capacidade de coação. A admoestação é uma repreensão leve.

Como já foi exposto nesse trabalho, pena é diferente de crime. O crime é composto, dentre outras coisas por uma conduta subscrita em lei ( tipo penal ) esse tipo penal tem, dentre outras funções, uma função de proteção de bens jurídicos. No entanto a proteção desses bens, fica por conta das punições, que por sua vez são consequência do crime. Se a punição descumprida tem como égide uma medida ainda mais branda, qual seja a admoestação ou a multa, não há proteção nenhuma interesse albergado no dispositivo incriminador.

Daí que se fala em proteção insuficiente. O princípio da proporcionalidade tem dois vetores. Quais sejam a proibição do excesso e a vedação da proteção ínfima. Esse último vetor anda de mãos dadas com a legalidade. Pois se uma conduta é criminosa, isso se dá por força da lei, a qual exige que a pena cumpra certas funções. Ademais, um tipo penal democraticamente

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei de drogas, lei 11.343/2006, trouxe uma nova abordagem em relação ao usuário de drogas. Criou-se um sistema nacional de políticas sobre drogas e afirmou-se que a questão do usuário tratava-se de questão de saúde pública. Nada obsta que o legislador mais moderno tenha elencado dentre os tipos penas desta lei o porte de drogas para consumo pessoal. Mais precisamente em seu artigo 28.

O Direito penal é o ramo jurídico sancionador mais grave de todos. Não cabem a esse ramo as condutas brandas que podem ser tratadas por outras áreas do ordenamento jurídico. De forma que ao tratar de uma conduta tida como de baixíssimo teor ofensivo, o legislador estaria banalizando a norma penal, fazendo com que tais dispositivos padeçam a sua função ético-social, em sua função geral positiva e revelando assim uma política criminal contraditória.

Vale dizer que determinada conduta só pode ser tida como ilícito penal se as suas conseqüências transcenderem a esfera do indivíduo que a provoca. De forma que ninguém pode ser punido por ferir a si mesmo. Nada obsta, entende-se que o tipo penal do artigo 28 da lei em comento é protetor da saúde pública. A insuficiência de proteção se dá ao envolver um ramo jurídico que não é o mais eficiente para resolver a situação e quando esse ramo tem as suas sanções tolhidas pelo próprio legislador. Pois, há possibilidade do sujeito que foi cominado uma pena ter como incentivo meramente uma conseqüência menos grave e nada mais.

Dessa forma, ao garantir uma medida paralela para estimular o apenado a cumprir a pena, o legislador, na verdade, retira da lei a sua força. Possibilitando que uma medida mais branda seja substituta da pena. Não cabe a este trabalho debater a legitimidade da proibição

do consumo de drogas. Mas sim apontar as impropriedades da lei que trata o direito penal com um caráter simbólico desrespeitando a utilização do direito penal como o último elemento de controle social. Nesse sentido que se aponta a desproporção da norma que desqualifica a utilização da própria tipologia penal.

A doutrina diferencia o crime, compondo complexas teorias sobre o tema, as penas. As quais se caracterizam, de certa forma, como a consequência juridicamente qualificada do delito. A sanção penal punitiva sem como uma de suas características o fato de ser impositiva. Um de seus princípios é a necessidade e a sua consequente inderrogabilidade.

O tipo penal, por sua vez, garante que uma conduta reprovável seja reprovada. Cumpre-se a função do direito de garantir a proteção dos bens jurídicos legalmente elencados como merecedores da tão grave proteção penalista.

Todavia, o dispositivo do artigo 28 §6º traz a cominação de novas medidas (naturalmente subseqüentes ao crime) que visam o estímulo ao cumprimento da pena. Tal disposição ofende a inderrogabilidade da pena e a sua capacidade de proteger o bem jurídico albergado. Não trata este trabalho de reprovar ou não o uso de drogas, mas sim de se garantir a efetiva utilização da ciência jurídico-penal. Fica claro que a proporcionalidade, no seu vetor da vedação à proteção insuficiente fica comprometida. Pois, uma vez que se elenca a conduta como crime por meio de um tipo penal, esse tipo penal tem o dever de cumprir certos requisitos, os quais foram elencados nesta obra. A legalidade é uma garantia do sujeito que é punido de que haverá forma e medida para sua punição. Mas também uma garantia para o interesse social de que determinadas práticas serão reprovadas .

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : 6 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2012.
- . **Tratado de Direito Penal. IV**. 6 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- . **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Malheiros Editores, 2006
- BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 set. 2016.
- . **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 29 set. 2016.
- . **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2016.
- . **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2016.
- . **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8;069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>.

- CASTRO, Marcela Baudel de. O que é culpabilidade?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23766>>. Acesso em: 19 out. 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manuel de Direito Penal – Parte Especial**. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução do estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito E Razão : Teoria Do Garantismo Penal**- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral: volume 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério. **Código Penal : comentado** / Rogério Greco, 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011
- . **Curso de Direito Penal - Parte Geral - vol. I - 15ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- . **Curso de Direito Penal: Parte Especial. V III**, 13 ed. Niterói: Impetus, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. Único, 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014.
- . Renato Brasileiro de. **Manuel de Processo Penal**. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2014
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito Penal 2: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STF, 1ª T., RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, DJ 27-4-2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7 ed. Salvador: Editora Podivm, 2012.