

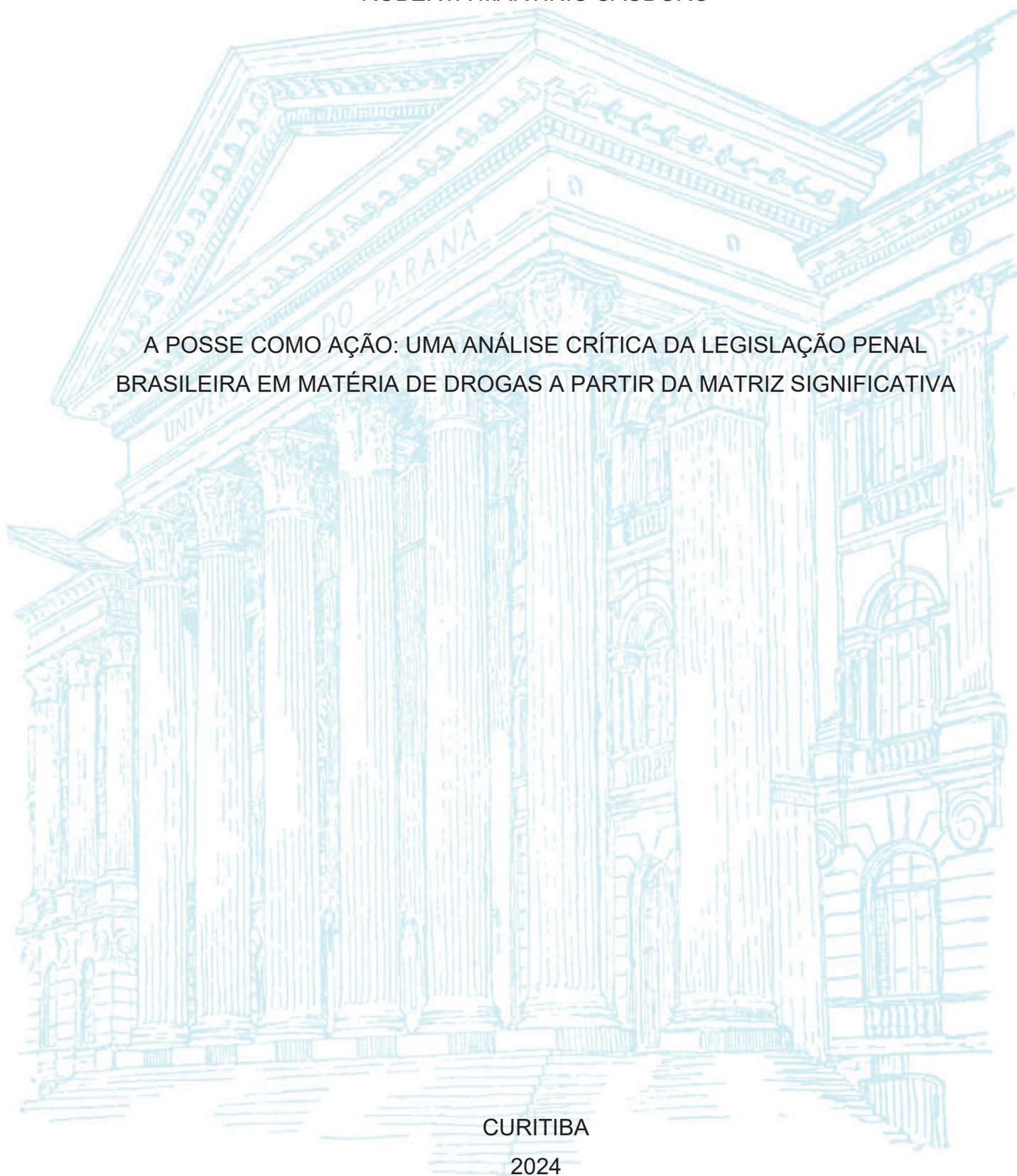
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ROBERTA MARTINIC CAUDURO

A POSSE COMO AÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO PENAL
BRASILEIRA EM MATÉRIA DE DROGAS A PARTIR DA MATRIZ SIGNIFICATIVA

CURITIBA

2024



ROBERTA MARTINIC CAUDURO

A POSSE COMO AÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO PENAL
BRASILEIRA EM MATÉRIA DE DROGAS A PARTIR DA MATRIZ SIGNIFICATIVA

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Cauduro, Roberta Martinic

A posse como ação: uma análise crítica da legislação penal brasileira em matéria de drogas a partir da matriz significativa / Roberta Martinic Cauduro. – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Paulo César Busato.

1. Drogas. 2. Direito penal - Brasil. I. Busato, Paulo César. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia vinte e oito de março de dois mil e vinte e quatro às 11:00 horas, na sala de Defesas - 317, PPGD UFPR - Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestrandia **ROBERTA MARTINIC CAUDURO**, intitulada: **A posse como ação. Uma análise crítica da legislação brasileira em matéria de drogas a partir da matriz significativa.**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO CESAR BUSATO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JACSON LUIZ ZILIO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), PRISCILLA PLACHA SA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO CESAR BUSATO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A banca deliberou pela aprovação com o depósito condicionado a revisão do resumo, da introdução e da conclusão no sentido de ampliarmos e incluir os principais pontos do trabalho, bem como à revisão completa de metodologia.

CURITIBA, 28 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

08/04/2024 14:00:17.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

12/07/2024 13:58:59.0

JACSON LUIZ ZILIO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

08/04/2024 20:45:15.0

PRISCILLA PLACHA SA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **ROBERTA MARTINIC CAUDURO** intitulada: **A posse como ação. Uma análise crítica da legislação brasileira em matéria de drogas a partir da matriz significativa.**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 28 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

08/04/2024 14:00:17.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

12/07/2024 13:58:59.0

JACSON LUIZ ZILIO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

08/04/2024 20:45:15.0

PRISCILLA PLACHA SA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Em memória de minhas avós, Maria Amélia Piazza Pedro e Maria Luzel Cauduro, ambas docentes extraordinárias que conquistaram liberdade através da educação.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto da somatória de profundas irresignações que há tempos me inquietam: o uso do Direito penal para coagir sujeitos quanto às práticas que nem sequer geram perigo de dano à outrem, o fortalecimento de mecanismos político-jurídicos abertamente ignorantes, a tomada de medidas ineficazes para a segurança pública, justificativas de atos arbitrários praticadas em nome do bem-estar da coletividade, mas que negam a soberania de cada um dos sujeitos sobre seus corpos, respostas fáceis e soluções precipitadas para questões complexas.

A criminalização de condutas atinentes ao uso e comercialização de substâncias psicoativas é tema que reúne todas essas críticas.

Mas esse ponto de vista não passaria de crença e opinião infundada - o que inviabilizaria a realização desse estudo e em nada contribuiria com o combate da realidade retratada - não fossem as generosas contribuições de pessoas presentes na minha vida.

A dedicação e esforços desmedidos na minha criação por minha mãe, Tatiana, e meu pai, Roberto, com primazia no ensino de qualidade, são o fundamento de toda a minha trajetória profissional e acadêmica. Obrigada por esse presente tão valioso.

As bases do desenvolvimento de pensamento crítico atribuo a todos os professores d que me marcaram pela preocupação em não apenas ensinar, mas mais que isso, contribuir com a autonomia intelectual de seus alunos. Dentro dessa categoria, destaco meu sincero apreço pelos professores que me iniciaram na jornada acadêmica: Professor Dr. Léo Peruzzo Júnior, Professora Dra. Renata Ceschim Melfi, e Professora Me. e amiga Silvia Turra Grechinski.

Às minhas amigadas de longa data e àquelas que surgiram dentro da Universidade – Lê, Carol e Vivi -, agradeço pelas palavras de carinho e motivação que me confortaram em momentos difíceis.

Ao meu amor, Eric, pelos tantos silêncios durante meus estudos, que muito me disseram sobre seu apoio incondicional.

Finalmente, agradeço ao meu Professor Orientador, Dr. Paulo César Busato, por ter me guiado em caminhos desconhecidos e me dado a liberdade para seguir sempre em frente.

Fracassei em tudo o que tentei na vida.
Tentei alfabetizar as crianças brasileiras, não consegui.
Tentei salvar os índios, não consegui.
Tentei fazer uma universidade séria e fracassei.
Tentei fazer o Brasil desenvolver-se autonomamente e fracassei.
Mas os fracassos são minhas vitórias.
Eu detestaria estar no lugar de quem me venceu.

Darcy Ribeiro

RESUMO

Este trabalho se propõe a estudar a incorporação do delito de posse de drogas ilícitas no ordenamento jurídico-penal brasileiro a partir de uma perspectiva histórica e legislativa e da análise dos projetos político-criminais relativos ao controle social em matéria de drogas para, a partir da análise do conteúdo do injusto penal dos delitos de mera posse, formular uma crítica dogmática de tal estratégia de tipificação a partir da matriz significativa da ação.

Palavras-chave: Direito penal. Drogas. Delitos de posse. Posse de drogas. Ação significativa.

ABSTRACT

This work aims to study the incorporation of the crime of possession of illicit drugs into the Brazilian legal-criminal system from a historical and legislative perspective and the analysis of political-criminal projects relating to social control in matters of drugs so that, from the analysis of the content of the criminal unfairness of crimes of mere possession, formulating a dogmatic critique of such a typification strategy based on the significant matrix of the action.

Keywords: Criminal law. Drugs. Possession offenses. Possession of drugs. Meaningful action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 POSSE DE DROGAS COMO DELITO: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS TIPOS PENAIS RELACIONADOS À POSSE DE DROGAS NO BRASIL	18
1.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS	22
1.2 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830	24
1.3 CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA DE 1890	26
1.4 DECRETOS DECORRENTES DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DROGAS.....	29
1.5 CÓDIGO PENAL DE 1940	35
1.6 LEI DE TÓXICOS DE 1976	39
1.7 LEI DE DROGAS DE 2006.....	47
2 A DOGMÁTICA DOS DELITOS DE POSSE	55
2.1 IMPUTAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL A PARTIR DO TIPO DE INJUSTO	59
2.1.1 As funções da tipicidade na teoria do delito	66
2.1.2 Conteúdo material do tipo penal.....	70
2.1.3 Modernas técnicas de tipificação penal.....	75
2.2 A INCRIMINAÇÃO DA POSSE	83
2.2.1 Natureza e classificação dos delitos de posse	84
2.2.2 Críticas doutrinárias à tipificação da posse	88
3 CRÍTICA À INCRIMINAÇÃO DA POSSE A PARTIR DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO	97
3.1 CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO COMO SUPERAÇÃO DOS MODELOS DOGMÁTICOS ANTERIORES.....	102
3.1.1 Fundamentos da proposta significativa	103
3.1.2 Concepção significativa da ação: o tipo de ação.....	110
3.2 A POSSE DE DROGAS COMO ACONTECIMENTO E NÃO COMO AÇÃO ...	116
3.2.1 O déficit de conduta na incriminação da mera posse.....	117
3.2.2 Incriminação da posse de drogas como incriminação de estados de pessoa	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

A matriz significativa da ação proposta por Tomás Salvador Vivés Anton, muito embora seja recepcionada por expressivo número de penalistas contemporâneos, carece de desenvolvimento quanto a propostas de aplicação e análise da legislação penal especial a partir dessa ótica. É o que ocorre com os delitos de posse de drogas: apesar de haver uma série de críticas doutrinárias a essa modalidade de tipificação penal a partir do conteúdo de injusto, ainda não há consolidação expressiva de críticas à incriminação da posse de entorpecentes assentadas na investigação da ação.

Essa proposta merece investimento doutrinário no contexto brasileiro uma vez que os delitos de posse de drogas para consumo próprio, despenalizados sob a égide da Lei nº 11.343/2006, ainda culminam em diversas apreensões e encarceramentos expressivos e impróprios, na medida em que não há critérios legais ou jurisprudenciais fixos para distinguir a posse para consumo próprio da posse para o tráfico. Mais que isso, a conservação de sua natureza jurídica enquanto crime no Brasil justifica a relevância da análise, na medida em que o diploma legal promoveu a expansão do Direito penal ao nível de sua banalização, isto é, seu manejo meramente simbólico.

Isto posto, não se pode olvidar que os delitos relacionados a drogas ilícitas ocupam papel central na política criminal brasileira, já que são responsáveis pelo alto índice de encarceramento no país e objeto de porcentagem considerável de operações policiais de repressão à prática de crimes.

A consolidação de nova perspectiva acerca dos delitos relacionados a drogas, portanto, é urgente. O estudo do instituto da posse de drogas é um primeiro passo para reformular a lógica da guerra às drogas, iluminada pela teoria da ação significativa.

A relevância do tema resta devidamente justificada pelo diagnóstico da incriminação de estados de pessoa nos delitos de posse de drogas, o que se permite com base no potencial crítico da discussão da ação pelo viés linguístico.

A atualidade do tema, por sua vez, se verifica pelas declaradas *war on drugs* e *war on crime* no direito anglo americano e latino americano, que cominaram no macro encarceramento destas populações nas últimas décadas.

A principal pretensão da pesquisa é oferecer uma análise crítica dos delitos de posse de drogas a partir da matriz significativa da ação. A consolidação de nova

perspectiva acerca dos delitos relacionados a drogas, portanto, é urgente. O estudo do instituto da *posse* de drogas é um primeiro passo para reformular a lógica da guerra às drogas, iluminada pela teoria da ação significativa.

As hipóteses iniciais da pesquisa é a de que a tipificação dos delitos de posse de drogas não é legítima pelo déficit de conduta e que no plano político-criminal, não se encontram justificativas plausíveis para a criminalização.

A análise da natureza e estrutura dos tipos de posse possibilitará enfrentar, *per se*, seus problemas de legitimidade em face aos fundamentos de direito penal. Em sequência, a investigação político-criminal dos motivos que levam à tal estratégia de tipificação viabilizará a crítica da primazia social pela sensação de segurança em detrimento da liberdade individual, em virtude de seu efeito reverso.

O conceito linguístico-comunicativo-significativo de delito sustenta tais pretensões porquanto não se amolda necessariamente aos preceitos de alguma das teorias clássicas, afastando-se de soluções exclusivamente dogmáticas e permitindo a investigação da relevância jurídico-social das condutas de posse de drogas a partir das teorias sociais.

A partir dessa hipótese, o trabalho tende a atestar que a valorização exacerbada da segurança social com implicações de redução das liberdades individuais constitui grave afronta aos princípios dos estados democráticos de direito, por resultar na criminalização de grupos sociais historicamente excluídos.

1 POSSE DE DROGAS COMO DELITO: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS TIPOS PENAIIS RELACIONADOS À POSSE DE DROGAS NO BRASIL

A compreensão do atual estado de coisas da matéria de drogas no Direito penal moderno, mormente a incriminação jurídico-penal de tal posse, pode ser alcançada a partir do conhecimento da história do consumo de substâncias entorpecentes pela Humanidade e a série de eventos que sucedeu a atribuição de diferentes significados a essa matéria, até alcançar o conceito de *droga* do presente.

Sob essa perspectiva, Antonio Escotado¹ elabora a notória obra *Historia General de las Drogas*, na qual demonstra que o emprego das drogas descobertas pelas diversas culturas constitui um capítulo relevante para entender a problemática, esquecido na história da medicina e da religião; isto é, o uso de psicofármacos constitui um matizado indicador sobre o tipo e consciência de cada sociedade. Diferente de estudos sobre drogas elaborados em áreas de conhecimento isoladas (de ordem médica, sociológica, jurídica etc.), o autor oferece uma aprofundada pesquisa que conjuga diferentes matérias para explicar o fenômeno das drogas a partir da etnobotânica² para explicar as modernas estruturas governamentais de repressão ao uso de psicofármacos.³

¹ ESCOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021. Os referidos estudos fazem parte desta obra, de autoria de Antonio Escotado (1941-2021), espanhol, sociólogo, ensaísta e professor de Filosofia e Metodologia das Ciências Sociais na Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, autointitulado como portavoz do reformismo em matéria de drogas. No prólogo do livro, comenta que esboçou as primeiras ideias da obra entre 1988 e 1999, ainda em formato de um pequeno livro, momento em que o problema das drogas era o primeiro motivo de alarme social na Espanha, contexto que se seguiu pelas três próximas décadas no país, no que o autor entende como um fenômeno genérico de aclimatação que evoluiu para uma tempestade de pânico desinformado. Condenado à pena de dois anos e um dia de reclusão pela Audiencia de Palma, que o considerou culpado pela prática de narcotráfico, Escotado avançou em seus estudos com o objetivo de documentar historicamente o fenômeno da embriaguez e as consequências da ignorância sobre o tema, partindo da premissa que ‘nenhuma cautela pode se comparar ao conhecimento’, oferecendo uma obra de consulta orientada a formar elementos de juízo, considerada a mais importante historiografia sobre drogas produzida até o momento. Sua hipótese é de que, em síntese, o experimento proibicionista pode estar relacionado com a resposta – em grande parte inconsciente – à progressiva secularização de nossas vidas; e os estudos permitem nossa educação para uma promoção de uma liberdade responsável.

² Disciplina científica cujo objeto são as conexões entre a flora psicoativa das diversas áreas geográficas e suas respectivas culturas e conotações religiosas originárias.

³ Nesse sentido, "Ni en unos ni en otros aparece expuesto con pulcritud el aparato crítico donde se apoyan, y si brillan por su ausencia las precisiones bibliográficas no menos se echa en falta allí la concatenación exigible a cualquier tentativa orientada a describir objetivamente una evolución. Esto no significa que la literatura sobre el asunto carezca de contribuciones muy valiosas, elaboradas con todo el rigor exigible, y gracias a las cuales es posible estudiar ciertos momentos precisos sin una azarosa peregrinación por bibliotecas públicas y privadas, persiguiendo informaciones que muy rara

Fato é que o consumo de substâncias psicoativas é coeficiente comum durante toda a existência humana.⁴

vez aparecen reseñadas directamente en los ficheros. Con todo, se trata siempre de obras sobre algún aspecto singular, que no abordan la materia en su conjunto.

Falta cosa semejante a una historia cultural o general de las drogas, entendiendo por ello un examen donde se combine la perspectiva evolutiva, ligada a una sucesión cronológica, con la comparativa o estructural, que relacione los datos procedentes de sociedades distintas y los de cada una con sus pautas tradicionales. Pero si los datos sobre este tema no se vinculan con el medio donde se van produciendo será imposible separar lo anecdótico de lo esencial, la alta estima del budismo hacia cáñamo, por ejemplo, no se explica contando la leyenda de que Buda se alimentó durante una semana con un cáñamo diario, sino indicando hasta qué punto los efectos de esa droga relacionan con sus específicas técnicas de meditación. Mal se entiende, por ejemplo, la gran difusión del opio en la Roma antigua sin considerar el alto valor atribuido por sus ciudadanos a la eutanasia (*mors tempestiva*). Lo mismo sucede prácticamente con cualquier otro episodio de esta crónica." (ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021, p. 29-30).

⁴ A relação entre a humanidade e o consumo de drogas ao longo da história é retratada por extenso acervo de pesquisas. Sobre a historiografia geral do consumo de drogas, cf. BRAU, Jean-Louis. **Histoire de la drogue**. Paris: Tchou, 1968; SINCLAIR, Andrew. **Era of Excess: A social history of the prohibition movement**. Nova Iorque: Harper, 1964; SCHIVELBUSCH, Wolfgang. **Histoire des stimulants**. Paris: Le Promeneur, 1991; FELICE, Philippe de. **Poisons sacrés, ivresses divines**. Paris: Albin, 1936; SPRENGER, James. **Historia de las plantas**, 1813; ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021; LAÍN ENTRALGO, Pedro. **História Universal de la Medicina**. Barcelona: Salvat Editores, 1972; SHLEIFFER, H. (coord). **Narcotic plants of the New World: An anthology of text from ancient times to the present**. Monticello: Lubrecht & Cramer, 1979; DE ROPP, Robert S. **As drogas e a mente**. 2. ed. Trad.: José Geraldo Vieira. São Paulo: IBRASA, 1976; POIARES, Carlos Alberto. Contribuição para uma análise histórica da droga. **Revista Toxicodependências**, v.5, n.1, p. 3-12, 1999.

Registram-se as práticas xamânicas na Antiguidade, unindo-se medicina, religiosidade e magia, consistente na administração de técnicas de êxtase através de substâncias enteogênicas (do grego *en theos genos*; gerar deuses dentro de si), sob o desejo universal da purificação (*khatarsis*). (Cf. ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021, p. 33-45; ELIADE, M. **Le chamanisme et les techniques archaïques de l'extase**. Paris: Payot, 1968; ACKERKNECHT, Erwin H. **Natural diseases and rational treatment in primitive medicine**. Bulletin of the History of Medicine, Baltimore, v. 19, n. 5, p. 467-497, mai.1946).

Na Grécia Antiga como uma reunião de indivíduos que governam a si mesmos sem esquecer dos interesses comuns, com respeito à autonomia da consciência e baseada no progresso da razão civil. O desenvolvimento da ética, filosofia e ciências impulsionou os avanços nos aspectos teóricos da medicina. Não se separou o caráter divino da farmacologia, mas transmutou-se o caráter religioso dos feitos milagrosos à *physis* (natureza), afastando-se das superstições para aceitar o universo físico em si mesmo. Assim, substâncias entorpecentes eram consumidas para fins médicos e recreativos (Cf. ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021, p. 131-134; e DODDS, Eric Robertson. **Os Gregos e o Irracional**. Trad.: Paulo Domenech Oneto. São Paulo: Escuta, 2002). Na Roma Antiga, adotava-se o mesmo critério da Grécia Antiga em matéria de drogas. (Cf. BALSDON, John Percy Vyvian Dacre (ed.). **The romans**. Londres: C. A. Watts & CO, 1965).

Nas Américas, no período pré-colombiano erra corriqueiro o uso ritualístico de plantas com substâncias psicotrópicas. (Cf. ADOVASIO, J. M.; FRY, G. F. Prehistoric psychotropic drug use in Northeastern Mexico and Trans-Pecos Texas. **Economic Botany**, v. 30, n. 1, p. 94-96, jan./mar. 1976; LA BARRE, Weston. **The peyote Cult**. New Haven: Yale University Press, 1938; SLOTKIN, James Sydney. **The peyote religion**. Nova Iorque: Free Press, 1956; ABERLE, David F. **The Peyote religion among the Navaho**. 2. ed. Londres: Aldine, 1991; e GARZA, Mercedes de la. **Sueño y alucinación en el mundo náhuatl y maya**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990). Nas Índias, o consumo de entorpecentes também era vinculado a práticas sagradas (Cf. ACOSTA, José de. **Historia natural y moral de las Indias**. Createspace Independent Publishing Platform, 2016; e SHLEIFFER, Hedwig. (coord). **Sacred narcotic plants of the New World Ind-dianns**. Nova Iorque: Hafner Press, 1974).

A farmacologia da Antiguidade orientou-se pela acepção neutra de tais substâncias, reconhecido o potencial duplo de remédio e veneno,⁵ malgrado a controvérsia do consumo era retratada nos contos religiosos e mitológicos.⁶

Foi na República Romana que o consumo de drogas pela primeira vez se tornou matéria de ordem político-jurídica⁷ para impor os valores romanos tradicionais por meio de sua autoridade coletiva sobre uma associação religiosa organizada e popular, entendida como potencialmente subversiva ao Estado, com intento de aniquilar inimigos potencialmente subversivos ao Estado a partir da atuação autoritária

⁵ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021, p. 20-21.

⁶ O primeiro mito sobre o fruto proibido surge na tradição suméria. Cuida-se da história de *Enki e Ninhurkag* no paraíso, gérmem do posterior relato bíblico sobre a árvore de Éden, havendo teóricos sugerido se tratar de referências a plantas psicoativas e o início do proibicionismo. (JENSEN, Adolphe E. **Myths et cultes chez les peuples primitifs**. Paris: Payot, 1954). Nesse sentido, Graves vincula as descrições dos paraísos nas tradições hebraica, persa, suméria, grega, americana e polinésia com os efeitos visuais correspondentes aos efeitos psicoativos da psilocibina, presente em fungos (GRAVES, Robert. **Los dos nacimientos de Dionisos**. Barcelona: Seix Barral, 1980, p. 101-102). No campo da etnobotânica, dentre outros estudiosos, Wassons sugestiona, através da análise linguística de documentos deste povo que haveria uma indiscutível conexão entre a representação da árvore, da vida e do conhecimento, e da planta, da imortalidade e da ciência (WASSON, Robert Gordon. **Soma, divine mushroom of immortality**. Nova Iorque: Harcourt, 1964). Sugere-se, a partir de tal ponto, a hipótese da rejeição às drogas psicoativas ter origem em religiões que rechaçavam cultos xamânicos antigos que utilizavam cogumelos alucinógenos em seus rituais. Parte do embasamento dessa hipótese consiste no fato de que, desde a origem do cristianismo se repudia o uso de qualquer espécie de fungo e, mais tarde, a Inquisição iniciou nas Américas uma perseguição contra nativos que empregavam cogumelos *psilocibios* em seus rituais (WASSON, Robert Gordon; WASSON, Vanessa. **Mushrooms, Russia and History**. Nova Iorque: Pantheon Books, 1975). Na mitologia grega, a dinâmica do proibicionismo foi abordada pelo embate travado entre Dionísio e Penteu na tragédia de Bacantes, de Eurípedes, cujo desfecho lança a crítica do sintoma patológico resultante da hipocrisia denegação do êxtase, no sentido de que aqueles que mais tentam se afastar mais são propensos a sua influência. O culto a Dionísio na civilização grega, portanto, simboliza a aquiescência ao estado de embriaguez, capaz de abolir o *principium individuationis* em prol da restauração da percepção da condição humana apolística para um ideal de aceitação e reconciliação com a natureza humana. Nesse sentido, a etimologia vincula *methyein* (embriagar) com *methiemi* (soltar, permitir). Em ensaio sobre a origem e a expressão da tragédia grega, Nietzsche aponta a figura de Dionísio como peça central para compreender a real natureza do gênero literário, vinculando a embriaguez característica do deus como forma de reconciliação com a natureza humana: “Sob a magia do dionisíaco torna a selar-se não apenas o laço de pessoa a pessoa, mas também a natureza alheada, inamistosa ou subjugada volta a celebrar a festa de reconciliação com o seu filho perdido, o homem”. (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. Trad: J. Guinsburg. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 31). Para compreensão aprofundada da obra, Cf. SANTOS, Adilson dos. **A tragédia grega na visão de Friedrich Nietzsche**. Revista Letras, v. 68, out. 2006. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/letras/article/view/6135>>. Acesso em: 14 out. 2023.

⁷ Em 186 a.C. período dominado por questões de política estrangeira e militar, foi editado o *Senatus consultum de Bacchanalibus* ("Decreto senatorial sobre as Bacanais"), que proibia a celebração de cultos à Baco, deus romano correspondente ao deus grego Dionísio, para vedar a celebração dos tradicionais cultos de Baco (nomeados de bacanais), sob o fundamento de que as cerimônias religiosas regadas a vinho seriam ambientes de promiscuidade e cometimento de crimes. (MOMMSEN, Theodor. **Historia de Roma**. Madrid: Góngora, 2005, v. 5, p. 170 ss.)

do poder mediante o uso de força e reinterpretações arbitrarias da lei.⁸

Com a ascensão do cristianismo na Europa, o consumo de substâncias entorpecentes - com exceção do álcool – foi não apenas proibido pela autoridade religiosa, como também se tornou alvo de censura e perseguições.⁹ Escohotado atribui a tal período a “alteração farmacológica da consciência” em matéria de drogas:

Ciertos crímenes pueden reprimirse tipificándolos en códigos y castigando su comisión. Ciera, otros son tan intrínsecamente abominables que el mero hecho de tipificarlos podría sugerir su comisión a los perversos, y ofender gravemente el pudor de los justos. Estos segundos son los crímenes contra la gracia de redención - contra el Espíritu Santo mismo - que tradicionalmente se consideraron los únicos imperdonables. Sin perjuicio de fulminar a los reos de actos tales, los propios actos resultan tan odiosos que la política a seguir es expulsarlos del orden simbólico, excluirlos de la palabra en general. A este orden de cosas pertenece desde luego, para el cristianismo ortodoxo, la alteración farmacológica de la conciencia. Debe, pues afirmarse que la prohibición en materia de drogas está ya completamente definida desde el momento en que triunfa la orientación paulina. Sólo vela esta evidencia el hecho de que los primeros cristianos no llamaban a lo abominable «darse a la droga», como hoy en día dicen, sino «pactar con Satán»; y porque en vez de sugerir que la modulación química del ánimo conduce a una «locura» o un «abismo de depravación» llamaban a eso «apostasía» e «idolatría». La apostasía es despreciar la propia salvación: exponer el infinito don de una fe ciega, laboriosamente construida, a unos horizontes de éxtasis tanto más aterradores cuanto más libres de rutina psíquica. La idolatría es venerar una naturaleza física animada por distintos «espíritus», que eran los patronos de cada fármaco v ahora se convierten en «demónios».¹⁰

Superada a Idade Média pelo desenvolvimento de ideais iluministas, propiciou-se um novo cenário de consumo de entorpecentes, agora sem vinculação a práticas mágicas ou religiosas, destinado à finalidade puramente recreativa.¹¹

⁸ “El Senado estaba decidido a controlar la vida social, pero sólo podía hacerlo considerando las malas costumbres como actos de subversión política, es decir, como una conspiración contra el Estado [...] No hay arma más peligrosa en manos de cualquier gobierno que el poder de intensificar su acción policiada basándose e reinterpretaciones arbitrarias de la ley. Sesenta años más tarde el Senado esgrime las mismas armas contra sus oponentes, los Gracos; aquí tenemos en embrión el “decreto último”, el decreto en favor de la “defensa del Estado” que introdujo el elemento de la fuerza en la política interna de Roma”. (MCDONALD, Alexander Hugh. La Roma prerrevolucionaria. In: BALSDON, John Percy Vyvian Dacre. **Los romanos**. Madrid: Gredos, 1966, p. 33).

⁹ Cf. LA BARRE, Weston; LABIN, Suzanne. Églises de drogues. **Monde et Vie**, v. 194, ago. 1969; LEARY, Timothy. The religious experience: its production and interpretation. **The Psychedelic Review**, v.1, n. 3, p. 3-23, 1964; LEARY, Timothy; METZNER, Ralph; ALPERT, Richard. **The psychedelic experience**. A manual based on the Tibetan Book of the Dead. Nova Iorque: University Books, 1964; SZASZ, Thomas Stephen. **Droga y ritual: la persecución ritual de drogas, adictos e inductores**. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 1990; MIGUEL, Juan Blázquez. **La inquisición en Castilla-La Mancha**. Madrid: Pub. Univ. de Córdoba, 1986; CARO BAROJA, Julio. **Las brujas y su mundo**. Madrid: Alianza Editorial, 1966; CARO BAROJA, Julio. **Inquisición, brujería y criptojudasmo**. Barcelona: Ariel, 1970.

¹⁰ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021, p. 242.

¹¹ SILVEIRA, Dartiu; MOREIRA, Fernanda. **Panorama Atual de Drogas e Dependências**. São Paulo: Editora Atheneu, 2005, p. 12.

Para David Musto,¹² essa abertura irrestrita às drogas disponíveis no continente europeu proporcionou novos padrões de uso e, como efeito, o surgimento de danos físicos, psicológicos e sociais – o que condicionou o Estado a criar mecanismos de controle a partir de então.

Da perspectiva histórica, no que diz respeito ao presente trabalho, interessamos saber em que momento, no Brasil, a legislação passou a ocupar-se da realização do controle punitivo sobre a manipulação dessas substâncias.

Assinala-se que o repasse legislativo a seguir explorado, muito embora documentado a partir de eventos e perspectivas históricas e sociológicas com o fim de oferecer contexto, não tem a pretensão de esgotar o tema da proibição de drogas, vez que demasiado vasto. Nesse escopo, em virtude da natureza e propósito do estudo, se fará menção tão somente aos eventos e perspectivas que mais influíram nos desdobramentos legislativos.

1.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS

Os antecedentes legislativos brasileiros em matéria criminal de drogas têm início em sua condição de colônia portuguesa: desde 1603 vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas,¹³ oriundas da tradição europeia e que, sob a ótica de Candido Mendes de Almeida,¹⁴ quem as compilou em 1870, são um tributo ao reinado de Justiniano, responsável pela recompilação e reorganização das leis romanas no *corpus juris civilis*, com o reestabelecimento do protagonismo do Direito Canônico.

As disposições de ordem criminal desse código eram previstas no livro V, organizados os tipos penais em cento e quarenta e três títulos, e continham previsões de penas brutais tais como açoites, degredo, mutilações, enforcamento, esquartejamento e exposição dos restos mortais até o apodrecimento.

¹² MUSTO, David F. **One Hundred Years of Heroin**. Westport: Auburn House, 2002.

¹³ A vigência no Brasil da legislação portuguesa codificada em 1603 não foi formalizada expressamente por legislação própria, uma vez que a natureza da colônia aqui instituída tornava o território submisso à legislação da potência colonizadora. Com a Proclamação da Independência do Brasil, o Império incorporou, em 1823, as Ordenações Filipinas ao sistema jurídico pátrio, provisoriamente, até que fossem organizados nos códigos (BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 7, 20 out. 1823.

¹⁴ ALMEIDA, Candido Mendes de (ed.). **Código Philippino**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Phylomatico, 1870, p. X.

Nesse *códex*, eram previstos crimes de natureza religiosa, política (crimes contra o Rei), sexual, de desobediência à justiça, de falsificação, propriedade, de “pessoas indesejáveis” e economia pública. A única disposição sobre tóxicos estava disposta no Título LXXXIX:

Que ninguem tenha em su caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso (1).

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar e seja degredado para Africa até nossa mercé.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fóra, e as vender as pessoas, que não forem Boticarios.

E os Boticarios as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officios as não mister, sendo porem Officiais conhecidos per elles, e taes, de que se presume que as não darão á outras pessoas.

E os ditos Officiais as não darão e nem venderão a outrem, porque dandolas, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano fôr.

E os Boticarios poderão metter em suas mesinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escriptores fôr mandado.

E fazendo contrario, vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiais conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir.¹⁵

Constata-se do texto que a razão da norma criminal é impedir qualquer forma de envenenamento.¹⁶ Apenas aos boticários, profissionais que exerciam o ofício que hoje corresponde aos farmacêuticos, era concedida espécie de licença especial em relação a substâncias potencialmente venenosas.

Merece destaque o apontamento de Torcato¹⁷ sobre os tratamentos médicos e terapêuticos no Brasil Colônia, que retrata o Brasil colonial pela escassez de profissionais de saúde e medicamentos consagrados na Europa, situação que deu ensejo à atuação de curadores leigos nos principais centros de administração colonial. A prática de curandeirismo era comum à população de origem africana trazida ao

¹⁵ ALMEIDA, Candido Mendes de (ed.). **Codigo Philippino**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Phylomatico, 1870, p. 1240.

¹⁶ Faz-se referência expressa ao rosalgar, nome popular do óxido de arsênio, toxina empregada para envenenamento desde o Império Romano – cuja proibição já era datada na Lex Cornelia - e comum no período renascentista na Itália. O romance *O nome da Rosa* faz referência ao emprego do arsênio como forma de intoxicação em livros das bibliotecas particulares das igrejas (ECO, Umberto. **O nome da rosa**. São Paulo: Record, 1984).

¹⁷ TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República**. 2016. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 66

Brasil para servir de escravos, exercida unindo os elementos de rezas, feitiços e recursos vegetais (ervas, raízes e pós) como recurso terapêutico.¹⁸ Mas esses tratamentos eram restritos à população pobre, enquanto aos ricos cabia a importação de remédios europeus.¹⁹

Enfim, nesse período o contexto era de ausência de restrição de fármacos psicoativos – por exceção daqueles destinados a envenenamento - e o seu consumo era majoritariamente de natureza social e terapêutica, sem considerável imposição de juízos morais, recomendações médicas, oposições religiosas ou sanções legais.

1.2 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830

Com a Proclamação da Independência em 1822 e a outorga da Constituição de 1824,²⁰ o Brasil se constituiu como Estado autônomo, capaz de produzir sua própria legislação.

Embora as Ordenações Filipinas tenham sido revogadas por completo apenas com o sancionamento do Código Civil de 1916,²¹ seus dispositivos de ordem criminal foram derogados através do Código Criminal do Império do Brasil.²² A sanção da codificação criminal com tanta antecedência à nova codificação civil foi justificada pela urgência declarada pela comissão mista do Senado e da Câmara em revogar o livro V das Ordenações Filipinas, por ela compreendido como uma legislação incompleta, desconexa e bárbara, influenciada pela superstição e grosseiros juízos draconianos.²³

Sua parte especial teve sua relevância estrita à alteração da lógica das penas e à expansão dos tipos penais de natureza política, tratados no título IV, “Dos crimes contra a segurança interna do Império, e pública tranquilidade”.

Apesar da explícita intenção de controle social através da contenção dos

¹⁸ NOGUEIRA, André Luis Lima. Saberes terapêuticos nas Minas coloniais: diálogos entre a medicina oficial e as curas não licenciadas (séc. XVIII). **História Unisinos**, v. 18, n. 1, p. 15-26, 2014, p. 18.

¹⁹ TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República**. 2016. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 73.

²⁰ BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Imperio do Brazil. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 7, 1824.

²¹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1916, artigo 1.807.

²² BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830: Manda executar o Codigo Criminal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830.

²³ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Brasil Império do Brasil**. Maringá: Eduem, 1994, p. 145.

cidadãos em matéria política, o Código Criminal do Império não tratou da matéria de drogas, exceto pela tipificação de seu emprego para produzir aborto, com pena de prisão com trabalho de dois a seis anos, duplicada nas hipóteses de agentes com fácil acesso a tais substâncias:

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.
Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.
Penas - dobradas.²⁴

Desperta curiosidade, por outro lado, a qualificação do estado de embriaguez como circunstância atenuante, desde que não preordenada ou cometida por agente reincidente), sem excluir a hipótese de embriaguez voluntária - ao contrário do que prescreve o Código Penal vigente,²⁵ que isenta ou reduz a pena apenas quando a embriaguez é proveniente de caso fortuito ou força maior e influi na capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento:

Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes:

[...]

9º Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez.
Para que a embriaguez se considere circumstancia attenuante, deverão intervir conjuntamente os seguintes requisitos; 1º que o delinquente não tivesse antes della formado o projecto do crime; 2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime; 3º que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter crimes.

Nota-se aqui que a despeito da preocupação com “substâncias venenosas” referidas nas Ordenações Filipinas, o tema foi ignorado nessa codificação. Em contrapartida, nota-se que previsões relativas à posse de objetos em geral já é

²⁴ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830: Manda executar o Codigo Criminal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830, artigo 200.

²⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: **Diário da Justiça**, 31 dez.1940, artigo 28, inciso II, §1º e §2º.

presente nesse código, relativa a instrumentos para prática de delitos patrimoniais.²⁶

Ainda sob sua vigência, irrompeu o problema de insalubridade das cidades, especialmente do Rio de Janeiro (onde epidemias como a febre amarela e a varíola circulavam ciclicamente),²⁷ motivo pelo qual tomou-se uma série de medidas administrativas para garantir a saúde da população frente às doenças infecciosas.²⁸

Embora tais medidas se referissem à administração de drogas em caráter médico ou curandeiro, configurou-se a primeira forma de controle social em matéria de drogas no Brasil, cujos reflexos na legislação penal não tardariam.

1.3 CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA DE 1890

Infere-se a partir das anteriores legislações que por todo o período colonial do Brasil não havia preocupação – ou não se traduziria preocupação na legislação portuguesa – com o consumo de drogas psicoativas.

A abolição da escravatura,²⁹ seguida da proclamação de República Brasileira³⁰, inaugurou importante fase histórica do país, que destituiu a monarquia constitucional parlamentarista do Império e instaurou a forma republicana presidencialista de governo, finalmente emancipando politicamente o Brasil da influência portuguesa e com a inserção de antigos residentes, mas novos cidadãos, na nação brasileira: aqueles que eram, até então, escravizados.

Em que pese o Código Criminal do Império tenha sido editado pelo argumento da necessidade de instituir no Brasil uma legislação penal própria contraposta às

²⁶ Art. 300 Fabricar gazúa, ou ter, ou trazer consigo de dia, ou de noite gazúa, ou outros instrumentos, ou aparelhos próprios para roubar. (BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830: Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830).

²⁷ Cf. COSTA, Nilson do Rosário. **Lutas Urbanas e controle sanitário**: origens das políticas de saúde no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1985, e CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril**: cortiços e epidemias na corte imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

²⁸ Dentre as quais o regulamento aprovado pelo Decreto nº 828 de 29 de setembro de 1851, que disciplinou a polícia sanitária e a restrição da comercialização de remédios e drogas aos profissionais autorizados, com ampla regulamentação e controle administrativo de tais substâncias. (BRASIL. Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851. Manda executar o regulamento da Junta de Hygiene Publica. **Coleção de Leis do Império do Brasil de 1851**, Rio de Janeiro, 29 set. 1851).

²⁹ BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. **Coleção de Leis do Império do Brasil de 1888**, Rio de Janeiro, 13 mai. 1888.

³⁰ BRASIL. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a Republica Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes. **Coleção de Leis do Brasil de 1889**, Rio de Janeiro, 1889.

barbáries das Ordenações Filipinas, Alvarez *et al*³¹ narram que a permanência de formas arcaicas de punição (tais quais a pena de morte, pena de galés e prisão perpétua, aplicadas sobretudo aos escravizados) culminou na organização das elites republicanas para excluir do corpo legal as tradições romanas, por meio da promoção de novas percepções da ordem social e seus mecanismos de administração, pautadas nas propostas europeias e norte americanas.

Como resultado, editou-se o Código Penal da República.³² A droga passou a ser objeto da tratativa punitiva do controle social exercido penalmente no Brasil nesse momento.

O *códex* incriminava a prática de curandeirismo intermediada por substâncias naturais, com penas de prisão e multa:

Art. 158. Ministrarr, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fôrma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:

Penas - de prisão cellullar por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

Paragropho unico. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas facultades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou apparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade:

Penas - de prisão cellullar por um a seis annos e multa de 200\$ a 500\$000.

Si resultar a morte:

Pena - de prisão cellullar por seis a vinte e quatro annos.³³

A essa disposição legal se pode vincular o texto do artigo que o antecede, que define como delito, com mesma pena e majorante, o exercício de práticas espirituais, mágicas e correlatas:

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

Penas - de prisão cellullar por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

§ 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das facultades psychicas:

³¹ ALVAREZ, Marcos César Alvarez; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 97-130, 2003, p. 99-101.

³² BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890: Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil de 1890**, Rio de Janeiro, 11 out. 1890.

³³ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890: Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil de 1890**, Rio de Janeiro, 1890, Art. 158.

Penas - de prisão celular por um a seis anos e multa de 200\$ a 500\$000.³⁴

Não obstante à ausência de expressa menção das condutas referidas no dispositivo legal à prática instrumentalizada pelo uso de fármacos, a majorante aplicável ao resultado de efeitos temporários ou permanentes nas faculdades físicas é indicativo da associação da prática ritualística com substâncias psicoativas.

Resulta desse dispositivo legal o controle social da nação pela imposição de penas às condutas vinculadas à rituais sagrados ainda que não fosse confirmada que a prática envolvesse o consumo de drogas – isto é, a incriminação era vinculada à repressão às drogas, mas o tipo legal não exigia a apreensão das substâncias para que fosse configurado.

Apesar do projeto do novo código ter sido pensado sob o viés do progresso e afastamento das arbitrariedades da legislação portuguesa e portuguesa-brasileira, há posição doutrinária no sentido de que o Código Penal de 1890 implicou no recrudescimento do controle social.³⁵

Apesar das inúmeras críticas dos dispositivos jurídico-penais clássicos de parte das elites republicanas - que já assimilavam os novos discursos criminológicos e referentes às práticas penais que emergiam em outros contextos sociais e políticos³⁶

³⁴ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890: Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil de 1890**, Rio de Janeiro, 1890, Art. 157.

³⁵ “A ordem legal republicana também revela esse caráter paradoxal da Primeira República. A Constituição republicana, embora inspirada na Constituição dos Estados Unidos, deixou de incluir diversas garantias referentes aos direitos individuais (Levine, 1995:40). E diversas pesquisas têm mostrado o papel das leis penais como instrumento de controle social no período (Neder, 1986; Alves, 1990). Acreditamos, entretanto, que mais importante do que focar o papel da legislação penal enquanto instrumento de repressão e controle social dos movimentos sociais, ou mesmo enquanto instrumento de construção de uma ética do trabalho, é ressaltar que desde sua promulgação o Código Penal de 1890 foi considerado como incapaz de dar conta dos novos desafios colocados pelas transformações sociais e políticas do período republicano. As pesquisas que enfatizam o Código de 1890 enquanto instrumento de construção de uma ideologia burguesa do trabalho, detém-se principalmente nos dispositivos situados no Livro III, acerca das contravenções penais, referentes aos mendigos, ébrios, vadios e capoeiras². Estes artigos mostram, sem dúvida, a intenção da autoridade republicana de inibir a ociosidade e obrigar as classes populares ao trabalho. Mas as funções que o Código deveria desempenhar ultrapassam a simples imposição do trabalho livre, pois se esperava que a nova legislação consolidasse os valores políticos e sociais do novo regime e ainda respondesse às novas necessidades de controle social colocadas pelas transformações da sociedade. Neste sentido, segmentos da elite jurídica rapidamente perceberam que o Código Penal da República era apenas um ponto de partida, ainda excessivamente tímido, frente às urgências colocadas pela construção da nova ordem política e social republicana.” (ALVAREZ, Marcos César Alvarez; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 97-130, 2003, p. 101).

³⁶ ALVAREZ, M. C; SALLA, F. A; SOUZA, L. A. F. A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República. In: **Justiça e História**, v. 3, n. 6. Porto Alegre: 2003, p. 3.

- e o surgimento de expressivo número de propostas de alteração do texto legal,³⁷ o Código Penal de 1890 manteve sua vigência por quase 50 anos.

1.4 DECRETOS DECORRENTES DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DROGAS

Nas décadas que sucederam a edição do controverso Código Penal de 1890, as circunstâncias políticas internacionais no início do século XX inauguraram uma nova faceta do controle social em matéria de drogas: o exponencial aumento do comércio mundial em livre circulação e a popularização do consumo de substâncias psicoativas em caráter recreativo³⁸ eclodiu em preocupações estatais com os efeitos dessa conjuntura.

O mercado do ópio³⁹ veio a transformar essa realidade liberal: a preocupação dos imperadores chineses com a dependência química e efeitos físicos e morais do consumo nos usuários originou os primeiros decretos proibitivos que baniram o seu comércio em território chinês, até então local de disputa para exportações entre as potências europeias.⁴⁰

³⁷ Três anos após a edição do Código, já era proposta sua reformulação na Câmara dos Deputados (BRITO, Lemos. **Succincte Exposition sur l'Evolution Pénale au Brésil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930). A exemplo de tais críticas e propostas, Cf: LEAL, Aurelino A. **Germens do crime**. Bahia: J.L.F.Magalhães, 1896; senador Paulo Egídio (**ASSP**, 1893: p. 552; **ASSP**, 1902: p. 155; **ASSP**, 1902: p. 224; **ASSP**, 1902: p. 230; **ASSP**, 1905: p. 511), MACHADO, Alcântara. Discurso proferido na sessão de instalação. In: **Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia**, v. I, fasc. 1, p.13-17, fev. 1922; RODRIGUES, Armando. Discurso pronunciado na sessão de instalação da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia. **Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia**, fasc.1, v.I, 1922, p.27-30, fev. 1922. Ainda, o projeto de Virgílio de Sá Pereira, revisto por Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira, foi objeto de discussões que resultaram na Primeira Conferência Brasileira de Criminologia, realizada em junho de 1936, no Rio de Janeiro, pela Sociedade Brasileira de Criminologia (ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito penal brasileiro: segundo volume – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 49).

³⁸VIEIRA, João. **O homem e as drogas: o penoso caminho do retrocesso**. Vol. 1. São Paulo: Letras & Letras, 1996, p. 91.

³⁹ Sobre o ópio, “Essa é a substancia que tem sido mais celebre na história da medicina, não só pela antiguidade de seu emprego, como pelas suas altas virtudes. A dor mais atroz, acalma-se como por encanto; concilia o sono que abandonava as pálpebras, mitigam nossos males, mesmo os mais incuráveis, tudo isto são os benéficos efeitos causados pelo uso bem entendido do ópio [...] Milhares de doenças admitem o ópio no seu tratamento. e este medicamento é sem comparação o mais heroico entre todos àqueles que empregam a terapêutica.” (CHAVES, Luiz Antonio. **O opio, de sua acção sobre a economia animal, e dos casos que reclamão seo uso, precedida de considerações geraes sobre o systema nervoso**. Tese. Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, 1839, p.16-17).

⁴⁰ RODRIGUES, Tiago. **Política e Drogas nas Américas**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2004. Merece ainda destaque que diante relevância econômica da mercadoria de exportação, a Inglaterra desafiou a China Imperial com o objetivo de manter o comércio do produto – desencadeando as Guerras do Ópio nas décadas de 1840 e 1850. Sobre as guerras do ópio, cf: AHMAD, Diana. **The Opium Debate**

Os interesses comerciais estadunidenses sobre a China se manifestaram pela adoção de estratégia de aproximação para ajudá-la em sua batalha contra o ópio.⁴¹ Nas décadas seguintes, percebeu-se o consumo de drogas como um problema que não só afetava o Oriente, mas também o resto do mundo, diante do surgimento da morfina, da heroína e de outros derivados.⁴² Os interesses comerciais dos EUA e o discurso médico dos riscos do consumo e efeitos da dependência na sociedade os fatores determinantes à pressão internacional de sua campanha antidrogas. A partir de então, deu-se início à agenda sobre o controle de drogas no mundo através das convenções e protocolos internacionais, inaugurando-se a nova política de drogas mundial.

Nesse sentido, se propôs a organização de conferências internacionais para o combate ao ópio, aqui dando início à agenda sobre o controle de drogas no mundo: A primeira conferência, dada em Xangai, em 1909, se ateve à ideia da legitimação do consumo de psicoativos pelo critério médico – isto é, as drogas não seriam combatidas, mas controladas pela autoridade sanitária, estabelecendo-se como alvo os países produtores -, mas não resultou na formalização de qualquer compromisso.⁴³ Ainda assim, pode ser apontada como a origem de “um esboço de um sistema de cooperação internacional em assuntos de droga, que inspirou a primeira convenção sobre ópio de 1912, e inaugurou a prática de encontros diplomáticos para a discussão do tema do controle de drogas psicoativas”.⁴⁴

A convocação de uma segunda reunião em 1911 teve o escopo de transformar as discussões anteriores em um tratado internacional, concretizada pela Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada em Haia em 23 de janeiro de 1912.⁴⁵ O documento teve grande impacto na regulamentação de narcóticos, estabelecendo necessidade de cooperação internacional para determinar a limitação da produção e

and Chinese Exclusion Laws in the Nineteenth-Century American West. University of Nevada Press, 2007.

⁴¹ SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais:** uma perspectiva brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 73.

⁴² SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais:** uma perspectiva brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 74.

⁴³ SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais:** uma perspectiva brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 78.

⁴⁴ BOITEUX, L. Breve histórico do controle internacional de drogas. In.: BOITEUX, L.; *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição:** um estudo jurídico social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Rio de Janeiro/Brasília: Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade de Brasília, 2009, p. 25

⁴⁵ **International Opium Convention.** Haia: Government of the Netherlands, 23 jan. 1912.

venda de ópio e opiáceos,⁴⁶ bem como o controle do consumo de ópio, morfina, cocaína e heroína para uso lúdico, mas permitindo o uso médico.⁴⁷ Argumenta Rodrigues⁴⁸ que a convenção representa a consolidação da postura repressora e conservadora estadunidense em âmbito mundial, em especial com a ampliação do rol de substâncias proibidas e pela instrumentalização da política internacional de drogas como estratégia para justificar a alteração das legislações nacionais.

O Brasil aderiu ao compromisso internacional, sancionando-se o Decreto nº 2.861/1914,⁴⁹ que aprovou medidas para impedir abusos das drogas abrangidas pela Convenção, o Decreto 11.481, de 10 de fevereiro de 1915,⁵⁰ que determinou a execução e cumprimento da íntegra da Convenção e seu respectivo protocolo de encerramento. Foi em 1921, com o sancionamento do Decreto nº 4.294,⁵¹ que atos mercantis relacionados às substâncias previstas na Convenção passaram a ser punidos com pena de prisão:

Art. 1º Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorizaçãõ e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

Pena: multa de 500\$ a 1:000\$000.

Paragrapho unico. Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaina e seus derivados:

Pena: prisãõ cellular por um a quatro annos.

A embriaguez, por si só, passou a ser objeto de pena de multa na hipótese de escândalo e internação caso a habitualidade se tornasse nociva a si ou a ordem pública, embora tais medidas não detivessem caráter criminal:

⁴⁶ **International Opium Convention**. Haia: Government of the Netherlands, 23 jan. 1912, artigo 1º.

⁴⁷ **International Opium Convention**. Haia: Government of the Netherlands, 23 jan. 1912, capítulo III (*caput*) e artigo 9º.

⁴⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p. 50-51.

⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 2.861 de 08 de julho de 1914. Aprova as medidas tendentes a impedir os abusos do opio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaina constantes das resolucoes aprovadas pela Conferencia Internacional do Opio, realizada, em 10/12/1911, em Haia. **Coleção de Leis do Brasil de 1914**, Rio de Janeiro, 08 jul. 1914.

⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro de 1915. A Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocollo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 10 fev. 1915.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 4.294 de 6 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaina, opio, morphina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmãs de processo e julgamento e manda abrir os creditos necessarios. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 6 jul. 1921.

Art. 2º Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez que cause escandalo, desordem ou ponha em risco a segurança propria ou alheia:
Pena: multa de 20\$ a 200\$. O dobro em cada reincidencia.

Art. 3º Embriagar-se por habito, de tal modo que por actos inequivocos se torne nocivo ou perigoso a Si proprio, a outrem, ou á ordem publica:
Pena: internação por tres mezes a um anno em estabelecimento correccional adequado.

Em cumprimento às solicitações do Comitê Central Permanente do Ópio da Liga das Nações,⁵² editou-se o Decreto 20.930/1932⁵³ modificado pelo Decreto 24.505/1934,⁵⁴ que aumentou o rol de substâncias tóxicas entorpecentes⁵⁵ e impôs novas regras quanto ao emprego, comércio e importação das substâncias no país. A norma também aumentou o rol de tipos penais relativos às drogas, dentre os quais se destacam:

Art. 25. Induzir ou instigar, por actos ou por palavras o uso de qualquer das substancias entorpecentes ou, sem as formalidades prescriptas neste decreto, vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar ou propor-se a proporcionar as substancias comprehendidas pelo art. 1º, e seu paragrapho.

Penas: de um a cinco annos de prisão cellula e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.
§ 1º Se o infractor exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infração ou que tenha facilitado, penas, além das supra indicadas, suspensão do exercicio da arte, ou profissão, por seis mezes a dois annos.

§ 2º. Sendo pharmaceutico o infractor, penas: de dois a cinco annos de prisão cellula, multa de 2:000\$ a 6:000\$, além de suspensão do exercicio da profissão por tres a sete annos.

§ 3º. Sendo medico ou cirurgião-dentista o infractor, penas de tres a 10 annos de prisão cellula, multa de 3:000\$ a 10:000\$, além de suspensão do exercicio da profissão por quatro a 11 annos.

Art. 26. Quem for encontrado tendo comsigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia comprehendida no art. 1º, em dose superior á therapeutica determinada pelo Departamento Nacional de Saude Publica, e sem expressa prescripção medica ou de cirurgião-dentista ou quem possua em seu estabelecimento, fóra das prescripções legaes, qualquer das referidas substancias entorpecentes, penas: tres a nove mezes de prisão cellula, e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Paragrapho unico. Em circumstancias especiaes, mediante declaração do

⁵² O Comitê (*Permanent Central Opium Board*) foi criado pela Segunda Convenção Internacional sobre o Ópio (**International Opium Convention**. Genebra: Secretariado da Liga das Nações, 19 fev. 1925), internalizada no Brasil em 1933 (BRASIL. Decreto nº 22.950, de 18 de julho de 1933. Promulga a Convenção Internacional do Opio, firmada em Genebra, a 19 de fevereiro de 1925. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1933).

⁵³ BRASIL. Lei nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1932.

⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 24.505, de 29 de junho de 1934. Modifica as arts. 1º, 3º, 5º, 14, 22, 25, 26 e 58, do decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1934.

⁵⁵ Incluindo-se a morfina, heroína, benzoilmorfina, dilandide, dicodide, ecgonina e a cannabis indica.

medico regularmente inscripto no Departamento Nacional de Saude Publica, poderá, ser excedida a dose therapeutica acima determinada, devendo em taes casos ser apresentada pelo proprio medico, á autoridade sanitaria, a justificação do emprego do entorpecente. (Alterada pelo Decreto nº 24.505, de 29 de Junho de 1934)

Art. 27. Aproveitar-se ou consentir que outrem se aproveite, por qualquer motivo ou para qualquer fim, de estabelecimento, edificio, ou local, de que tenha propriedade, direção, guarda ou administração, para facultar aí a alguém o uso ou guarda de qualquer substância entorpecente, sem as formalidades deste decreto: (Alterada pelo Decreto nº 24.505, de 29 de Junho de 1934)

Penas: as do art. 26, com aumento da terça parte

Parágrafo único. O estabelecimento em que ocorra algum dos fatos previstos no dispositivo supra será fechado definitivamente ou pelo prazo mínimo de um ano.

Nota-se que, pela primeira vez na legislação brasileira, é incluída a tipificação da posse⁵⁶, cujos verbos qualificantes da conduta são coincidentes ou semelhantes com a legislação atualmente vigente.

Com o avanço de edições de convenções internacionais com missão repressiva em termos de drogas, muito embora não se configurasse a problemática em território nacional, o Brasil aderiu aos termos da política internacional.⁵⁷ Como

⁵⁶ Com a Consolidação das Leis Penais, para além da criminalização da posse de substâncias entorpecentes, também foi tipificada a posse de moeda falsa e instrumentos para fabricá-las (BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1932, artigos 159, §1º, artigo 242, alínea d, e artigo 250, parágrafo único).

⁵⁷ Notadamente, o compromisso constitucional de de criação de leis para “incentivar a luta contra os venenos sociais” (BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1934, Art. 138, alínea g); a instituição da Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes. (BRASIL. Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1936). Sobre a importância da constituição da Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes na criminalização das drogas no Brasil, detalha Carvalho:

“Pautado na solidariedade internacional em matéria de drogas, o decreto visou instrumentalizar e sofisticar a fiscalização promovida pela Administração Pública e a repressão movida pela Lei, a fim de facilitar a colaboração do governo brasileiro com os órgãos técnicos internacionais da Liga das Nações. Subordinado ao Ministério das Relações Exteriores, a comissão foi incumbida de estudar e criar normas para a fiscalização do cultivo, fabricação, transformação, preparo, posse, importação, reexportação, oferta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do tráfico e uso ilícitos de drogas entorpecentes, bem como a elaboração de um anteprojeto de consolidação das leis em vigor sobre entorpecentes para submissão ao Poder Legislativo, de forma a consolidar as normas dispersas a respeito. A criação da CNFE estava imbricada a um processo de sofisticação da política mundial proibicionista. Esta visava a inovar nos instrumentos de controle e fiscalização do consumo mundial de psicoativos. (...) A constituição da CNFE representou a estruturação e organização dos dispositivos de gestão internacionais em solo nacional, um avanço em direção a um projeto de políticas públicas sobre drogas, que se seguiu nas sucessivas intervenções na economia dos usos e consumos de determinadas substâncias, reprimindo o comércio ilegal, normalizando e estabelecendo a legalidade e a ilegalidade de tais usos e consumos. Ancorado na racionalidade do estatuto médico-jurídico, a CNFE construiu um ordenamento que constituía sujeitos criminalizados fixando e sistematizando os limites entre a mania e a doença. A importância que esta instituição de caráter governamental tem no estudo da história da criminalização das drogas no Brasil é significativa, seja pelo seu status

anota Nilo Batista, “o modelo [político criminal] seria reformado de forma para dentro”.⁵⁸

A Lei de Fiscalização de Entorpecentes⁵⁹ aumentou mais uma vez o rol de substâncias ilícitas, determinando-se a destruição das plantas nativas e cultivadas no território brasileiro. A lógica hermenêutica da norma é asseverada pela imposição da medida de internação obrigatória quando “conveniente à ordem pública”, considerada a toxicomania ou intoxicação habitual por substâncias entorpecentes como doença de notificação compulsória à autoridade sanitária local:

Artigo 29

Os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.

§ 1º A internação obrigatória se dará, nos casos de toxicomania por entorpecentes ou nos outros casos, quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo, ou for conveniente à ordem pública. Essa internação se verificará mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, só se tornando efetiva após decisão judicial.

Apesar da compreensão da toxicomania como doença – determinando-se a internação em “hospital oficial para psicopatas” e sua interdição civil -, não deixou a norma de criminalizar as condutas atinentes às drogas, agora incluindo também o consumo como conduta típica:

Artigo 33

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

Artigo 35

Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, sem expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena.:

normalizador, seja pela incumbência de gestão e governança da sociedade no que dizia respeito às drogas”. (CARVALHO, Jonatas Carlos de. A emergência da política mundial de drogas no Brasil: O Brasil e as primeiras conferências internacionais do ópio. **Oficina do Historiador**, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 7, n. 1, jan./jun. 2014, p. 170-172).

⁵⁸ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de Sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, outubro-dezembro de 1997, p. 80.

⁵⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1938.

um a quatro anos de prisão celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.

A edição deste decreto consolida a política criminal proibicionista de drogas no Brasil, configurando avanço no modelo repressivo não apenas das tendências das convenções internacionais, mas sobretudo pela influência e pressão dos Estados Unidos da América nos países em que tinha interesse comercial e político.⁶⁰ A partir de tais considerações, vislumbra-se a legitimação da repressão de certas substâncias entorpecentes em autorreferência ao seu próprio texto legal, não por suas qualidades farmacológicas, mas porque se sustenta o potencial ameaçador socio ético.⁶¹

1.5 CÓDIGO PENAL DE 1940

Em 1940, sobreveio o decreto do novo Código Penal,⁶² que viria a revogar a parte penal do Decreto-lei nº 891/1938. Agora se criminalizava diversas condutas relativas ao tráfico e ao consumo – dentre as quais as atinentes à posse⁶³ -, quando sem autorização legal ou regulamentar. Independentemente do verbo atribuído à conduta, a pena era de reclusão de um a cinco anos, além de multa:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem

⁶⁰ Sobre o tema, cf. BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **Presença dos Estados Unidos no Brasil**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2007.

⁶¹ SCHEERER, Sebastian. The Popularity of the Poppy, Selective Politization and Criminalization of Opium Use in XIX Century USA. **Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social**, Barcelona, 9-12 de setembro, 1977.

⁶² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1940. Em 4 de novembro de 1964, a Lei 4.451/1964 introduziu modificação no art. 281 do Código Penal, acrescentando ao tipo a ação de plantar.

⁶³ Nesse momento, para além da incriminação da mera posse de drogas, alargou-se essa técnica de tipificação para diversos outros âmbitos, a exemplo da receptação qualificada, no artigo 180, §1º, [(...) transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, (...) coisa que deve saber ser produto de crime], e receptação de animal, no artigo 180-A, [(...) transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, (...) semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime], violação de direitos autorais [(...) oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma (...)], falsa indicação de procedência de produto [(...) armazena mercadoria com falsa indicação de procedência], exposição ou comercialização de objeto obsceno [ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno], relatos a explosivos ou gás tóxico, [(...)possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação], delito de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, do artigo 270, §1º, [(...) tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada], entre outros. (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1940).

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

O tipo penal em questão foi incluso na categoria de Crimes contra a Saúde Pública, o que reforça o discurso sanitarista de que o uso de entorpecentes somente seria lícito quando utilizado para fins exclusivamente médicos, de forma que a fiscalização sobre o comércio seria intensificada para coibir o mercado ilícito.

De acordo com Salo de Carvalho,⁶⁴ o novo código começou a tratar do modelo “proibicionista sistematizado”, com a finalidade de diminuir o comércio e o uso de drogas. Não obstante, até então o Brasil estaria incólume, em grande medida, ao problema das drogas na primeira metade do século XX.⁶⁵

No contexto internacional, formalizou-se o Sistema Internacional de Controle de Drogas com a Convenção Única sobre Entorpecentes,⁶⁶ movimento regidos pela influência dos EUA e suas estratégias para lidar com seus problemas de drogas interno, agravados pela expansão de consumo de maconha e epidemia de heroína, nos anos 1960.⁶⁷

Sob essa ordem, incorporou-se no Brasil a campanha antidrogas estadunidense, mediante a promulgação de novas normas ratificando as novas convenções da ONU.⁶⁸ A alteração legislativa da norma penal se deu pelo Decreto-lei 385/1968,⁶⁹ que alterou a redação do art. 281 do Código Penal, passando a vigorar a seguinte redação:

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁶⁵ SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 91.

⁶⁶ A proposta foi sistematizar as medidas de controle internacional, com o objetivo de assegurar a disponibilidade de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas para uso médico e científico, e prevenir sua distribuição por meios ilícitos. diretrizes de fiscalização internacional das substâncias narcóticas (**Single Convention on Narcotic Drugs**. Nova Iorque: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 30 mar. 1961), internalizada no Brasil em 1964 (BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1964).

⁶⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 33-42.

⁶⁸ BRASIL. Portaria nº 22, de 8 de maio de 1967. Adota as listas de entorpecentes da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. Brasília: **Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF)**, 1967; BRASIL. Decreto-lei 159, de 10 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1967; BRASIL. Decreto-lei nº 753, de 11 de agosto de 1969. Dispõe sobre a fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, distribuição de amostras desses produtos e dá outras providências, Brasília: **Diário Oficial da União**, 1967.

⁶⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1968.

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vêzes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Apesar da inclusão dos tipos penais para segmentar diferentes núcleos de conduta nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 281 do Código Penal, não resulta inovação em relação aos traficantes e usuários, que respondem pela mesma pena, cabendo ao julgador tão somente adequá-la entre os patamares mínimo e máximo.

A partir da análise destes tipos penais se observa que a internalização das diretrizes internacionais na legislação brasileira ainda não detinha racionalidade que pudesse justificar a imputação penal por completo.

Sobre o fenômeno em caráter internacional a partir da década de 1950, contribui para a análise dos discursos da política criminal de drogas o estudo de Carlos González Zorrilla,⁷⁰ que elenca as concepções sociais sob as drogas a partir do entendimento de que a percepção social está assentada em concepções estereotipadas carentes de objetividade. Sugere o autor que os discursos envolvidos na união pública são relacionados à criação de estereótipos, sendo eles o discurso médico, cultural e moral e político-criminoso.

A década de 1960 é marcada por expressivo aumento do consumo de drogas pela juventude de classes média e alta estadunidense, em meio ao contexto político da rebeldia juvenil, contracultura, buscas místicas, protestos políticos, rebeliões

⁷⁰ ZORRILLA, Carlos González. **Drogas y control social**. Poder y control. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1987. A partir desse ensaio, Rosa del Olmo trabalha a questão das drogas e transcende os fundamentos moralistas impostos pelos Estados Unidos em sua guerra às drogas, dissecando os discursos de cada época e os estereótipos criados por cada discurso, o que faz através de uma análise político-geográfica e geopolítica que permite a ótica das indústrias da cocaína e da maconha enquanto sistemas de acumulação de capital, cujo cunho da ilegalidade tem causas mercantis e políticas. Cf. OLMO, Rosa del. **La sociopolítica de las drogas**. Caracas: Universidad de Venezuela, 1975; e OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

negras, pacifistas, Revolução Cubana, guerrilheiros na América Latina, aliança para progresso e da guerra do Vietnã, com o estouro da droga pela expansão da indústria farmacêutica nos países desenvolvidos, surgimento de drogas psicodélicas, aumento do consumo de maconha e inclusão do público de jovens de classe média e alta nos Estados Unidos da América, resultando em expressivo aumento do consumo de drogas, um transtorno para o *american way of life*.⁷¹ O fenômeno do aumento exponencial do consumo de drogas nesse período é vinculado ao contexto político, também na visão de Jerald Cloyd.⁷²

Uma vez que os consumidores agora eram jovens o discurso em matéria de drogas teve que ser transmutado, já que não mais caberia imputar a esse público o caráter moral. Partindo dessa premissa, Rosa del Olmo⁷³ aduz que esse período é decisivo para a difusão do modelo médico-sanitário da política de drogas internacional de consideração da droga como sinônimo de dependência. Mas esse discurso não era centrado exclusivamente no reconhecimento da drogadição enquanto doença – o que fundamentaria o afastamento da característica criminosa –, e sim na distinção do usuário (doente) e do comerciante (criminoso).⁷⁴ O estereótipo do consumidor de drogas também é alterado: se antes pautado no discurso médico para ser marcado pelo estigma da dependência, agora deixa de ser considerado doente e passa a ser cliente e consumidor de substâncias ilícitas.⁷⁵

Mas as consequências criminais da adoção da política criminal internacional de drogas pautada na qualificação de usuários como doentes – que, na América do Norte e na Europa, visavam distinguir penalmente o consumidor do traficante – foram diferentes na América Latina, resultando na imputação penal também aos

⁷¹ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 33.

⁷² CLOYD, JERALD W., **Drogas y control de información**. Buenos Aires: Ediciones Três Tiempos, 1985, p. 198.

⁷³ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 55.

⁷⁴ Como sintetiza Nilo Batista, “O modelo médico-sanitário estabeleceria uma distinção nítida entre o jovem negro e favelado que vende a droga (criminoso) e o jovem branco e bem situado que a adquire (doente): para o primeiro, cadeia, para o segundo, tratamento. Rosa sugere que nos países centrais, com recursos disponíveis, o tratamento era uma proposta exequível, enquanto nos países periféricos, com seu conhecido déficit nos programas de saúde, buscava-se resolver o impasse pela chave da inimizabilidade, que permitia, dentro da burocracia processual, nem punir nem tratar.” (OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 10).

⁷⁵ FREE, Gary Ia; PERLMAN, Bruce J. La evolución de las gestiones realizadas por USA para controlar el narcotráfico a nivel internacional y sus repercusiones en Latinoamérica: Investigación preliminar. In: **Seminário sobre la Criminología en Latinoamérica**, CENIPEC, ULA, Mérida, nov. 1985, p. 11.

consumidores, considerados sujeitos sem capacidade de escolha que mereceriam a sujeição a um controle mais forte.⁷⁶

1.6 LEI DE TÓXICOS DE 1976

Diante de novas epidemias de abuso de drogas no território estadunidense entre as décadas de 1960 e 1970, sobretudo aquelas advindas de outros países, o discurso teve que ser adaptado: o fenômeno tinha que ser visto como um 'vírus contagioso', uma praga disseminada por países narcotraficantes aos países vítimas.⁷⁷ A partir da utilidade de ambos os discursos para o controle social, surge o discurso médico-jurídico, pautado na ideologia da diferenciação de tratamento entre consumidor e traficante.⁷⁸

Em 1971, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena⁷⁹ reforçou o conteúdo do protocolo anterior, de maneira a suprir possíveis carências da convenção única e para atingir a diversificação de novas drogas, sobretudo as sintéticas. Essa convenção também incluiu medidas gerais sobre o tráfico e o abuso de drogas, autorizando os Estados a adotarem medidas menos repressivas com relação aos usuários, especialmente a substituição do encarceramento,⁸⁰ bem como admitiu a exceção à regra da proibição mitigada pela autorização legal, na medida em que autorizou aos Estados formular reservas da regra da proibição a grupos com uso mágico ou religioso.⁸¹

⁷⁶ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 37-38.

⁷⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 70.

⁷⁸ Cf. BASAGLIA, Franco; BASAGLIA ONGARO, Franca. **La maioria marginada**. Barcelona: Editorial Laia, 1973.

⁷⁹ **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**. Viena: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 21 fev. 1971. Internalizada no Brasil em 1977 (BRASIL. Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1977).

⁸⁰ **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**. Viena: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 21 fev. 1971, artigo 22, parágrafo primeiro, alínea b.

⁸¹ **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**. Viena: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 21 fev. 1971, artigo 32, parágrafo quinto. Sobre a antinomia entre o princípio da preservação da saúde pública, da liberdade religiosa e preservação da memória cultural e identidade nacional, Amaury Silva destaca: Justifica-se a exceção quanto ao controle na utilização das plantas que contêm entorpecentes, porquanto o critério que se indica a tutela à saúde pública leva em consideração a afetação de um número indeterminado de pessoas, enquanto o excepcional tratamento conferido pela lei tem como objeto um "grupo pequeno", em cujo seio se ache instaurada a tradição e convicção religiosa de contato com o entorpecente, resultando na ausência de efeitos

O caráter de pânico com o tema e o tom alarmante utilizado pelos EUA⁸² foi suficiente para que os Estados da América Latina incorporassem o discurso jurídico. No Brasil, a nova política de drogas adotada pelo país foi principiada por meio da Lei nº 5.726/1971,⁸³ que dispôs sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, modificou parte da redação do artigo 281 do Código Penal de 1940 e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos até então. Para Luciana Boiteux Rodrigues,⁸⁴ a promulgação da convenção no Brasil completou seu arcabouço jurídico e determinou sua inserção total no modelo internacional de controle de drogas.

Em consonância com o cenário internacional dado pela guerra contra as drogas, a Lei reputou como ilícita toda substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, atribuindo a todas as pessoas físicas e jurídicas o dever de colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido. Aos estabelecimentos de ensino imputou-se o dever de promover conferências sobre os malefícios causados pelas drogas, de frequência obrigatória aos seus alunos, bem como o dever de adoção de todas as medidas que forem necessárias à prevenção do tráfico e uso no âmbito escolar.

Quanto à tipificação penal, manteve as alterações promovidas pelo Decreto-lei nº 941/1964 ao Código Penal de 1940, incluindo-se apenas aos tipos penais derivados do artigo 281 a aquisição de substâncias ilícitas, atribuindo-se também as mesmas penas previstas no *caput*:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo

deletérios com a vastidão necessária para se exigir a proteção à saúde pública (SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno. 2012, p. 71).

⁸² O país enviou missão especial de estudos à América Latina e convocou reuniões, com destaque à Conferência Sul-Americana Plenipotenciária sobre Estupefacientes e Psicotrópicos em 1973, que resultou no Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos (ASEP), para implantar discurso médico-jurídico por meio de comissões técnicas de educação preventiva, tratamento e reabilitação, fiscalização de drogas ilícitas e repressão ao tráfico ilícito

⁸³ BRASIL. Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1971.

⁸⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p. 151

substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

MATÉRIAS-PRIMAS OU PLANTAS DESTINADAS À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTES OU DE SUBSTÂNCIAS QUE DETERMINEM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

CULTIVO DE PLANTAS DESTINADAS À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTES OU DE SUBSTÂNCIAS QUE DETERMINEM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

AQUISIÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA.

IV - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Para Salo de Carvalho, a mudança trata da conduta do usuário como dependente e a do traficante delinquente.⁸⁵

Na sequência, nota-se que o tratamento à dependência química foi conservado na nova legislação mediante a sujeição do *viciado* processado criminalmente às medidas de recuperação previstas em lei, determinando-se a sua absolvição e internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico quando sem capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento na prática das modalidades delitivas, bem como a atenuação da pena ou substituição pela internação quando o vício não suprimisse, mas diminuísse consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação do agente:

Art 9º Os viciados em substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, que praticarem os crimes previstos no art. 281 e seus §§ do Código Penal, ficarão sujeitos às medidas de recuperação estabelecidas por esta lei.

Art 10. Quando o Juiz absolver o agente, reconhecendo que, em razão do vício, não possui êste a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de

⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19.

determinar-se de acôrdo com esse entendimento, ordenará sua internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação.

Art 11. Se o vício não suprimir, mas diminuir consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação do agente, a pena poderá ser atenuada, ou substituída por internação em estabelecimento hospitalar, pelo tempo necessário à sua recuperação.

§ 1º Se, cumprindo pena, o condenado semi-imputável vier a recuperar-se do vício por tratamento médico, o Juiz poderá, a qualquer tempo, declarar extinta a punibilidade.

§ 2º Se o agente fôr maior de 18 (dezoito) e menor de 21 (vinte e um) anos, será obrigatória a substituição da pena por internação em estabelecimento hospitalar.

Em cooperação com os movimentos internacionais para tratar do "Problema Mundial das Drogas", edita-se a Lei nº 6.368/1976,⁸⁶ que cria o Sistema Nacional Antidrogas e, na parte penal, reproduz-se a maior parte dos dispositivos relativos às medidas de prevenção do tráfico e uso das drogas ilícitas, mas com alteração substancial das medidas repressivas. A doutrina, à época, considerou a lei um sucesso, pois foi o marco do início concreto das atividades de repressão e prevenção ao tráfico e o uso de substâncias entorpecentes.⁸⁷

Aos qualificados como dependentes, manteve-se a sujeição às medidas de tratamento hospitalar, inclusive em caráter obrigatório, “quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem”. Mas diferentemente do tratamento dado na Lei anterior (absolvição ou redução de pena), agora determinou-se a condenação com isenção de pena a esses sujeitos, nas seguintes condições:

Art. 19. É isento de pena o agente que em razão da dependência, ou sob o de feito de substância, entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuíto ou força maior era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sem embargo, a mais expressiva alteração da Lei nº 6.368/1976 se deu pela atribuição de tipos penais e penas díspares para as categorias de traficante e usuário

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1976.

⁸⁷ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova Lei sobre drogas**: Lei no. 11.343/2006 comentada. Campinas: Russell Editores, 2006, p. 26.

– ainda que a segunda categoria já fosse distinta da primeira na Lei anterior, constituindo tipo penal derivado da primeira, com a mesma pena -, assim dando autonomia típica ao injusto particularizado pela atividade em consumo próprio:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

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.

Vejamos que os artigos 12 e 13 da Lei se destinavam à imputação de tipos penais relacionados ao tráfico, contendo 18 núcleos do tipo, com penas de reclusão, respectivamente, de três a quinze anos e três a dez anos. Evidencia-se, a partir da larga margem entre penas mínimas e máximas, a intenção legislativa de adequação da pena à dimensão da traficância praticada pelo agente, introduzindo-se à legislação penal brasileira as figuras dos pequeno e grande traficantes, ainda que assim não nomeados.

Destinada à repressão dos usuários de drogas, a disposição contida no artigo 16 imputou como modalidade delitiva adquirir, guardar e trazer consigo as mesmas substâncias, com penalização de detenção de seis meses a dois anos, quando amparadas pela intenção de consumo próprio pelo agente.

Apesar da autonomia delitiva do injusto do artigo 16 – justificada pelo exposto desnível de resultados de cada um dos tipos, reconhecida pelo legislador no dimensionamento das penas –, a valoração político-criminal desse tipo manteve hígida a mesma legitimação da imputação penal dada ao injusto de tráfico, fundamentada na saúde pública enquanto bem-jurídico protegido e a coletividade como sujeito passivo. Como resultado,

A criminalização apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contra motivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos, favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção.⁸⁸

Parte da doutrina contemporânea à edição da Lei nº 6.368/1976 revelava não apenas sua preocupação com a traficância, mas a manifesta repulsa aos usuários de drogas na sociedade. Ao ver de Périas,⁸⁹ a objetividade jurídica dos artigos 12 e 13 se sustentaria nos “nefastos males causados pela utilização de drogas diretamente as quem dela faz uso, como coloca em risco a integridade social”, visando-se a disseminação do uso do tóxico e equiparando a mesma lógica ao artigo 16.

Embora a tese da justificativa de controle do ciclo da droga pela criminalização das atividades praticadas pelo usuário de drogas não seja irrazoável por completo (dado o inevitável vínculo da traficância com o consumo de drogas), não se pode ignorar os fundamentos moralistas disseminados por parte da doutrina. A exemplo, menos comedida é a posição de Sznick⁹⁰, que avalia a tipificação autônoma do delito relacionado ao usuário por insípido trocadilho: “Levou-se em conta agora que aquele que consome a droga (e mesmo o viciado) é mais digno de pena do que ser punido”.

⁸⁸ CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 156-157.

⁸⁹ PÉRIAS, Gilberto Rentz. **Leis Antitóxicos Nº 6.368/76 e Nº 10.409/02**: Comentários, Legislação, Jurisprudência e Prática. 4. ed. Santa Cruz da Conceição : Vale do Mogi, 2005, p. 182-192.

⁹⁰ SZNICK, Valdir. **Lei anti-tóxico comentada**: Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02, p. 113-118.

Defende também que a droga seria um instrumento para encorajar o usuário a praticar “crimes mais violentos” e, ainda, ironiza a posição adotada por Luis Greco⁹¹ acerca da violação a direitos fundamentais promovida pelo tipo penal insculpido no artigo 16 da Lei nº 6.368/76 ao afirmar que “são argumentos que partem de mais um sociólogo do que de um penalista, preocupado com a defesa da sociedade”

Dentre as teses debatidas nos tribunais sobre o novo tipo penal, destacaram-se a (in)aplicabilidade da aplicação do princípio da insignificância,⁹² a (im)possibilidade de substituição das penas do artigo 16 por prestação pecuniária⁹³ e as questões atinentes à quantidade de droga apreendida para fins da imputação no tipo penal mais ou menos gravoso.⁹⁴

⁹¹ Cf. GRECO, Luis. Tipos de autor e Lei de tóxicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 43, p.226-238, abr./jun. 2003.

⁹² Embora reconheça a existência de alguma divergência quanto à incidência do princípio da insignificância no caso uso de substâncias entorpecentes (artigo 16 da Lei n.º 6.368/1976), Rogério Greco leciona que a posição majoritária da jurisprudência era no sentido de não se permitir o seu raciocínio quando se tratasse da infração penal tipificada no artigo 12 do referido diploma legal. (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 69). Sem embargo, posição minoritária da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, merece atenção: “Ora, sem prova de tráfico, estou em que a Justiça Penal não pode se preocupar com fatos sem relevância no mundo da proteção da sociedade, devendo-se pautar, outrossim, por um entendimento dirigido a se examinar se o bem jurídico tutelado é relevante. Sem embargos, o crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão no bem jurídico tutelado que, por sua vez, sofre dano ou perigo. Sem esse evento, o comportamento é penalmente irrelevante. No caso dos entorpecentes, a conduta é criminalizada porque repercute na saúde do usuário ou no interesse público, no tráfico. Em sendo ínfima a quantidade encontrada é, por si só, insuficiente para afetar o bem jurídico. Na espécie, uma quantidade de 1,30g encontrado em poder de dois rapazes sem antecedentes criminais não pode servir de causa para a atuação de toda a Justiça Penal em busca de uma punição por um crime considerado hediondo. Considero, assim, a conduta sem repercussão criminal, enquadrando-se a hipótese, com absoluta precisão, no princípio da insignificância. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 8.707/RJ**. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça: Brasília, DF, 5 mar. 2001) No mesmo sentido, acórdão que considerou irrelevante a conduta de posse de um único frasco de lança perfume no período carnavalesco (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 10.971/MS**. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça: Brasília, DF, 17 abr. 2000).

⁹³ O Supremo Tribunal Federal pacificou a jurisprudência no sentido de que “o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela de multa não é cabível quando há cominação cumulativa da pena de privativa de liberdade com a pena de multa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 70.445-0/RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça: Brasília, DF, 25 fev. 1994). O mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, pautado no viés de que a cumulação de pena privativa de liberdade com sanção pecuniária prevista ao artigo 16 sinaliza que a Lei quis apenar com rigor o usuário de drogas; ainda, firmou a impossibilidade da substituição das penas do artigo 16 por pena pecuniária, por se tratar a Lei de Tóxicos de legislação especial e, ainda, sob o aspecto da cominação cumulativa de espécies de penas (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial nº 32.161/SP**. Relator: Ministro Cid Flaquer Scartezini. Diário da Justiça: Brasília, DF, 31 maio 1993; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial nº 49.715/SP**. Relator: Ministro Jesus Costa Lima/ Ministro José Dantas. Diário da Justiça: Brasília, DF, 6 fev. 1995; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 45.211/SP**. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça: Brasília, DF, 5 jun. 1995).

⁹⁴ “A pequena quantidade de droga apreendida não descaracteriza o delito de tráfico de entorpecentes, se existentes outros elementos capazes de orientar a convicção do Julgador, no sentido da ocorrência

No contexto internacional, a história da luta contra as drogas encontra um novo inimigo na década de 1980: nos EUA, o consumo da cocaína repentinamente supera ao da heroína – fenômeno associado ao estereótipo dos usuários da droga enquanto pessoas de prestígio profissional, símbolo de êxito, propagado pela mídia estadunidense – e as operações visando obstar seu tráfico nos EUA tiveram resultado catastrófico, vez que a diminuição da oferta resultou no aumento do consumo de drogas associadas e o controle imposto à indústria dos artefatos acessórios para o uso cominar na impossibilidade de administrar as doses adequadas, eclodindo em um relevante problema de saúde pública, com os EUA se tornando o país com maior número de usuários de drogas, especialmente cocaína e maconha.⁹⁵

Concomitantemente a esse cenário, surge e se populariza o *crack*, droga sintética para fumo feita a partir da pasta base, resultante de mescla de cocaína e fumo, mais barata e acessível que a cocaína pura. Para além do público estadunidense de baixa renda, a droga atingiu a população latino-americana, que pela primeira vez se tornou consumidora de drogas em larga escala.⁹⁶

Com vistas a controlar seu problema interno, a política econômica protecionista da Nova Administração dos EUA institui o discurso jurídico-transnacional da guerra às drogas, modelo geopolítico fundamentado na Doutrina da Segurança Nacional, pelo qual reforça a necessidade de que a repressão seja intensificada e concentrada nos países produtores, a fim de que os entorpecentes não chegassem a seu território nacional. Em síntese, objetivava os EUA manter sob seu

do referido delito". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 17.384/SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Diário da Justiça: Brasília, DF, 3 jun. 2002); "O crime inserido no art. 16, da Lei 6.368/76 é delito de perigo presumido ou abstrato, não importando para sua caracterização a quantidade apreendida em poder do infrator, esgotando-se o tipo simplesmente no fato de carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 15.434/SP**. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Diário da Justiça: Brasília, DF, 15 abr. 2002); "A posse de pouca quantidade de "maconha" na casa do réu não basta para caracterizar o grave delito do tráfico de entorpecentes. Fica nítido que a droga era para seu próprio consumo". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 19.918/PE**. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Diário da Justiça: Brasília, DF, 31 maio 1993).

⁹⁵ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 49-53. E, continuando o raciocínio: "Observa-se neste sentido como nos primeiros anos da década de oitenta tende-se a responsabilizar pelo problema da droga oferta, e não a demanda - isto é, o tráfico e não o consumo com o que o discurso se torna parcial com relação ao inimigo externo, o único culpado. A Casa Branca manifestou o fato claramente em 1982, quando assinalou: "A eliminação das drogas ilegais na fonte no exterior, ou próximo dela, é a maneira mais efetiva de reduzir a oferta doméstica destas substâncias". (OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 64).

⁹⁶ SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 133.

controle todas as áreas geográficas para obstar cultivo e produção de drogas ilícitas, além de converter o controle das drogas em uma questão de política externa e prioridade diplomática, legitimando sua intervenção nos países produtores e conexos.⁹⁷

Esse discurso, amparado pelos meios de comunicação, teve severo impacto na América Latina, que viria a se tornar o inimigo declarado dos EUA na década de 1980 pela produção de cocaína (com destaque à Colômbia) e maconha (com destaque ao México)⁹⁸ que viria a adentrar suas fronteiras e ser a causa de todos seus problemas financeiros, sociais e de saúde pública, responsabilizando imigrantes ilegais pelo aspecto econômico das drogas.⁹⁹

Nos próximos anos, os avanços da doutrina no desenvolvimento do conceito de direitos humanos no Direito internacional e a promulgação de novas constituições pautadas na dignidade humana resultaram, em parte significativa dos Estados, na retirada do público consumidor da esfera criminal.

1.7 LEI DE DROGAS DE 2006

A Constituição de 1988¹⁰⁰ mais uma vez firmou o compromisso da pátria com a luta contra às drogas:¹⁰¹ Instituiu que o tráfico é crime inafiançável e insuscetível de

⁹⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 66.

⁹⁸ “O vácuo temporário na produção de cannabis estimulou o retorno dos cultivos ao México que, por volta de 1986, já estaria fornecendo cerca de 30% da droga consumida nos EUA (pressões posteriores sobre o México, por sua vez, levariam ao surgimento de cultivos em larga escala no próprio território dos EUA)”. (SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 129).

⁹⁹ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 60.

¹⁰⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988.

¹⁰¹ Bem como alinhou-se com a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Viena: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 20 dez. 1988). Internalizada no Brasil em 1991 (BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1991). A convenção determina medidas abrangentes contra o tráfico de drogas, inclusive métodos contra a lavagem de dinheiro e o fortalecimento do controle de percussores químicos (passíveis de utilização no preparo ilegal de substâncias psicotrópicas, como reagentes e substâncias necessárias para a produção). Incentivou a cooperação internacional por meio de intensificação nas trocas de informações e comunicação para a detecção de meios de transporte que possam estar sendo utilizados para o tráfico, troca de informação quanto à situação e tendências internas do uso indevido e do tráfico de entorpecentes, dados relativos à identificação de traficantes, fiscalização e vigilância.

graça ou anistia,¹⁰² determinou a extradição do brasileiro naturalizado com comprovado envolvimento,¹⁰³ o dever de prevenir e reprimir o tráfico da segurança pública, por intermédio da polícia federal¹⁰⁴ e o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico.¹⁰⁵

A Lei de Crimes Hediondos¹⁰⁶ reafirmou os impedimentos contidos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição vigente, incluindo a insuscetibilidade do indulto e liberdade provisória. Fixou, ainda, a imposição de cumprimento integral da pena em regime fechado, o prazo de prisão temporária para trinta dias, prorrogável por igual período, e o requisito de cumprimento de dois terços de pena para a concessão de liberdade provisória, desde que o condenado não seja reincidente específico.

Em 2001, nova circunstância internacional mudou o panorama da guerra às drogas: os atentados terroristas alteraram as prioridades governamentais, políticas e financeiras dos EUA, mas sem renunciar ao combate ao tráfico de substâncias ilícitas entorpecentes desenvolvido desde a Guerra Fria. Difunde-se discurso mais ameaçador de vínculo entre narcotráfico, terrorismo, subversão e delinquência, com a formulação do estereótipo da narco subversão,¹⁰⁷ ampliando-se o escopo do inimigo público.

No Brasil, inicialmente foram adotadas as recomendações internacionais com a criação de novas políticas administrativas.¹⁰⁸

¹⁰² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988, artigo 5º, inciso XLIII.

¹⁰³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988, artigo 5º, inciso LI.

¹⁰⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988, artigo 144, §1º, inciso II.

¹⁰⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988, artigo 243, parágrafo único.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1990.

¹⁰⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 71.

¹⁰⁸ A Política Nacional Antidrogas (Decreto nº 4.345, de 26 de agosto de 2002. Institui a Política Nacional Antidrogas e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2002) é introduzida sob a base de que o uso (e não mais somente o tráfico) – constitui ameaça à humanidade e à estabilidade das estruturas e valores políticos, econômicos, sociais e culturais de todos os Estados e sociedades, anotando-se que o consumo se expandiu não só em fronteiras, mas em termos de gênero, grupos étnicos, classe social e econômica e idade, com destaque à preocupação do aumento do consumo entre crianças e adolescentes no país, bem como aos efeitos do consumo pela classe trabalhadora em sua segurança e na produtividade das empresas e ao contágio de doenças e infecções transmissíveis pelo compartilhamento de instrumentos de consumo de entorpecentes. O decreto faz especial menção ao alinhamento da política instituída com a Constituição no respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de um Estado de Direito e está em consonância com

Na sequência, a Lei 10.409/2002¹⁰⁹ é editada com intuito de revogar a Lei nº 6.368/1976 e substituir suas disposições. Como mais da metade de seus artigos foi vetada pela Presidência, incluindo todo o Capítulo III – “Dos Crimes e das Penas”, a norma acabou por apenas atualizar alguns dispositivos, tornando-se lei retalhada, de difícil compreensão, levantando-se dúvidas inclusive quanto à aplicabilidade de sua parte processual penal, como anotada Szinick:

Quem hoje se defronta com um ilícito da área de Entorpecentes se encontra diante de uma legislação binária: a Lei nova, Lei 10.409/02, que rege praticamente toda a matéria atinente: prevenção, tratamento, procedimento processual e disposições finais. Mas a parte principal, referente aos crimes e às penas, permanece a legislação anterior: Lei 6.368/76.

Ficamos portanto de um corpo dividido: os crimes e as penas permanecem as mesmas, com alteração da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), no que tange não só a direitos do delinqüente (anistia, graça e indulto; inexistência de fiança e liberdade provisória) como ao que se refere ao regime de execução da pena.

Na parte procedimental - ou seja no andamento do processo -entra em vigor a Lei nova (Lei 10.409/02) que instituiu uma série de inovações, muitas delas, capazes de causar dificuldades em sua aplicação.

A referida Lei (10.409/02) se apresenta com uma característica especial: o excessivo número de vetos. Não bastasse, há inúmeros dispositivos que se chocam, a princípio, com dispositivos constitucionais, a ponto de alguns comentadores, a nosso ver, um tanto apressados nesse ponto, acoimando essas disposições de inconstitucionais.

Não é essa a nossa posição e sim o número elevado de imprecisões inúmeras terminológicas (mandato por mandado) além de expressões ambíguas ao lado de dispositivos conflitantes com leis vigentes.

[...]

A legislação anterior foi chamada a completar a presente, a Lei 6.368/76, tendo sido mantida no que se refere ao principal da lei, que é a tipificação dos crimes e a respectiva cominação de penas, daí ter sido vetado todo o Capítulo III, que tratava dessa tipificação. Verdade é que essa lei anterior, punia com pena reclusiva tanto o traficante como o viciado, este merecedor de outras punições que não a pena reclusiva, fato esse que a nova lei (Lei 10.409/02) previa, mas que acabou sendo, a nosso ver, erradamente, vetado pois era

os compromissos internacionais firmados pelo país. No que diz respeito à criminalização dos delitos relacionados às drogas ilícitas, relevante é a eleição do pressuposto principiológico do reconhecimento das diferenças e determinação de tratamento diferenciado às categorias usuário, pessoa em uso indevido, dependente e traficante de drogas. Ainda, cf. BRASIL. Decreto nº 85.110, de 2 de setembro de 1980. Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1980; BRASIL. Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986. Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1986; BRASIL. Lei nº 8.764, de 20 de dezembro de 1993. Cria a Secretaria Nacional de Entorpecentes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1993.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2002.

consenso comum, a sua despenalização.¹¹⁰

Em decorrência dessa complicada situação legislativa, a necessidade de elaboração de uma nova lei penal que coadunasse todos os dispositivos pertinentes em direito material e processual foi atendida com a promulgação da Lei 11.343/2006.¹¹¹

A Lei compatibilizou as duas normas anteriores, revogando-as; regulamentou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes, estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, entre outras providências. Quanto à repressão penal, tratou a norma de reformular a tipificação penal dos delitos relacionados a drogas.

O novo discurso jurídico é delineado a partir da disposição e agrupamento dos artigos no texto legal, a caracterizar o marco da nova cognição sobre a condição de usuário, em alinhamento com os pressupostos da PNAD e princípios norteadores do SISNAD: enquanto os delitos de traficantes são inseridos no Título IV, proposto às normas repressivas, a tipificação dos feitos de ou para consumo próprio é prevista avante, no Título III, este atribuído às normas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Os delitos de traficância e suas condutas equiparadas, bem como as condutas relacionadas aos instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção e transformação de drogas, permaneceram com núcleos e penas praticamente inalterados, por exceção do dispositivo de diminuição de pena aos agentes condenados aos crimes do primeiro grupo, desde que presentes as seguintes condições:

Art. 33 [...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre

¹¹⁰ SZNICK, Valdir. **Lei anti-tóxico comentada**: Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 10-11.

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2006.

organização criminosa.

Alteração ainda mais significativa se deu no tocante às práticas envolvendo entorpecentes para consumo próprio, em substituição do artigo 16 da legislação anterior, mais abrangente quanto ao núcleo do tipo (incluiu as formas alternativas de ter em depósito e transportar, antes só previstas enquanto condutas caracterizadas de tráfico) mas menos penalizada (na esteira da autorização legal prevista pela internacionalização de convenção internacional)¹¹²:

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.

Essa reformulação e reorganização na norma penal sinaliza a modernização da lógica político-criminal em tema de drogas resultante dos avanços nas discussões internacionais, que até então se omitiam no reconhecimento das falhas estratégias de repressão ao tráfico, em detrimento de fortalecer as políticas de prevenção. Nesse sentido, o comentário de Souza:

Este Capítulo III trata especificamente dos crimes praticados pelo agente na condição de usuário ou viciado no uso de drogas e deixa claro que o legislador optou por estabelecer penas diferenciadas para essas vítimas de uma sociedade que tem historicamente se omitido em reconhecer os malefícios que acompanham o uso das drogas e a necessidade de adotar políticas sérias de prevenção, evitando a imposição da tradicional "pena carcerária" aos usuários e viciados que, nestas condições, vierem a praticar

¹¹² "ARTIGO 3 - Delitos e Sanções (...)

4 - a) Cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo I deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco.

(...)

c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinqüente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior." (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Viena: **Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas**, 20 dez. 1988). Internalizada no Brasil em 1991 (BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1991).

crimes não compatíveis com a traficância, aos quais são reservadas modalidades específicas de penas, com características voltadas para a reinserção social e não para o isolamento nos já tradicionais depósitos de presos.

Não se pode negar a força do argumento de que o traficante só existe porque a sua atividade ilícita é financiada pelos usuários e viciados em droga, mas por certo não será mantendo a previsão de pena carcerária que se alcançará a redução em relação ao consumo. Há real necessidade de levar o debate sobre a grave questão das drogas para dentro das escolas, dos lares, das Igrejas, dos programas televisivos, democratizando-se o acesso à informação sobre os males decorrentes do consumo e inclusive possibilitando que a juventude brasileira forme um juízo crítico acerca do problema. Não adianta "tapar o sol com a peneira", o problema existe, não só aqui, mas praticamente em todo o mundo a melhor forma de combatê-lo não é gastando o dinheiro público com cadeias para os usuários e viciados, mas sim, com orientação, informação, educação e tratamento curativo.¹¹³

O reconhecimento da insubsistência da "pena carcerária" aos usuários de drogas, para além de configurar um novo tratamento jurídico, permite uma perspectiva não estigmatizante a esse público¹¹⁴ – não mais caracterizado pela dependência e subordinado necessariamente à pena privativa de liberdade ou internamento em estabelecimento hospitalar, mas sim orientado à reabilitação e reintegração social – e impede a agrupamento desses sujeitos com os apenados por tráfico - não só no espectro de tipificação penal mas principalmente no aspecto espacial, o que ocorria com a imposição de penas de cárcere a usuários e traficantes anteriormente.

A excentricidade do tipo penal se dá pela incontestada natureza jurídica de delito (atestada por seu indexamento em título destinado aos crimes e penas), coadunada à previsão de sanções não privativas de liberdade. Nesse ponto, assevera-se que muito embora o Direito penal seja caracterizado por sua exclusividade no sistema jurídico com poder de realizar o controle social por intermédio de privação de liberdade dos indivíduos, a cominação legal de pena diversa não descaracteriza a natureza de norma penal.¹¹⁵ Nesse sentido,

A descriminalização é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal...despenalização é o ato de "degradar" a pena de um delito sem descriminalizá-lo. diversificação é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento, e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva...intervenção mínima é uma tendência

¹¹³ SOUZA, Sérgio Ricardo. **Nova lei antidrogas** (Lei nº 11.343/2006): comentários e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2006, p. 22.

¹¹⁴ Nos termos do princípio disposto no artigo 19, II, da Lei nº 11.343/2006.

¹¹⁵ O Código Penal vigente, alterado pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, impõe como penas cominadas aos crimes previstos na legislação exclusivamente a privação de liberdade, restrição de direitos e multa. Nesse sentido, a Lei nº 9.099/1995 já previa a possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade.

político--criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado.¹¹⁶

Como consequência, não se trata de *abolitio criminis*,¹¹⁷ e tampouco se pode falar em efetiva despenalização, na medida em que há previsão de sanção penal.¹¹⁸

Fator problemático da norma reside na caracterização de norma penal em branco, eis que o critério de avaliação do elemento subjetivo do tipo (consumo pessoal do entorpecente) é a observância, pelo julgador, “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”, sem fixar critérios ou margens específicas a cada elemento, sobretudo à quantidade e relação natureza-quantidade.

Nos anos que sucederam a promulgação desta lei, o país seguiu implantando novas regulamentações e normas administrativas¹¹⁹ à medida dos avanços das

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 357-358.

¹¹⁷ Motivo pelo qual dentre os efeitos da nova norma, destaca-se a que a anterior condenação pela prática do delito previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76 configura reincidência: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado. Assim, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça: Brasília, DF, 26 abr. 2007.). No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 360.123/SP**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Diário da Justiça: Brasília, DF, 21 set. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 303.315/SP**. Relator: Ministro Ericson Marinho. Diário da Justiça: Brasília, DF, 6 mar. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 1.500.884/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Diário da Justiça: Brasília, DF, 7 dez. 2015.

¹¹⁸ A previsão constitucional disposta no artigo 5º, inciso XLVI, *caput*, autoriza a adoção de outras penas que não as tradicionais privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Portanto, configura -se o caráter de sanção penal a imposição de penas mais brandas, inclusive as destinadas à conscientização do usuário.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 11.754, de 23 de julho de 2008. Acresce, altera e revoga dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, cria a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, cria cargos em comissão; revoga dispositivos das Leis nos 10.869, de 13 de maio de 2004, e 11.204, de 5 de dezembro de 2005; e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2008; MINISTÉRIO DE ESTADO DA SAÚDE. Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: **Diário Oficial da União**, 2011; BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Resolução nº 1, de 19 de agosto de 2015. Regulamenta, no âmbito do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), as entidades que realizam o acolhimento de pessoas, em caráter voluntário, com problemas associados ao uso nocivo ou dependência de substância psicoativa, caracterizadas como comunidades terapêuticas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2015;

discussões internacionais, mantendo-se atualizado e em conformidade com a parte dominante dos estados signatários. Essas medidas, no entanto, não podem ser consideradas exitosas: não se desenvolveu um problema amplo e consistente que articule a adoção de políticas sociais articuladas políticas criminais de forma sistemática para que se possa perceber resultados no fenômeno criminal.¹²⁰

MINISTÉRIOS DE ESTADO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, DA SAÚDE, DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DO TRABALHO. Portaria Interministerial nº 2, de 21 de dezembro de 2017. Institui o Comitê Gestor Interministerial para atuar no desenvolvimento de programas e ações voltados à prevenção, à formação, à pesquisa, ao cuidado e à reinserção social de pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2017; BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Resolução nº 1, de 9 de março de 2018. Define as diretrizes para o realinhamento e fortalecimento da PNAD - Política Nacional sobre Drogas, aprovada pelo Decreto 4.345, de 26 de agosto de 2002. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2018; MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Portaria nº 562, de 19 de março de 2019. Cria o Plano de Fiscalização e Monitoramento de Comunidade Terapêutica no âmbito da Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas - SENAPRED. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019; MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Portaria nº 563, de 19 de março de 2019. Cria o cadastro de credenciamento das comunidades terapêuticas e das entidades de prevenção, apoio, mútua ajuda, atendimento psicossocial e ressocialização de dependentes do álcool e outras drogas e seus familiares, e estabelece regras e procedimentos para o referido credenciamento no âmbito do Ministério da Cidadania. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019; BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019; BRASIL. Lei nº 13.840, de 05 de junho de 2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019; BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Resolução nº 8, de 27 de setembro de 2022. Aprova o Plano Nacional de Políticas sobre Drogas 2022-2027. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2022.

¹²⁰ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20.

2 A DOGMÁTICA DOS DELITOS DE POSSE

A dogmática surge como uma consequência indireta do movimento iluminista no século XIX, expressado pela reivindicação de um novo modelo de estado, independente da Igreja e pautado nos ideais de liberdade e progresso, com o nascimento da filosofia penal liberal com intento revolucionário.¹²¹

O alvorecer da importância da ciência natural se deu com o surgimento do positivismo científico, e resultou na pretensão de atribuir ao direito caráter científico, como uma “ciência da distinção entre direito e poder.”¹²² Nesse sentido, se preconizou oferecer ao poder legitimação através do oferecimento de razões:

A ciência jurídica não oferece poder, senão razões; o poder não se interessa por razões enquanto razões, mas pelo seu suporte de legitimação. Onde existe ciência jurídica, mas lhe falta proteção institucional por meio de uma universidade independente, com obrigações apenas em relação ao próprio direito, a ciência jurídica se torna corruptível; ela ameaça se degenerar em um discurso de legitimação, ou seja, em ideologia.¹²³

Sob essas circunstâncias, no plano jurídico-penal, supera-se a ideia da pena enquanto retribuição jurídica por mandado divino de correção ou eliminação de delinquentes e intimidação de indivíduos tendentes a más condutas,¹²⁴ para uma proposta de legitimação do poder por meio do direito natural racionalista.¹²⁵ Para tanto, defendeu-se a justificação racional do castigo para a manutenção da legitimidade da existência do direito penal, justificação sem a qual perderia seu objeto.

No que diz respeito à contenção da intervenção estatal, introduzem-se ao sistema jurídico-penal os primeiros fundamentos para a estruturação e sistematização das ciências criminais, por meio da definição de preceitos para um direito penal não autoritário, mais tarde consolidados como princípios jurídicos nos Estados

¹²¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abedelo-Perrot/ Editorial Sudamericana, 1958, p. 38.

¹²² GRECO, Luís. **As razões do direito penal**. Quatro estudos. Tradução de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

¹²³ GRECO, Luís. **As razões do direito penal**. Quatro estudos. Tradução de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 28.

¹²⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abedelo-Perrot/ Editorial Sudamericana, 1958, p. 32.

¹²⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 168-170.

democráticos de direito.¹²⁶

Como resultado da atribuição do caráter científico ao direito, fruto da doutrina do direito liberal, supera-se do conceito estritamente formal do crime mediante a adoção de sua concepção enquanto ente jurídico dotado de expressão e conteúdo conceitual.¹²⁷ A partir dessa premissa, o perfil analítico do direito penal inaugura a teoria geral do delito a partir da divisão do todo em partes. Para tal fim, explica Busato:

A composição do sistema se dá através de ordenação de elementos, de categorias, que correspondem tanto quanto possível a conceitos e categorias extraídos de verdades científicas preconcebidas por outras formas de ciência. Ademais, o sistema consiste não só na ordenação dessas categorias, como também na organização e precisão das relações que essas categorias guardam entre si, de modo a facilitar o trabalho do intérprete, que é simplesmente de subsunção do fato concreto à regra normativa.¹²⁸

Ainda na lição de Busato,¹²⁹ essa compreensão foi determinante para a estruturação de uma dogmática jurídico-penal que “passasse a buscar as características comuns entre os delitos, com a finalidade de organizar um mecanismo genérico de compreensão da figura delitiva”.

Afirma-se que a dogmática jurídica constrói conceitos, estabelece limites e, com isso, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível, afastando-se da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação.¹³⁰ Dentro de tal função, tem como escopo discutir o conteúdo e estrutura da norma penal: “Do ponto de vista do conteúdo, importa saber que papel é atribuído ou deve ser atribuído à norma penal. Do ponto de vista da estrutura, é preciso conhecer como ela se expressa para cumprir

¹²⁶ A obra de Beccaria (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999), inspirada em Montesquieu (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Trad. Cristina Muracho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996) defende, entre outros ideais, que somente a lei poderá definir crime e estabelecer pena, o impedimento de juízes de adaptar a interpretação de lei para aumentar penas e o dever de a pena cumprir sua função de prevenção especial obedecendo proporção com a lei; correspondentes aos mais tarde desenvolvidos princípios da legalidade, irretroatividade da lei e interpretação e proporcionalidade. A partir de Feuerbach, se reputa a necessidade uma ação para a imputação penal, a partir do o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*) consubstancia a reserva absoluta da lei no Direito penal, servindo a norma penal como limite do poder punitivo estatal. (FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Gießen: Heer, 1828, p. 27)

¹²⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abedelo-Perrot – Editorial Sudamericana, 1958, p. 202.

¹²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 171.

¹²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 171.

¹³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? In: ASÚA, Luis Jiménez de (ed.). **Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la filosofía del Derecho** Buenos Aires: Pannedile, 1970, p. 495.

esse papel”.¹³¹ Tais elementos, embora notadamente diferentes, se mesclam na medida em que a estrutura da norma depende invariavelmente de seu conteúdo, como ensina Maurach.¹³²

Esse conjunto resultou na estruturação analítica do estudo do delito a partir de um sistema de imputação preocupado com as definições operacionais do fato punível.¹³³ Essas definições servem para indicar os pressupostos de punibilidade dos fatos puníveis, funcionar como critério de racionalidade da jurisprudência criminal e, sobretudo, contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito.¹³⁴ Em outros termos, a estrutura dogmática firmada a partir de categorias lógicas, e não arbitrárias serve enquanto uma garantia de freio incriminatório: se pretendia a limitação dos Estados autoritários por intermédio de um limite de igualdade de todos perante a Lei, para evitar que “prorrumpa a guerra de todos contra todos”¹³⁵. A teoria do delito funciona, então, como uma barreira de contenção das políticas criminais abusivas.¹³⁶

A sistematização analítica da imputação penal, inaugurada pela filosofia clássica naturalista,¹³⁷ parte do ideal que a segurança do ordenamento jurídico deve ser conferida a partir da literalidade da lei, sem margem para interpretações que gerariam insegurança quanto à sua aplicação.

Em suma, a dogmática jurídico-penal, em especial a teoria do crime, surge como uma forma de limitação do *ius puniendi*. A racionalização da teoria do delito por

¹³¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 136.

¹³² MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho penal**, v. I. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 261.

¹³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 72.

¹³⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal**. São Paulo: José Bushatsky Editorial, 1985, p. 146-147.

¹³⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito penal alemão**. Vol. I. Trad: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 95.

¹³⁶ LISTZ, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**: Vol. I. Trad.: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 9.

¹³⁷ As primeiras propostas de sistematização do injusto mediante sua conceituação são expressas por Carmignani, que definiu o delito como a infração da lei do Estado protetora da segurança pública e privada, mediante um fato do homem cometido com perfeita e direta intenção (CARMIGNANI, **Teoria delle leggi delle sicurezza sociale**, Napoli, 1831, tomo 11, p. 31), o conceito dado por Grispigni como a conduta humana correspondente ao tipo descrito de uma norma penal que não apresenta causa de justificação e que é psicicamente referível a um sujeito (GRISPIGNI, **Diritto penale**, vol. II, p. 11) e, confrontando o Direito com a moral e o direito positivo com o direito natural, a definição de Ferri como o ataque às condições de existência individual e social que ofende a moralidade média de um determinado grupo coletivo, quando esta é determinada por motivos egoístas e antissociais, como uma ação determinada por motivos individuais e antissociais que perturba as condições da vida e contraria a moralidade média de um determinado povo num determinado momento (FERRI, **Offense e difese**. Palma, 1886, p. 79).

intermédio da sistematização de um método de imputação, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito, confere-lhe carácter de cientificidade, fundamento de sua legitimidade.

O desenvolvimento da teoria do delito se deu pela sucessão de obras de penalistas, “*a partir de las premisas proporcionadas por las diferentes construcciones filosóficas predominantes a lo largo de las diversas fases del desarrollo histórico del Derecho penal*”,¹³⁸ que viriam a assentar, crescer, alterar e modificar as categorias componentes do delito, bem como suas interpretações.¹³⁹

Com efeito, a teoria geral do delito se ocupa de definir as características essenciais a um feito para que possa ser considerado um crime, inserida na parte geral do direito penal; ao passo que à parte especial cabe o estudo das figuras delitivas concretas.¹⁴⁰

A partir de tais considerações, Juarez Cirino dos Santos elucida a relação entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal:

A teoria do fato punível é o segmento principal da dogmática penal, o sistema de conceitos construído para descrever o Direito Penal, como setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal - *rectius*, a política penal - do Estado, o programa oficial de retribuição e de prevenção da criminalidade. Nesse sentido, parece não haver contradição entre dogmática penal e política criminal, que se comportam como as faces de uma só e mesma moeda, integradas numa relação de recíproca complementação: a dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, e todo programa legislado de política criminal depende de uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar sua aplicação.¹⁴¹

Apesar de, como sinalizado, não haver contradição aparente entre política criminal e dogmática penal, a análise do desenvolvimento de cada um dos setores denota o contrário: em contrapartida aos progressos na dogmática jurídico-penal, que se dedica à contenção dos limites da intervenção legal para assegurar a autonomia e liberdade dos sujeitos de direito, os modernos programas de política criminal sinalizam

¹³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La 'concepción significativa de la acción' de T. S. VIVES y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)**. Granada, v. 1, n. 2, p. 233–279, nov. 1999, p. 1.

¹³⁹ A concepção analítica do delito deve suas principais contribuições à doutrina alemã. Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez-Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 1.

¹⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 71.

uma expansão no âmbito do punível. Por esse motivo, não se pode considerar que houve evolução¹⁴² em termos de progressão aritmética positiva, mas sim, foi marcado por idas e vindas nos avanços dogmático-filosóficos em termos de liberdade.

Como afirma Busato,¹⁴³ as diferentes perspectivas políticas, históricas e sociais de cada Estado são aspectos que levam a diferentes conceitos dentro de cada estrutura dogmática, de forma que se pode conhecer seu perfil de acordo com as cores que se empresta à sua teoria do delito.

Sob esse enfoque, pretende-se verticalizar a pesquisa a partir do estudo da incriminação da posse a partir do conteúdo de seu injusto penal.

2.1 IMPUTAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL A PARTIR DO TIPO DE INJUSTO

Se a estruturação da dogmática depende da composição da teoria do delito, é apropriado abordar brevemente o desenvolvimento histórico do estabelecimento de regras para composição dos tipos penais. Adverte-se, nesse ponto, que não se pretende aqui esgotar ou aprofundar todo o conteúdo do tema, mas sim, oferecer ao leitor tão somente uma perspectiva geral da evolução estrutural da teoria do delito.

A exigência de ação surge pela primeira vez no Manual de Albert Friedrich Berner,¹⁴⁴ em 1857, como “pórtico inaugural do sistema do delito”¹⁴⁵ ou “pedra básica do sistema”.¹⁴⁶ Essa categoria inaugura a estrutura do delito como ponto de referência sobre o qual se organiza todo o resto do sistema de imputação, enquanto movimento voluntário capaz de causar modificação no meio externo.¹⁴⁷

¹⁴² Como adverte Ana Lúcia Sabadell, “[...] a idéia de constante evolução rumo ao ‘melhor’ é um legado do iluminismo jurídico, que efetua uma contraposição entre o direito ‘bárbaro e obscurantista’ da época medieval e o direito ‘racional e esclarecido’ que, tendo como fundamento o contrato social, deveria estabelecer regras gerais e racionais, garantir direitos e respeitar a dignidade humana. [...] Como é possível aplicar a uma sociedade estamental, fundada na religião cristã, com seus conceitos hierárquicos e comunitaristas, idéias que começaram a ser formuladas em paralelo ao desenvolvimento do sistema capitalista? Seria como criticar um médico por não administrar um remédio que ainda não foi descoberto!” (SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 26)

¹⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 167.

¹⁴⁴ BERNER, Albert Friedrich. **Die Strafgeseztgebung in Deutschland**: Vom Jahre 1751 Bis Zur Gegenwart. Berlin: Leipz. 1867.

¹⁴⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. Evolução Histórico-dogmática da Teoria do Injusto. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, p. 77-111, 2006, p. 97.

¹⁴⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 171.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 198.

A evolução conceitual das categorias do delito teve influência notável do direito civilista, a partir da proposta de Rudolf von Jhering,¹⁴⁸ que propôs a decomposição do texto legal dos ilícitos civis em elementos simples de conteúdo, representados por dogmas de dimensão objetiva (antijuridicidade) e subjetiva (culpabilidade), a partir dos quais se constrói uma teoria interpretativa.

Franz Von Liszt¹⁴⁹ transporta a teoria de Jhering ao Direito penal mediante a bipartição entre elemento objetivo do crime (injusto) e o subjetivo (culpabilidade), de modo que a todo esse sistema corresponderia ao tipo, compreendido em sentido amplo. Também desenvolve em seu *Programa de Marburgo* a concepção do modelo tripartido da ciência conjunta do Direito penal.¹⁵⁰

A tipicidade enquanto categoria autônoma é o próximo elemento incluído na definição de delito: Ernst von Beling define o injusto como “uma ação típica antijurídica e culpável submissível a uma sanção penal adequada e que satisfaça as condições de punibilidade.”¹⁵¹ Em suma, Beling propôs a divisão do injusto em duas partes: tipo (meramente descritivo, com a função de definir o crime)¹⁵² e antijuridicidade (contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo, ante a inexistência de uma norma justificante, aqui recaindo a valoração).¹⁵³ Com base nessa proposta, desenvolveu-se o modelo causal naturalista do injusto penal, no qual o tipo era tratado de modo objetivo e neutro.¹⁵⁴

Com essa definição, propõe a divisão o injusto entre tipo e antijuridicidade, aqui inaugurando o conceito de tipicidade.¹⁵⁵ Para Beling, o tipo detinha descrição

¹⁴⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 171. Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad.: D. L. Peña; M. D. G. Conlledo e J.V. Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 196.

¹⁴⁹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito penal alemão**. Vol. 1. Trad: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

¹⁵⁰ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24 ss.

¹⁵¹ BELING, Ernst Ludwig von. **Die Lehre Vom Verbrechen**. Tübingen: P. Siebeck, 1906, p. 7.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254.

¹⁵³ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 131.

¹⁵⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 132.

¹⁵⁵ O vocábulo tem origem no *Tatbestand*, presente do artigo 59 do Código Penal Alemão, que compreende o “tipo” em sentido amplo, como o próprio delito somado por seus elementos, e não particularmente, como seu elemento fundamentador (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002, p. 72; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 130). No entanto, o entendimento dado por Beling afastou-se “dessa orientação hermenêutica e restringiu o *Tatbestand* tão-só aos elementos descritivos d crime contidos na lei penal, àquilo que se denomina de figura típica ou simplesmente tipo.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002, p. 73). Desse modo, críticas de ordem terminológica destacam que ocorreu de maneira imprópria a tradução da palavra *Tatbestand*, já que o conceito

neutra e avalorativa da conduta prevista na lei penal¹⁵⁶ e restringia-se à “descrição da imagem externa de uma ação determinada”.¹⁵⁷ Dessa forma, a criminalização deveria ter descrição objetiva da ação no tipo penal.

Como destaca Juarez Tavares,¹⁵⁸ o conceito de tipo proposto por Beling revolucionou o Direito Penal, podendo ser considerada como a maior contribuição da teoria causal, cujos subsídios dogmáticos possibilitou o surgimento do conceito analítico de delito.

Crítica ao conceito introduzido por Beling é oferecida por Mayer,¹⁵⁹ quem inaugura um sistema neoclássico de delito: define injusto como um acontecimento típico, antijurídico e culpável, negando o caráter puramente descritivo do tipo e que os tipos penais contenham elementos objetivos e subjetivos. Nesse sentido, a antijuridicidade - categoria genérica que corresponde a toda conduta contrária ao ordenamento jurídico em geral - não se confunde com a tipicidade – que delimita quais os comportamentos antijurídicos são penalmente relevantes a partir de uma imagem conceitual descritiva da conduta proibida, que só depois será objeto do juízo de antijuridicidade. Resulta que, como defende a doutrina até a atualidade, o tipo pode desempenhar função indiciária da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), mas não pode se identificar com ela (*ratio essendi*).¹⁶⁰

Em 1930, Beling propõe uma segunda definição: “é uma ação tipicamente antijurídica e correspondentemente culpável, sempre que não se dê uma causa legal de justificação”.¹⁶¹ Nesta proposta,

original é determinado, fechado e classificatório, muito embora esta tradução está consolidada e não pode ser ignorado o papel axial desempenhado pelo tipo (DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. Coleção textos de Direito Tributário, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.111

¹⁵⁶ Correspondente à teoria do tipo independente, em que o tipo e não possui elementos normativos e subjetivos, mas é marcado somente por funções estritamente descritivas. Juarez Cirino dos Santos esclarece que “O conceito de tipo formulado por Ernst von Beling, fundado no modelo causal da filosofia naturalística do século XIX, é objetivo e livre de valoração: objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; livre de valor porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 34).

¹⁵⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254.

¹⁵⁸TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 21.

¹⁵⁹ MAYER, Max Ernst. **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch**. Heidelberg: C. Winter, 1915.

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 33.

¹⁶¹ BELING, Ernst Ludwig von. **Die Lehre Vom Verbrechen**. Tübingen: P. Siebeck, 1906.

(...) a tipicidade perde o seu caráter independente, como os demais elementos do injusto, e mediante a expressão "tipicamente antijurídica" faz-se a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade que estavam desvinculadas na primeira definição formulada. A expressão "correspondentemente culpável" equivale a "tipicamente culpável", traduzida entre o tipo de injusto e o tipo de culpabilidade.

Na definição de 1906, há a exigência "submissível a uma sanção penal adequada" que desaparece em 1930, pois ao dizer "tipicamente culpável" elimina qualquer resquício ("delito é a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade").¹⁶²

A necessidade de substituição da pretensão de verdade empírica (do modelo causal-naturalista) por uma realidade que não se vinculava a bases naturais, mas sim normativas, é proposta no modelo do positivismo jurídico, representado por Kelsen, Hart e Alf Ross.¹⁶³ A teoria do crime passa a conferir cientificidade para o direito penal porque ela representa um método.¹⁶⁴ Nessa escola jurídica, o condicionamento de validade associado ao processo legislativo válido passa a ser a afirmação última do princípio de legalidade.¹⁶⁵

Esse movimento provocou o surgimento de um modelo jurídico valorativo firmado sob base *neokantista*, filosofia que propunha a bipartição da ciência entre natural e social, essa última que permitia a inclusão de valores. No âmbito do direito, implicou no entendimento de que o direito positivo não tem valor intrínseco, mas sim é determinada por favores prévios, aqui estabelecendo a pretensão de validade jurídica. A metodologia do direito passa a ser representada por uma nova lógica, agora de fins.¹⁶⁶ Para Radbruch,

a ordem jurídica, as normas jurídicas, são conceitos que se acham já em si mesmos referidos, imediatamente, a valores (*wertbezogene*) – são dados de fato que, pelo sentido que possuem, se acham, como vimos, ao serviço da ideia de justiça.¹⁶⁷

Nesse momento, a ação perdeu seu caráter central no sistema de imputação:

¹⁶² COSTA, Álvaro Mayrink da. Evolução Histórico-dogmática da Teoria do Injusto. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, p. 77-111, 2006, p. 83.

¹⁶³ Cf. STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofia del Derecho**. Trad. de W. Roces. Madrid: Reus, 1930; e LASK, Emil. **Filosofia Juridica**. Trad. de Roberto Goldschmidt. Buenos Aires-Montevideo: BdeF. 2008.

¹⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 11.

¹⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18.

¹⁶⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 117-118.

¹⁶⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 228.

ora identificada como conduta socialmente relevante, ora perdia seu caráter central na definição de delito, substituída pelo conceito de tipo.

Mezger¹⁶⁸ foi quem melhor absorveu e retratou esse movimento, a partir da concepção da estrutura bipartida de delito, definindo-o como ação tipicamente antijurídica e culpável, “visando combater a neutralidade valorativa do conceito de tipo de Beling”.¹⁶⁹ No entanto, ao defender que a tipicidade era a razão de ser da antijuridicidade, sua proposta foi invalidada pela doutrina, eis que configurou retrocesso na teoria do delito.¹⁷⁰

O modelo *neokantista* foi alvo de críticas como a de Welzel,¹⁷¹ que entendeu não haver verdadeira inovação nessa proposta, mas sim mera complementação do modelo do positivismo jurídico, com mesmo sistema de isolamento da vontade da consciência da vontade. Afastando-se do positivismo, Welzel compreendia que a realidade jurídica não é organizada por valores, e sim previamente ordenada por um sentido ontológico. É dizer que o direito regula a realidade, mas não é a realidade e não pode alterá-la, cabendo-lhe tão somente proceder a ela valorações jurídicas.

O penalista então sugere que o delito deve ser entendido por intermédio de uma série de valorações a partir do mundo ontológico. Propõe, nesse sentido, o conceito de ação pré-jurídico: toda ação humana é dirigida a uma finalidade e que isso constitui a própria natureza do agir humano, representando o modelo finalista da ação. Em concepção semelhante, von Weber¹⁷² entendia o caráter teleológico da ação,

¹⁶⁸ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad: José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

¹⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 242.

¹⁷⁰ A comunhão entre tipicidade e antijuridicidade, segundo Cláudio Brandão, é inadmissível, porquanto “a filosofia nos ensina que a essência é a substância do ser. Se dizemos que a relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de essência, estamos, em verdade, afirmando que elas são uma só coisa, e, se assim são, não existe sentido em diferenciá-las” (BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 56). Para Juarez Tavares, essa união dos elementos “não possui efeitos em si malévolos, mas proporciona e dá base para que nela se inicie uma subjetivação do injusto, que já se havia feito coma introdução dos elementos subjetivos da justificação.” (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 137). Para Jescheck, não é correto equiparar os elementos do tipo com os elementos das causas de justificação, porque suas diferenças estão “objetivamente condicionadas”, revelando uma considerável diferença valorativa: a ação atípica não é merecedora de pena porque irrelevante para o Direito Penal enquanto que a ação típica justificada não enseja a aplicação de pena porque o fato excepcionalmente não contém nenhum injusto material (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4. ed. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 226.).

¹⁷¹ WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del Derecho**. Derecho natural y justicia material. Trad. de Felipe Gonzáles Vicén. Madrid: Aguilar, 1977.

¹⁷² WEBER, Hellmuth Von. **Lineamentos del Derecho penal**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediard, 2008.

demandando o elemento de vontade de atuar.

Consolida-se, nesse modelo, a adoção da ideia de fim como guia da ação,¹⁷³ incorporando-se ao conceito de ação a exigência da vontade dolosa ou imprudente. Para a teoria finalista, a ação é definida

(...) no fato de que o homem, através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, supradeterminando-o finalisticamente (decorrendo daí) a consequência sistemática de que o dolo, o qual no sistema clássico e também no neoclássico era considerado como forma de culpabilidade, (...) aparece como integrante do tipo (...). Isso significa uma nova subjetivização do injusto, e uma crescente dessubjetivização e normativização da culpabilidade.¹⁷⁴

Vislumbra-se, com a proposta finalista, uma última grande mudança estrutural do delito, a partir da transposição da ação para o tipo – agora ação típica. Denomina-se, a partir de então, a tipicidade complexa, cujo conceito objetivo-subjetivo, para Zaffaroni,

[...]vem solucionar uma infinidade de problemas. A localização do querer do resultado (dolo) no tipo resolve o problema da causalidade, que está limitada pela vontade. A tentativa é claramente distinguida, e sem distorções, porque o querer do resultado (dolo) passa a ser problema típico. O tipo proíbe uma conduta e não uma causação.¹⁷⁵

O segundo componente nuclear do delito é a culpabilidade, categoria concernente à responsabilidade. Sobre esse novo modelo, Welzel defendeu: "En la división del delito en los tres elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad es donde veo yo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones".¹⁷⁶

Mas a pretensão de superação do *neokantismo* pela proposição do modelo

¹⁷³ Sobre o modelo final da ação, merece destaque a anotação de Francisco Muñoz Conde: "Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que solo sea el fin de esa acción lo que interesa al derecho penal, pues este puede estar igualmente interesado em los medios elegidos para conseguir el fin o em los efectos concomitantes a la realización de ese fin". (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 3).

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva**. 3.ed. Trad. e introdução Luís Greco. Rio Janeiro: Renovar, 2002, p. 200.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 430.

¹⁷⁶ WELZEL, Hans. Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahren und die finale handlungslehre. **Juristische Schulung**, [s.l.], p. 421-425, 1966, p. 421.

finalista resultou no retrocesso dogmático quanto à busca do conteúdo material das categorias do delito, retornando à falácia naturalista da busca por estruturas lógico-reais.¹⁷⁷

O modelo funcionalista, como proposta de superação do modelo finalista, é proposto a partir da sociologia *durkheimniana*, especialmente ao conceito de desvio e comportamento desviante, aprofundada ao sistema jurídico-penal por Merton,¹⁷⁸ quem demonstra a funcionalidade do desvio na sociedade. Essa estrutura funcionalista representa substancial alteração da lógica jurídico-penal praticada até então:

Assim, torna-se necessária uma revisão das próprias bases do Direito penal. Se o crime resulta funcional em alguns casos, é porque encontra harmonia para com os objetivos gerais que a sociedade pretende realizar inclusive com o próprio sistema penal de controle social. Portanto, não é mais possível a simples aplicação do sistema dogmático, anodidamente descolado de considerações político-criminais, já que uma atuação desse tipo pode resultar em um acréscimo de desorganização do sistema social e em um Direito penal em contradição com as aspirações sociais.

Desse modo, o Direito penal deve se propor à realização de seus objetivos e não é mais possível pensá-lo sem conexão com tais objetivos. O Direito penal há de ser proposto para cumprir determinada função social e essa função há de ser desvendada, de ser dada a público, através da assunção de proposições de ordem político-criminal. O Direito penal há de assumir a responsabilidade pela pauta político-criminal de que pretende ser o representante punitivo.

Em primeiro lugar, isso se realiza através da absoluta conexão entre os fundamentos da pena e do sistema dogmático, já que este pretende sempre viabilizar a aplicação de uma pena.

Do ponto de vista dogmático, a proposta passa a ser de harmonizar os objetivos gerais do Direito penal, do objetivo que cumprem suas formas de reação, com o que se requer de cada um dos elementos que compõe o todo da imputação.

O raciocínio é absolutamente consentâneo com a ideia de preocupação com as consequências da aplicação do Direito penal. Já não se trata de aplicar o sistema de imputação tendo como único objetivo o enquadramento do fato no sistema gerando uma realidade de imputação imutável e presumivelmente verdadeira. Trata-se, melhor de partir das Funções que cumpre ou que deve cumprir o Direito penal para através delas, determinar a configuração dos elementos que compõem a teoria do delito.

Veja-se que não se trata o funcionalismo de proposta de alteração estrutural à teoria do delito, mas sim, da interpretação do conteúdo de suas categorias a partir

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022, p. 171. Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad.: D. L. Peña; M. D. G. Conlledo e J.V. Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 180-181.

¹⁷⁸ MERTON, Robert K. **Teoría y Estructuras Sociales**. 4. ed. Trad. de Florentino M. Torner e Fufina Borques. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

da visão de sua funcionalidade ao sistema.

Claus Roxin¹⁷⁹ sistematiza a relação entre a Dogmática Penal e a Política Criminal pelo ideal de que a função do sistema penal seria a do exame dos elementos concretos para a resolução dos problemas jurídicos, exame esse que deve ser pautado nas diretrizes político-criminais da teoria dos fins da pena, dado que, naturalmente, os pressupostos de punibilidade devem ser orientados aos fins do Direito penal. Para Roxin, a *ultima ratio* do Direito penal e a preservação de seus objetivos de preservação dos princípios fundamentais de intervenção mínima, legalidade e culpabilidade pode ser garantida através da estruturação da teoria do delito a partir do fundamento material da ofensa a bens jurídicos.

Jakobs¹⁸⁰ inaugura uma nova vertente do funcionalismo com a proposição dos pressupostos da teoria dos sistemas para atribuir ao Direito penal a missão de reconhecimento da estabilização normativa. Embora sejam significativas as diferenças entre as duas propostas, o marco comum entre elas é a o afastamento das estruturas lógico-objetivas (pretendidas pelo finalismo) e o entendimento do crime enquanto uma escolha política.

Como sintetiza Martínez-Buján Pérez,¹⁸¹ a concepção clássica do delito é fundamentada no pensamento do positivismo científico; a concepção neoclássica, baseada no neokantismo de Stammler, Rickert e Lask; o sistema finalista, apoiada nas contribuições filosóficas de Welzel, inspirado na ontologia crítica de N. Hartmann; e os sistemas funcionalistas no funcionalismo estrutural de Parsons e no funcionalismo sistêmico de Luhmann, que origina na dogmática penal o funcionalismo estratégico, normativista ou radical.

2.1.1 As funções da tipicidade na teoria do delito

A definição de crime evoluiu, conforme vimos, para um conceito analítico segundo o qual crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável. Assim,

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad.: D. L. Peña; M. D. G. Conlledo e J.V.Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 217

¹⁸⁰ Cf. JAKOBS, Günther. **Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico- funcionales del delito. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 5, p. 1075-1104, 2001, p. 1075. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/61893881.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

Normalmente son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad las características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones.

*Sigue después la indagación sobre la antijuridicidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho.*¹⁸²

O caráter central tipicidade, compreendida por diversas concepções ao longo da história da dogmática jurídico-penal, se confunde coma história da própria teoria do delito.¹⁸³ Como anota Cláudio Brandão, “por paradoxal que aparente, a tipicidade, que é o elemento que inicia a dogmática em torno do crime, foi o último elemento a ser construído.”¹⁸⁴

A inserção do tipo como categoria do delito tem especial importância para essa dogmática na medida que o esquema típico, como se sabe, encerra uma conduta ilícita abstratamente prevista: “o tipo é, em última análise, o núcleo do ilícito penal”.¹⁸⁵ Por esse motivo, pode-se afirmar que o direito penal pensa e raciocina por meio de tipos.¹⁸⁶

A relevância do tipo na teoria geral do delito autoriza a conclusão de que, a partir de seus objetivos, o Direito Penal se comporta como um direito tipológico¹⁸⁷ ao necessariamente prever em lei todo o rol de condutas delitivas.

Enquanto a tipicidade “*es la adecuación de un hecho cometido ala descripción que de ese echo se hace la ley penal*”,¹⁸⁸ o tipo corresponde à valoração jurídica do comportamento, representa o “modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”.¹⁸⁹ Francisco Muñoz Conde elucida a divergência conceitual entre tipo e tipicidade:

¹⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 4.

¹⁸³ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 130.

¹⁸⁴ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 35, n. 68, p. 59–90, 2014, p. 64. DOI: 10.5007/2177-7055.2013v35n68p59. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p59>. Acesso em: 2 fev. 2024.

¹⁸⁵ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

¹⁸⁶ SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1956.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 218.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 31.

¹⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 153.

La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que engan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo. Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando lo es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.¹⁹⁰

Em suma, o tipo é a descrição abstrata da ação contida no texto legal que delimita, ao passo que a tipicidade é um atributo ou predicado que pertence a conduta, sempre o primeiro pressuposto da punibilidade de uma conduta.¹⁹¹

As considerações doutrinárias contemporâneas acerca das funções que a tipicidade desempenha, muito embora guardem semelhanças entre si, não são unívocas.

Sob a influência da teoria finalista, Reinhart Maurach¹⁹² entende o tipo penal a partir de dupla função: uma limitação ao poder punitivo do Estado (função de garantia) e o fundamento do delito (função fundamental). O caráter dúplice da função da tipicidade também é defendido por Heleno Fragoso,¹⁹³ representado pela função de garantia e a função de fundamento (indício) para a antijuridicidade, já que a tipicidade é considerada como elemento cognoscitivo da antijuridicidade.

Para Roxin,¹⁹⁴ o tipo cumpre triplo dever, que em certa medida já haviam sido concebidas por Beling ao inaugurar a tipicidade enquanto elemento independente na teoria do delito: em sua função sistemática, abarca o conjunto dos elementos que permitem saber de que delito se trata; na função político-criminal, sua função de garantia; e na função dogmática, descreve os elementos cujo desconhecimento exclui o dolo.

Em complemento ao que dispõe Roxin, na concepção de Juarez Tavares¹⁹⁵

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 32.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução: Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

¹⁹² MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte General 1. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 347-348.

¹⁹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 156.

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad.: D. L. Peña; M. D. G. Conlledo e J.V. Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 277.

¹⁹⁵“A função de delimitação do injusto é extraída diretamente do enfoque que trata, conjuntamente, tipicidade e antijuridicidade. À medida que não se pode separar, conceitualmente, tipicidade e

essas funções não esgotam todo o significado do tipo, devendo ser-lhe atribuídas também as funções de delimitação do injusto - e de comunicação.

Na lição de Francisco Muñoz Conde,¹⁹⁶ exerce o tipo tríplice função: a seletora dos comportamentos penalmente relevantes – a fim de que os cidadãos saibam que comportamentos estão proibidos -, a de garantia de que somente os comportamentos tipificados podem ser sancionados penalmente e a de motivação geral, para que a partir da cominação legal contida nos tipos os cidadãos se abstenham de realizar a conduta proibida, matéria da proibição.

Sobre a função do tipo na dogmática do crime, entende Cláudio Brandão:

Dita função decorre do princípio da legalidade e se traduz em uma relação de adequação entre a conduta e a própria lei penal. Por ela, extrai-se o conhecimento do que é proibido e, portanto, do que é relevante para o direito penal. Com efeito, é do conhecimento da proibição, em potência, oriundo do tipo penal, que decorrem três pontos: 1º) a tipicidade é condição para que conceitos que compõem a teoria do crime sejam desenvolvidos, já que eles só podem ser estabelecidos se previamente a tipicidade estiver concretizada. Assim, a tipicidade tem um significado sistêmico no direito penal, pois, como condição, ela se inter-relaciona com os demais elementos do crime; 2º) a ação, que é a ligação entre as instituições penais do delito, é descrita no tipo; e 3º) o tipo penal encerra o desvalor inicial sob o qual o direito penal materialmente se assenta, porque é a partir do tipo penal que se desvela o bem jurídico.¹⁹⁷

antijuridicidade, senão em face da necessidade engendrada pelo fato empírico, seu tratamento dialético impõe nova perspectiva à sua função de fundamentação. Com ela o que se pretende é delimitar o injusto em face do processo de imputação, que está vinculado à lesão ou ao perigo concreto de lesão de bem jurídico, como seu pressuposto indeclinável. Nesse ponto, o tipo funciona como elemento inicial de verificação se uma determinada conduta é capaz de produzir dano ou perigo concreto ao bem jurídico. Caso isso não ocorra, não se pode afirmar que essa conduta ingressa na zona do ilícito, independentemente de corresponder à sua definição formal na lei. O fato de o tipo representar uma primeira barreira de ingresso na zona do ilícito não obsta, está claro, que se exclua, desde logo, a própria legitimidade da definição legal da infração ou sua validade em face do fato empírico. A função de fundamentação não impede o exame antecipado de causas de exclusão da antijuridicidade.

A função de comunicação está associada ao próprio conteúdo da norma incriminadora, que deve servir de parâmetro de orientação de conduta para os cidadãos mediante um processo de mensagens normativas, enunciadas nas respectivas definições de delito. Nesse sentido, pode-se dizer que, embora sob outros fundamentos, essa função corresponde ao que, pioneiramente, definia BUSTOS RAMIREZ como sua função instrutória. O tipo constitui uma forma de discurso destinado aos cidadãos para esclarecer os limites do lícito e do ilícito, conforme os dados, empíricos e normativos, nele contidos. Os dados empíricos e normativos servem de fatores determinantes da conduta. Assim, quando o motorista vai conduzir um veículo deve prestar atenção não apenas às condições do veículo e das pistas (dados empíricos), senão também nas regras de condução (dados normativos).” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 3. ed. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, p. 194-195).

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1988, p. 42.

¹⁹⁷ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 35, n. 68, p. 59–90, 2014, p. 70. DOI: 10.5007/2177-7055.2013v35n68p59.

Independentemente da posição adotada, a ideia central presente na literatura – apenas exemplificada a partir dos autores acima mencionados - converge quanto à função central do tipo em caráter de garantia, no sentido de delimitar aquilo que pode ser incriminado, como cumprimento do princípio de legalidade. É dizer que tudo aquilo que está explicitado pelo tipo deve traduzir alguma conduta passível de ser incriminada; como consequência, tudo aquilo que não está no tipo não caracteriza conduta incriminável.

2.1.2 Conteúdo material do tipo penal

A estrutura dos tipos penais nos ordenamentos jurídicos modernos é composta por três elementos: *o nomen juris* (rubrica dado pelo legislador ao modelo de comportamento), o preceito primário, correspondente à descrição da conduta proibida, e o preceito secundário, que estabelece a sanção penal correspondente ao preceito primário.

No tipo penal incriminador, são elementos subjetivos todos aqueles que dizem respeito à vontade e intenção do agente. Os elementos objetivos, por sua vez, correspondem a todos os demais aspectos, subdivididos entre elementos normativos.¹⁹⁸

Dentre os elementos constituintes do tipo, elencaram-se pela doutrina a necessidade de um sujeito ativo, de uma ação – descrita por um ou mais verbos, que estabeleça relação psicológica com o autor - e, por fim, a ofensa a um bem jurídico digno de proteção penal, este que corresponde ao conteúdo material do tipo.

A proteção de bens jurídicos é objetivo declarado e legitimador do Direito penal, estes selecionados por critérios político-criminais.¹⁹⁹ Sobre o bem jurídico enquanto conteúdo material do tipo penal, elucida Francisco Muñoz Conde:

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p59>. Acesso em: 2 fev. 2024.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Grijley, 2007 p. 197.

¹⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 5.

fundamento.

Todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Este no es otra cosa que el valor al que la ley quiere. proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses.

La cualidad de bien jurídico es, por lo tanto. algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma.

Lógicamente se espera que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador solo utilice el derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos.

Pero esto es un desiderátum que no siempre se cumple. De ahí la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente.

El concepto de bien jurídico se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido em ellos.²⁰⁰

A necessidade de justificar o castigo penal de forma comprometida e sem falhas lógicas se dá principalmente para evitar o surgimento de Estados autoritários, dado que é o Estado que detém o controle da tutela penal.

Marcellus Polastri Lima elucida a importância do estudo do bem jurídico para o conhecimento das técnicas de tipificação penal:

Apesar de pouco abordado pela doutrina, é de grande importância prática o estudo da classificação dos crimes e da técnica legislativa adotada em um diploma legal.

Com o estudo do bem jurídico, o intérprete poderá fazer a constatação do fim visado pelo legislador, e, através da classificação das normas no sistema legal a que pertence, considerando-se os títulos, capítulos e seções, bem como as rubricas marginais, adequar o fato concreto ao correspondente tipo. É na base do bem jurídico tutelado que se faz a classificação dos delitos na Parte Especial do Código, sendo sua identificação de grande valor prático na aplicação da lei penal.

Se desejarmos fazer a adequação do fato ao tipo, sabendo-se que o legislador adotou o critério da objetividade jurídica, a primeira operação mental necessária é identificar o bem jurídico lesado ou exposto a perigo.

Identificado o bem jurídico, para fazermos a subsunção, necessitamos procurar o título correspondente.

Só posteriormente, passaremos à segunda operação mental, que é identificar a natureza da ação praticada pelo agente para lesar ou expor a perigo o bem jurídico.²⁰¹

Para Heleno Fragoso, "bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 39.

²⁰¹ LIMA, Marcellus Polastri. Critério de classificação dos delitos e técnica legislativa de elaboração da parte especial do Código Penal brasileiro. **Rev. Dir. Proc.-Geral de Justiça**, Rio de Janeiro, v. 28, 1988, p. 65.

disposta a uma norma jurídica".²⁰² Aníbal Bruno assim situa o bem jurídico:

é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito.

Através da proteção de bens jurídicos, o fim do direito penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos, em linguagem técnica, bens jurídicos são valores, valores de vida individual ou coletiva, valores de cultura, que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto morais.²⁰³

Ensina Hans-Heinrich Jescheck,²⁰⁴ no mesmo sentido, que ao tipo clama-se o esclarecimento do bem jurídico que o legislador contemplou como sentido da norma penal. Abreviadamente, *"el tipo parte de la norma y ésta, del bien jurídico"*.²⁰⁵

Desse modo, o critério da objetividade jurídica é o ponto de partida que orienta o trabalho do legislador na tipificação.²⁰⁶ Trata-se de saber qual o objeto da tutela jurídico-penal, sendo certo que não pode existir um delito onde não haja lesão do direito. Para Roxin,²⁰⁷ a lesão de um bem jurídico se trata de pressuposto de punibilidade, inobstante a discussão acerca do tema ao longo das últimas décadas não tenha logrado êxito em precisar o conceito de bem jurídico para oferecer uma delimitação juridicamente fundamentada e satisfatória em termos de conteúdo.

Hassemer²⁰⁸ contribui para o debate ao anunciar que a despeito do caráter normativo do bem jurídico, sua definição não pode ser estática, ao mesmo tempo que deve obedecer aos marcos das finalidades constitucionais abertas às mudanças sociais a aos progressos do conhecimento científico.

De todo modo, os bens jurídicos enquanto pressupostos de punibilidade e elementos do tipo penal têm como escopo limitar o poder punitivo a criminalizar e penalizar condutas que efetivamente causem perigo para a coletividade, afastando a

²⁰² FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Forense, 1.ª ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 59.

²⁰³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 1, Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 18

²⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Vol. 10, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p. 334.

²⁰⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Vol. 10, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1921, p. 350.

²⁰⁶ LIMA, Marcellus Polastri. Critério de classificação dos delitos e técnica legislativa de elaboração da parte especial do Código Penal brasileiro. **Rev. Dir. Proc.-Geral de Justiça**, Rio de Janeiro, v. 28, 1988, p. 65.

²⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte geral. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 54.

²⁰⁸ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

punibilidade de condutas meramente imorais à sociedade que não causem risco.²⁰⁹

Por tanto, a limitação do *ius puniendi*²¹⁰ se dá pela eleição de bens jurídicos cuja proteção se elege como irrenunciável e passível de limitação de liberdade, ao passo que os demais bens jurídicos ou não jurídicos cuja violação não é intolerável não justificariam a tutela penal.²¹¹

Desse modo, a primeira barreira de imputação protegida pelo tipo penal decorre do compromisso de cada escolha político-criminal do ente estatal com as funções do direito penal, dentre os quais estão principalmente o controle social e a limitação do *ius puniendi* estatal. Por consequência, qualquer ato estatal promovido no âmbito da imputação penal deve obedecer ao objetivo de controle social e, ao mesmo tempo, impedir a ampliação injustificada do poder punitivo. O bem jurídico, portanto, configura pressuposto para a imputação penal, sem o qual se estaria ultrapassando uma das barreiras de imputação penal.

Ao mesmo tempo que essa tese foi defendida por diversos penalistas ao longo do direito penal moderno, não se pode ignorar que o modelo teórico funcionalista proposto por Jakobs²¹² pelo qual o bem jurídico se torna prescindível para a imputação

²⁰⁹ Roxin exemplifica esse argumento a partir de duas situações: ao passo que a punição de ações exibicionistas é lícita porque põe em perigo a paz pública – desde que fundamentada em um sintoma de perturbação psíquico perigoso para a coletividade –, a produção e consumo de pornografia não é objeto de criminalização uma vez que não se evidencia risco à coletividade. No entanto, caso se comprovasse que o consumo de pornografia conduzisse ao cometimento de delitos sexuais, então se vislumbraria a lesão a bem jurídico e, por consequência, se autorizaria a penalização. ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte geral. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 58.

²¹⁰ *Ius puniendi*, ou, em tradução livre, direito de punir, é o termo arraigado pela doutrina clássica para designar o poderio do Estado sobre a tutela penal, no sentido de existir um direito subjetivo do ente estatal de promover o exercício punitivo. A esse conceito, merece destaque a crítica de BUSATO no sentido de que embora no modelo contratualista a concepção fosse coerente, o Estado moderno não mais obedece à lógica absolutista (pela qual surge a figura personificada do Leviatã) e sim à lógica da convenção social, o que afasta a personificação do ente estatal e, então, a possibilidade de ser detentor de qualquer direito (*ius*). Nesse sentido, o Estado moderno é mero administrador do direito alheio e, como não é detentor de direitos próprios, não lhe cabe o direito de punir, mas tão somente o dever de punir. (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 50-51). Nesse aspecto, embora a crítica realizada por Busato seja perfeitamente pertinente, optou-se por manter o uso do vocábulo nesse estudo na falta de um termo abreviado que pudesse designar o objeto em questão sem abrir margem para outras interpretações. Portanto, ao deparar-se com a expressão *ius puniendi* no decorrer deste texto, o leitor pode substituí-lo cautelosamente por ‘o poder-dever de punir estatal’.

²¹¹ Sobre a eleição da proteção dos bens jurídicos como missão do Direito penal, v.f. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²¹² V.f. JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. P. 174-177; e HASSEMER, Winfried, Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem**

penal mediante o entendimento do Direito penal como protetor da vigência da norma, e não do bem jurídico. Logo, a proteção de bens jurídicos seria apenas um efeito secundário da norma penal para Jakobs,²¹³ sendo que o efeito principal objetivado seria a proteção à lesão à vigência da norma.

Outras críticas pertinentes em relação ao bem jurídico dizem respeito à necessidade de sua conceituação (definição em termos de objeto para adequar os bens ao conceito ou não). Hassemer²¹⁴ sugere que o uso vago e indefinido desse instrumental teórico - como os delitos relacionados a drogas, economia e meio ambiente - leva a um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade. Roxin²¹⁵ entende pela pertinência do bem jurídico por meio de seu conceito pessoal, isto é, visando, ainda que indiretamente (como o caso dos bens jurídicos de segunda ordem) a proteção de direitos individuais.

Ademais, por força do princípio da legalidade, não podem ser utilizados termos amplos e vagos nas normas penais, já que a descrição legal deve taxativamente conter e identificar todos os elementos da conduta proibida. Nesse sentido, defende Aníbal Bruno²¹⁶ que, quanto mais fechado o tipo, ou seja, quanto mais restrita a sua compreensão, maior a garantia que dele decorre para as liberdades civis.

No entanto, os tipos penais abertos existem pela “impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade”.²¹⁷ O tipo aberto contém elementos normativos ou subjetivos, cujos aspectos do objeto de proibição não descritos exaustivamente, de modo que depende de interpretação. Na doutrina de Welzel,²¹⁸ nos tipos abertos o injusto só pode se comprovar na perspectiva

jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 15-17.

²¹³ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 161-162 e p. 177.

²¹⁴ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 18-19.

²¹⁵ ROXIN, Claus. ¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Ronald (ED.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 458.

²¹⁶ BRUNO, Anibal. Sobre o tipo no direito penal. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 87, n. 755, p. 791-803, set. 1998. p. 61.

²¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 162.

²¹⁸ WELZEL, Hans. **Teoría del tipo penal**. Tipos abiertos. 1979, p. 19 ss.

da antijuridicidade mediante a verificação de seus elementos especiais, atinentes ao dever jurídico.

Ademais, exige-se do tipo penal a realização de um perigo ou violação ao bem jurídico tutelado. Enquanto nos delitos de perigo concreto exige-se a comprovação de que o bem jurídico tenha estado efetivamente em perigo, configurando-se o perigo enquanto elementar típica, nos delitos de perigo abstrato o perigo é mero elemento de motivação da lei, presumido pelo legislador, configurando-se enquanto atributo genérico da conduta, em mitigação do princípio da ofensividade. Alerta BILDING²¹⁹ que a presunção de perigo não é perigo e não pode ambicionar sê-lo. Para ser legítimo, deve ser abalo da certeza de certeza de ser,²²⁰ intenso abalo à tranquilidade existencial de um concreto e definido bem jurídico.²²¹

2.1.3 Modernas técnicas de tipificação penal

A política criminal impulsiona os desenhos dogmáticos albergados pelo controle social penal. A partir dessa compreensão, deve-se atentar ao dever da dogmática criminal de estar atenta às transmutações da realidade – que podem ser proporcionados pela criminologia – para legitimar a legislação penal e sua aplicação e interpretação. Isso porque a política criminal transforma a experiência criminológica em opções e estratégias a serem assumidas pelo legislador e pelos poderes públicos.²²²

Roxin elucida como a legislação e a dogmática jurídico-penal se vinculam à política criminal:

Sin embargo, eso no significa que la política criminal dogmática y la legislativa tengan las mismas competencias; dicha hipótesis equipararía al juez con el legislador e infringiría el principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación. Por ello choca en la interpretación del Derecho vigente con las dos barreras que ya conocemos (§ 5, nm. 27-32): no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas, y

²¹⁹BILDING, Karl. **Die Normen Und Ihre Übertretung**: Eine Untersuchung Über Die Rechtmässige Handlung Und Die Arten Des Delikts. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916, p. 386.

²²⁰BILDING, Karl. **Die Normen Und Ihre Übertretung**: Eine Untersuchung Über Die Rechtmässige Handlung Und Die Arten Des Delikts. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916, p. 372.

²²¹DEMUTH, Heinrich. **Der normative Gefahrbegriff**. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte. Bochum: Brockmeyer, 1980, p. 201 ss.

²²²GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 207.

tampoco puede, allí donde en la Parte general rige el límite del tenor literal del principio de legalidad, procurar imponer el fin de la ley en contra de un tenor literal opuesto a ello. Ambas cosas precisan una breve explicación. De la vinculación de la dogmática a las finalidades políticocriminales del legislador se deriva p.ej. que en el desarrollo de los principios ordenadores que en las colisiones de intereses deciden sobre la utilidad o nocividad social y con ello sobre la antijuridicidad de una conducta (cfr. nm. 63), lo decisivo son los principios deducibles del ordenamiento jurídico, y no las concepciones valorativas personales del intérprete. E igualmente sucede en la categoría de la responsabilidad, si se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista políticocriminales de la teoría de los fines de la pena (cfr. nm. 64), que no depende de las opiniones que tenga el científico o el juez sobre los fines de la pena, sino que hay que tomar como base los objetivos que se pueden extraer de las causas de exculpación expresamente descritas en la ley y de los aspectos jurídicoconstitucionales que en su caso las informan.²²³

O contexto político-criminal pós 2ª Guerra Mundial, sobretudo na Alemanha, arrevesou a evolução dogmática construída até então, sob a égide da limitação do poder punitivo. Narra Roxin²²⁴ que em um primeiro momento, recorreu-se à doutrina do direito natural para a defesa da lei ética; depois, retornou-se à concepção secular e pragmática (inaugurada pelos pensadores ilustrados) do Direito penal enquanto instrumento de controle social pautado em sua fundamentação filosófica e teleológica, substituindo-se a lei ética pela centralidade do princípio da lesividade social, restringindo-se seu âmbito de atuação à proteção subsidiária de bens jurídicos, em dano à sociedade.²²⁵

Em sentido contrário à recuperação dos ideais limitadores do *ius puniendi*, sucedeu um terceiro momento político-criminal pós-guerras marcado por um fenômeno de expansão do Direito penal no sentido de maior incriminação: o deslocamento do centro de gravidade do conceito material de delito, antes restrito à proteção individual para a proteção da coletividade, em caráter de prevenção geral, orientando-se para um controle social de diminuição de riscos.²²⁶

Houve, nesse momento, um movimento pendular do Direito penal no sentido de aumentar o controle social, mediante propostas que, mais preocupadas com a

²²³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad.: D. L. Peña; M. D. G. Conlledo e J.V. Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 225.

²²⁴ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 17-19.

²²⁵ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 20-25.

²²⁶ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 25-36.

subsunção das ações aos tipos penais, desprender-se-iam do princípio da intervenção mínima. Dentre os impulsos promovidos por essas políticas criminais, aumentando a criminalização de situações de perigo abstrato, em fase prévia à produção do dano.²²⁷

Como assinala Zaffaroni,²²⁸ nota-se a tendência mundial de endurecimento das legislações penais se consolidou nas últimas décadas, sob o pretexto de emergências justificantes da atuação de Estados de Exceção no novo panorama global político. Esse panorama é cunhado por Beck como “sociedade de risco”, isto é, de um espaço de vida de risco, sem controle, incerta e insegura, que provoca tanto miséria material quanto enfrentamentos políticos.²²⁹

Silva Sánchez²³⁰ verifica o fenômeno do expansionismo do direito penal, que tem origem principalmente no aumento da sensibilidade da sociedade frente ao risco em virtude de uma sobrevalorização da segurança frente à liberdade, que resulta no aumento das demandas sociais de seguridade.²³¹ É dizer que com cada vez mais frequência se observam alterações legislativas – especialmente projetos de reformas de códigos penais e de processo penal – cujos pressupostos metodológicos não se justificam racionalmente dentro dos Estados de direito sociais e democráticos, ainda que continuem a se autodeclarar como tal.

Dessa forma, as legislações de segurança inauguradas no último século apontam para o recrudescimento do poder punitivo sob a justificativa da legitimidade do controle social para coibir a degradação da sociedade e aumento da criminalidade.²³²

A absolutização do fim de eficácia do Direito penal ²³³é fruto do aumento da

²²⁷ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 27.

²²⁸ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **O inimigo do direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 13. Sobre o estado de emergência, Cf. SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del estado social: Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona: PPU, 1998.

²²⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ed. Paidós, 2006. Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.p. 24-34.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 142 ss.

²³¹ SILVA SÁNCHEZ, José María et al. La ideología de la seguridad em la legislación penal española presente y futura. In: DA GRÃ, C. et al (eds). **La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Iuscrim Barcelona, 2003, p. 20 ss.

²³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 148.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, José María. Eficiencia y derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 49, p. 93-127, 1996, p. 98 ss; MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la**

sensibilidade frente ao risco se deve à supervalorização da segurança em detrimento da liberdade.²³⁴ Como resultado, há a perda do peso real de princípios essenciais do *ius puniendi*, como o caráter de *ultima ratio* do Direito penal, que conduz à relativização do respeito à esfera privada do cidadão,²³⁵ mediante a restrição de sua liberdade de forma progressiva.²³⁶

O princípio da precaução vem sendo usado para legitimar novas formas de controle social penal, não apenas frente a ações, mas sobretudo frente a sujeitos eventualmente perigosos. Na ótica de Mendonza Buergo²³⁷, tal recurso é fruto da magnificação da seguridad frente à liberdade de ação, que tem como consequência a incompatibilidade com os limites do Estado Democrático de Direito.²³⁸

Com efeito, o temor social atua como vetor permissivo de uma política criminal de máxima intervenção, fazendo da prevenção e da segurança “não apenas uma política de Estado, antes uma obsessão, capaz de desafiar e de colocar em risco o chamado Direito penal das Liberdades, quiçá de fazer periclitare o Estado democrático de Direito”.²³⁹

Em grande parte dos Estados de direito, a responsabilização jurídico-penal individual foi substituída pelo “perigo potencial do coletivo em que se integra o sujeito dissidente de forma que as sanções assumem papel de medidas de segurança, para garantir a segurança cognitiva dos cidadãos.”²⁴⁰ No âmbito político, significa que o Direito penal se tornou instrumento para atender às aspirações populares a partir de

sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 168-169; PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus:** una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 23-24.

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal.** Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 45.

²³⁵ KINDHÄUSER, **Gefährdung als straffat.** Frankfurt: Main, 1989, p. 271.

²³⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus:** una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 23.

²³⁷ MENDONZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, C.M. (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho.** Granada: Editorial Comares, 2004, p. 440.

²³⁸ MENDONZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, C.M. (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho.** Granada: Editorial Comares, 2004, p. 440.

²³⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal:** orientado para a vítima de crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 256.

²⁴⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. In: QUIROGA, Jacobo López Barja; ZUGARLDÍA, José Miguel (coord.). **Dogmática Y Ley Penal** - libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo. Madrid: Espinar, 2004, p. 599.

sua ideia ancestral de vingança.²⁴¹

Uma vez que existe uma correlação entre o impulso político-criminal e as formas de legislar, a resposta a esse fenômeno resultou em novas estratégias de tipificação penal cujos limites nem sempre obedecem às atuais compreensões da teoria do delito. Como anota Kuhlen,²⁴² para uma concepção formal de delito os limites existem para quem aplica o Direito, mas não para o legislador.

Nesse sentido, os modelos tradicionais de injusto penal limitados às barreiras de imputação estabelecidas pela teoria do delito com o tempo se alargaram na medida em que as modernas técnicas de tipificação permitiram. Em outros termos, a barreira dogmática foi afrouxada diante das novas técnicas de tipificação penal inauguradas por políticas criminais autoritárias, de forma a extrapolar os limites da teoria do delito que pretende a restrição do poder penal.

Silva Sanchez²⁴³ constata da tendência geral e dominante nas legislações penais de criação de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, novos bens jurídico-penais, ampliação de espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios político-criminais de garantia.²⁴⁴

Ainda segundo Silva Sanchez,²⁴⁵ essas modernas técnicas de tipificação penal implicam na ‘administrativização’ do Direito penal culminando na modificação do próprio conteúdo dos tipos penais.

Assim, o Direito penal das sociedades pós-industriais assume o caráter de direito administrativo sancionador: não se requer conduta específica relevantemente perturbadora ao bem jurídico; a análise da lesividade é dispensada.

Esse alargamento pode ser observado pelas modernas incriminações de injustos pelo abuso das fórmulas típicas. Profunda, sobre esse tópico, é a reflexão de

²⁴¹ DONNA, Edgardo Alberto ¿Es posible el derecho penal liberal? In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco José (coord.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae"**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 99-122, p. 110.

²⁴² KUHLEN, L. ¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de um concepto material de delito? In: WOLTER, J.; FREUND, G. (eds.). **El sistema integral del Derecho penal**. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 130.

²⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001; e

²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 20 ss

²⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 121 ss

Zaffaroni:“(...) as mais perigosas combinações têm lugar entre fenômenos de alienação técnica de políticos com outros de alienação política dos técnicos, pois geram um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político”.²⁴⁶

Como resultado dessa tendência progressiva de restrição da esfera de atuação arriscada, com a eliminação de espaços de risco permitido e incremento de infrações de deveres de cuidado, há aumento dos tipos de delitos de perigo.²⁴⁷ Esse fenômeno é denominado por Donini²⁴⁸ como *post-illuminismo penale*: ao revés da edificação de um Direito penal a partir da teorização prévia com vistas à limitação do poder punitivo, agora é utilizado como *prima ratio*, com o incremento de delitos de perigo e tipos penais criados por analogia pela jurisprudência.

O movimento doutrinário do Direito penal mínimo representa a ideia de redução do objeto do Direito penal para preservar e garantir ao indivíduo seus direitos básicos, representado principalmente por Ferrajoli²⁴⁹ e Moccia.²⁵⁰ Como refere Martinez-Bujan Perez,²⁵¹ a Escola de Frankfurt²⁵² oferece contribuição doutrinária no sentido de criticar a extensão do objeto do Direito penal para além dos limites tradicionais, representados pelos bens jurídico-penais individuais, as regras de imputação penal clássicas e princípios político criminais de garantia, em detrimento de privilegiar a função preventiva do ordenamento jurídico.

Vislumbra-se que o Direito penal moderno se projeta sobre novos interesses jurídicos, motivo pelo qual a doutrina já lhe atribui o caráter de acessoriedade. Notórias são as críticas doutrinárias sobre esse cenário, a começar pelo garantismo de Ferrajoli,²⁵³ e a doutrina do direito penal mínimo, que defende a restrição de bens jurídico-penais aos clássicos e respeita o alcance de todas as regras de imputação e princípios político-criminais de garantia característicos do direito penal clássico que

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 77.

²⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 42 ss

²⁴⁸ DONINI, Massimo. **Populismo e ragione pubblica**. Modena: Mucchi, 2019, p. 52.

²⁴⁹ FERRAJOLI, Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal**. Trad. de Andrés, Ruiz, Bayón, Terradillos y Cantarero. Madrid: Trota, 1995.

²⁵⁰ MOCCIA, **La perenne emergenza**. Tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed., Napoli 1997.

²⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del "Big crunch" em la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). **Anuario da Faculdade de Direito**, p. 953-985, p. 955.

²⁵² Representada principalmente por HASSEMER, LÜDERSSEN, NAUCKE, HERZOG, ALBRECHT, PRITTWITZ. Cf. SILVA SANCHEZ, La insostenible situación del Derecho penal, Granada 2000, Prólogo a la edición española, p. XII.

²⁵³ FERRAJOLI, Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal**. Trad. de Andrés, Ruiz, Bayón, Terradillos y Cantarero. Madrid: Trota, 1995.

remontam ao iluminismo, em detrimento da função preventiva do direito penal. Os pensadores da Escola de Frankfurt, nesse sentido, formulam crítica à expansão do Direito penal no sentido de se tornar puramente funcionalista, com a finalidade de defesa da sociedade frente às disfunções do moderno sistema social ultrapassando a proteção dos bens jurídicos clássicos, sacrificando as garantias essenciais do estado de direito.²⁵⁴

Para Hassemer,²⁵⁵ o direito penal moderno se manifesta através do incremento nos marcos penais de delitos já existentes e na criação de novos delitos, por três instrumentos técnicos: a orientação institucional na proteção de bens jurídicos que tutelam bens universais; o recurso à técnica dos delitos de perigo abstrato (que ampliam enormemente o âmbito de aplicação do direito penal, dado que renunciar ao dano é renunciar à demonstração de causalidade, sem que seja necessário mostrar ao juiz a periculosidade; e a realidade lógica consequente dos itens anteriores: a construção de delitos sem vítimas em que não existe um dano.

Esse espaço é ocupado pelo processo de criminalização, no âmbito primário (criação das leis) e secundário (aplicação das leis aos casos concretos).²⁵⁶ O alargamento do âmbito do punível se observa, por um lado, pelo número crescente de leis penais, e por outro, pela dilação do conteúdo dessas normas incriminadoras, dentre as quais o impulso de delitos de perigo abstrato, delitos imprudentes, aumento do recurso de normas penais em branco e elementos normativos do tipo, bens jurídicos coletivos e espiritualizados, delitos de violação de dever (*Pflichtdelikte*), delitos imprudentes e delitos de posse (*Besitzdelikte*).²⁵⁷

Como resultado, surgem os delitos econômicos,²⁵⁸ crimes contra o meio ambiente, crimes relacionados à produção industrial e comércio de produtos, delitos

²⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidade del Derecho penal económico. In: **Revista Penal México**, n. 5, set/2013-fev/2014 (p. 61-75), p.62

²⁵⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda. **O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-22.

²⁵⁶ BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos *Besitzdelikte* a partir da Concepção Significativa da Ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016, p. 78. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2016v37n73p75>

²⁵⁷ BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos *Besitzdelikte* a partir da Concepção Significativa da Ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016, p. 79. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2016v37n73p75>

²⁵⁸ Carlos Martínez-Buján Perez entende que esse fenômeno de expansão possui maior relevância, em termos qualitativos e quantitativos, no âmbito socioeconômico (MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. **La expansión, la reducción y la legitimidade del Derecho penal económico**. Revista Penal México, n. 5, p. 61-75, set. 2013 – fev. 2014, p. 62).

afetos à tecnologia genética, imputações relativas à criminalidade organizada, crimes referentes a comercialização e consumo de entorpecentes, dentre outros comportamentos percebidos como ameaçadores à sociedade.

Os delitos de perigo abstrato, embora já presentes na legislação penal, se converteram, por mudanças de modelos político-criminais, numa tática preferencial de punição.²⁵⁹ Observa-se que a estrutura típica destes tipos penais se afasta dos modelos tradicionais de tipo de injusto penal na medida em que não há lesão a bem jurídico individual, o que por si só, segundo alguns autores, acarreta problemas de legitimidade.²⁶⁰

A popularização dos delitos de posse, organização e simples estado também fazem parte dessa evidente tendência ampliativa.²⁶¹ Sobre essas técnicas de tipificação, explica Jacson Zilio:

A proliferação dos delitos de posse e dos delitos de organização atualmente, como novas hipóteses de criminalização, respondem à expansão do direito penal, como técnica autoritária de flexibilização de regras de imputação. O objetivo dessa nova racionalidade é canonizar a ideia de prevenção absoluta como neutralização de fontes artificiais de perigos. Por isso são construídos numa aliança entre bens jurídicos coletivo e tipos de perigo abstrato.²⁶²

O resultado do emprego de técnicas de tipificação que produzem adiantamento de barreiras de imputação é, inevitavelmente, o recorte de direitos individuais.²⁶³

²⁵⁹ ZILIO, Jacson Luiz. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 185, p. 43 – 81, nov. 2021, p. 50.

²⁶⁰ Nesse sentido, a ausência de bem jurídico individual a ser protegido nos injustos de posse impediria, por si só, a imputação nessa modalidade delitiva. KINDHAUSER, posiciona-se no sentido de que delitos de perigo abstrato estariam atrelados a normas cujo conteúdo proibitivo é o desprezo às condições de segurança necessárias para poder dispor dos bens jurídicos sem preocupações, ou seja, não são delitos sequer de perigo, mas de proteção ao estado de seguridade social, sendo este o bem jurídico tutelado. Ainda assim, o autor entende que com o rompimento dos delitos de perigo abstrato do paradigma da agressão [*angriffsparadigma*], a interpretação dogmática do injusto dos delitos de posse enquanto contrariedade ao estado de seguridade tem como efeito a expansão do direito penal (KINDHAUSER, Urs. **Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte**. Frankfurt: Verlag Vittorio Klostermann, 1989, p. 280).

²⁶¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 17.

²⁶² ZILIO, Jacson Luiz. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 185, p. 43 – 81, nov. 2021, p. 43.

²⁶³ BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos *Besitzdelikte* a partir da Concepção Significativa da Ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016, p. 1.

2.2 A INCRIMINAÇÃO DA POSSE

Embora a incriminação da posse remonte à Roma Antiga,²⁶⁴ as figuras delitivas sobre tal matéria no Direito penal moderno foram desenvolvidas dentro de uma técnica dogmática de tipificação penal. O recurso a essa técnica tem despertado crescente interesse doutrinário, com variadas críticas à legitimidade dos delitos de mera posse, sobretudo em função da “primazia que o legislador pós-moderno concede a essa modalidade de tipificação”.²⁶⁵

Na compreensão de Cox Leixelard,²⁶⁶ cada vez mais se recorre legislativamente a noções como a posse para definir o âmbito do punível, convertendo-se em uma das prediletas estratégias do contemporâneo Direito penal de risco.

Roxin,²⁶⁷ em consonância com Eckstein,²⁶⁸ alarma que os crescentes mais de cem tipos penais de posse na Alemanha são resultados das políticas criminais de direito europeu e direito internacional – o que se pode observar válido também na política-criminal brasileira, conforme o repasse histórico-jurídico nacional e internacional anteriormente retratado. Nessa mesma linha, para Carlos Viveiros,²⁶⁹ possível catalizador da tendência político-criminal de incriminação da posse é a influência de tratados internacionais no direito penal interno dos Estados nacionais, que se veem sujeitos a obrigações de tipificação penal de posse de determinados objetos – tal como abordado no primeiro capítulo deste trabalho.

Os motivos que movem o legislador a recorrer a essas técnicas de tipificação com cada vez mais frequência – e, conseqüentemente, tornar sua tipificação útil à política criminal atual – para Nuria Pastor Muñoz,²⁷⁰ apoiada no estudo de Silva Sánchez, são a expansão do direito penal, a crença social da eficácia absoluta do *ius*

²⁶⁴ *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, 81 a.C; e Digesto, 48.8.3.1.

²⁶⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 105.

²⁶⁶ COX LEIXELARD, Juan Pablo. **Delitos de posesión**: bases para una dogmática. Montevideo: B de F Ltda, 2012, p. 6 e 19.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. **Delitos de tenência**. Seminario en Sevilla, mar. 2008, p. 2.

²⁶⁸ ECKSTEIN, Ken. **Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte**. In: ZTStw, n. 117, 2005, p. 107 e ss.

²⁶⁹ VIVEIROS, Carlos. **Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 21.

²⁷⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona, 2005, p. 21 ss.

puniendi, o retorno da ideia da pena enquanto forma de “inoculação”²⁷¹ de delinquentes, a maneira com a qual se leva à resolução de problemas de natureza processual,²⁷² o surgimento de “inimigos”²⁷³ e a tendência de autoproteção do Estado para castigar a desobediência.²⁷⁴

Busato²⁷⁵ afirma que dentre as formas mais evidentes de expansão do Direito Penal, no sentido nocivo que este termo pode guardar, os delitos de posse representam a classe de imputação em que se observa mais notoriedade esse fenômeno. Dubber²⁷⁶ é ainda mais incisivo em sua crítica ao considerar delitos de posse como uma arma utilizada pelo sistema contra a *war on crime*.

Essas perspectivas pessimistas se coadunam quanto à utilização dos delitos de posse como recurso para aumentar o âmbito do punível.

2.2.1 Natureza e classificação dos delitos de posse

Os delitos que designam a posse de objetos são caracterizados pelos tipos penais descritos por verbos como possuir, ter, portar, guardar, portar, armazenar,

²⁷¹ Conceito desenvolvido por SILVA SÁNCHEZ (**La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 142 ss) para designar o fenômeno da utilização da pena como instrumento para incapacitar os sujeitos que se considera irrecuperáveis. Para DUBBER, a hipérbole da inoculação se percebe na ideologia “*war on crime*” estadunidense, que considera os ‘indesejáveis perigosos’ impossíveis de ressocialização e concebe a pena como um meio para exterminar o crime incapacitando os criminosos. Os delinquentes, no entanto, não seriam apenas aqueles que praticam condutas lesivas a interesses individuais ou públicos, mas também aqueles cuja conduta indica que estaria disposto a cometer delitos (DUBBER, Markus Dirk. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Evanston, v. 91, n. 1, p. 829-994, 2001).

²⁷² A criminalização da posse de drogas vem sendo utilizada como recurso de facilitação da persecução penal para solucionar o problema da insuficiência probatória para condenação pelas outras condutas de traficância. Trata-se, sobretudo, da criminalização de indícios por meio de sua conversão em delitos autônomos. Autores que defendem a legitimidade de tais delitos, como SCHROEDER, inclusive, admitem que a “[...] a penalização da posse serve para poupar a necessidade de prova da aquisição de objetos [...]” (SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. **Revista de Derecho penal y Criminología**. Madrid: UNED, n. 14, 2. época, 2004, p. 162).

²⁷³ Conforme doutrina de JAKOBS (Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. *In*: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 38) no direito penal do inimigo há sujeitos a quem não se prestariam a garantia cognitiva mínima para o tratamento como pessoa. A pena, portanto, seria uma reação para combater-los enquanto fontes de perigo.

²⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001, p. 136 ss.

²⁷⁵ BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, jan. 2015. p. 20.

²⁷⁶ DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 91, 2001. p. 856.

conservar em sua custódia, estar sob domínio, armazenar, exercer poder efetivo, manejar, manter disponível, custodiar, dentre outros vocábulos que abrangem o domínio sobre determinado objeto. Não se trata, no entanto, de categoria autônoma de delito dentro da dogmática, motivo pelo qual não há definição técnico-normativa firmada para defini-los.

A própria definição do conceito de posse, para fins de sua interpretação – uma vez que é pressuposto essencial para a configuração do tipo – é problemática na doutrina, ao passo o conceito de posse é oferecido pelo Direito civil,²⁷⁷ mas também se propõe construir um conceito de posse para o âmbito de aplicação jurídico-penal.²⁷⁸

Contribui para discussão linguística do verbo posse o estudo de Eberhard Struensee:

o uso linguístico entende 'possuir' e 'ter' como a detenção de relações de determinada classe entre a pessoa e uma ou mais coisas: 'A' tem/possui uma casa, um carro, uma empresa etc. Entretanto, esses verbos também podem designar que a certo indivíduo correspondem determinadas propriedades ou capacidades: 'A' tem/possui humor, compreensão, um conhecimento extraordinário da língua alemã, um grande talento musical, bom gosto etc. Por outro lado, com esses vocábulos, igualmente, descrevem-se relações entre pessoas: 'A' possui/tem uma mulher, dois filhos, uma empregada, todavia, pais vivos não mais. Inclusive, esses termos podem ser usados para caracterizar estima – positiva ou negativa – que se concede a uma pessoa ou coisa: 'A' tem/possui o afeto de sua família, o respeito de seus colegas, a confiança de seus colaboradores, poucos inimigos etc.²⁷⁹

Para Eckstein,²⁸⁰ um supra conceito de posse é definido como domínio real, efetivo, determinado pela vontade de domínio, exercido por uma pessoa sobre um objeto: define essas figuras delitivas como a imputação que se esgota com o “ter algo”.²⁸¹ O elemento volitivo da posse é representado pelo conhecimento, por parte do possuidor, de que o objeto está em seu poder, motivo pelo qual se aponta que é o elemento subjetivo dos tipos de posse.²⁸²

²⁷⁷ Cf. DIÉZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil: v. 3. 7. ed. Madrid: Imprenta, 2001, p. 87 ss.

²⁷⁸ ECKSTEIN, Ken. **Besitz Als Straftat**. Berlim: Duncker & Humblot, 2001, p. 94 ss.

²⁷⁹ STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p. 56-69, jan./abr. 2013, p. 59. Tradução de José Danilo Tavares Lobato.

²⁸⁰ ECKSTEIN, Ken. Fundamentos e problemas atuais dos delitos de posse. EDV, EU, leis jurídico-penais modificadores, concursos. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 31-56), p. 33.

²⁸¹ ECKSTEIN, Ken. **Besitz als straftat**. Berlim: Duncker & Humblot, 2001, p. 22.

²⁸² PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona, 2005, p. 34.

De maneira geral, são delitos de posse aqueles cuja responsabilidade penal requer o domínio fático do autor sobre o objeto.²⁸³ Acrescenta a essa concepção Jacson Zilio,²⁸⁴ para quem delitos de posse são definidos pelo “domínio relacional de coisas consideradas ilegais”.

O protagonismo assumido pelos delitos de posse nos ordenamentos jurídicos contemporâneos e a notoriedade das críticas dogmáticas formuladas sobre o tema são aspectos que justificam a investigação da natureza dogmática destas formulações típicas e a ênfase a seus problemas de legitimidade jurídico-penal. Para o fim de alcançar o fim pretendido pelo presente estudo, essa seção se limitará à formulação típica da posse como delito autônomo – não vinculada a outros tipos legais, como na forma de majorante de pena – e independente – em que o tipo esgota com a mera posse, independente da comissão ou omissão de diversa conduta.

Para uma investigação aprofundada da capacidade de significado das condutas de posse é preciso captar sua natureza jurídica dentro das classificações que a doutrina oferece.

A incriminação da posse pode ser vinculada ao estabelecimento de um certo uso para esses objetos, configurando-se a existência de tipo positivo – a exemplo da exposição do objeto a venda, consumo etc. -, ou se esgotar com o tipo objetivo, isto é, a posse puramente objetiva, ao que Eckstein²⁸⁵ define como “puro estado de posse”. É dessa modalidade que diz respeito o presente estudo.

Schroeder²⁸⁶ oferece sistematização dos delitos de posse a partir de seus fins. Os delitos de pura posse configuram as incriminações sem tipo subjetivo expreso, isto é, o tipo esgota-se unicamente pela posse do objeto. Em sentido contrário, a segunda ordem de classificação é a posse com internação de utilização ou emprego do objeto como preparação para cometimento de ação típica diversa (configurando-

²⁸³ VIVEIROS, Carlos. **Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 38-39.

²⁸⁴ ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 185/2021, p. 43 – 81, nov. 2021, p. 44.

²⁸⁵ ECKSTEIN, Ken. Fundamentos e problemas atuais dos delitos de posse. EDV, EU, leis jurídico-penais modificadores, concursos. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 31-56), p. 33; SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian *et al.* **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 84.

²⁸⁶ SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 69-79), p. 71-74.

se enquanto delito de intenção, já que deve se provar que autor planeja um delito concreto). Por fim, elenca ainda os delitos de posse cuja incriminação parte não do aspecto finalístico do agente, mas da política criminal, como incentivo de produção – a exemplo da posse de pornografia infantil.

Jakobs²⁸⁷ oferece três categorias para tanto: aquelas cujo comportamento de posse em si mesmo é externo e perturbador, cuja imputação se justifica pela generalização da tendência de produção de um dano; as que tipificam condutas perturbadoras em si mesmas, porque adequadas a produzir efeitos externamente perturbadores e, em último lugar, aquelas que recorrem a condutas que não seriam perigosas sem um comportamento delitivo posterior. As justificativas político-criminais das últimas décadas para a criminalização da posse de drogas ilícitas se aproximariam da última categoria.

Eckstein²⁸⁸ oferece classificação com base na natureza do objeto: coisas que são perigosas em si mesmas (como explosivos, vírus); coisas perigosas em virtude de mediação psíquica (como armas em locais públicos), coisas criminalizadas para evitar seu uso (como drogas) e coisas criminalizadas em geral (como pornografia infantil). A partir dessas classes, propõe que os delitos de posse se dividem em: “posse com o objetivo de impedir a produção ou a obtenção de coisa”, “posse com finalidade de impedir que determinados objetos estejam em certos lugares”, “posse para impedir o uso de determinados objetos” e “posse com o fim de facilitar a persecução penal”.

Nuria Pastor Muñoz²⁸⁹ oferece mais completa classificação, associando os delitos de posse aos delitos de estado para tanto, resultando em seis modalidades: (i) a posse perigosa de objetos perigosos a partir de uma presunção *iures et de iure* de periculosidade, o que torna desnecessária a prática de um comportamento adicional para motivar a incriminação, a exemplo da posse de armas de fogo sem licença e posse de materiais radioativos conservados em más condições de segurança; (ii) a posse *per se* não perigosa, de objetos que podem eventualmente ser empregados de forma perigosa, como seria o caso da posse de arma sem licença guardada em cofre, de forma que somente um comportamento futuro poderia concretizar um perigo, tal

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. **Estudios de Derecho Penal**, Madrid, 1997, p. 308 ss.

²⁸⁸ ECKSTEIN, Ken. **Besitz als Straftat**. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2001, p. 67 ss.

²⁸⁹ Essa contribuição dogmática é objeto da obra PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona, 2005.

como um homicídio; (iii) a posse de objetos com intenção de se cometer um crime, objetos esses que não representam risco pela mera posse, mas pelo plano criminoso, a exemplo da posse de moeda falsa para utilização no comércio e a posse de medicamentos adulterados para sua distribuição; (iv) a posse de objetos idôneos apenas para o cometimento de crimes, de forma a configurar atos preparatórios, representados pela posse de matéria prima destinada à produção de drogas e a posse de *softwares* malignos para prática de fraudes; (v) os delitos de estado (*status*), cuja incriminação se configura pelo pertencimento ou integração de organizações ilícitas, quadrilhas armadas e grupos terroristas; e (vi) a posse de objetos provenientes da prática de crime já consumado, cujo principal exemplo é a posse de material pornográfico infantil para uso próprio.

2.2.2 Críticas doutrinárias à tipificação da posse

Os delitos de posse foram albergados pelos ordenamentos jurídicos modernos e reconhecidos sem muitas indagações, isto é, foram recepcionados nos textos legais sem o crivo da legalidade. Nesse sentido, "falta, todavia, investigação sobre alcance geral sobre o merecimento de pena e da natureza dogmática da posse de objeto".²⁹⁰

No entanto, causa estranheza a imputação na forma consumada de delitos cujo tipo é preenchido com a mera posse de objeto, motivo pelo qual predomina a crítica a tipos dessas classes na literatura jurídico-penal.²⁹¹ As críticas são direcionadas aos problemas dogmáticos, processuais e principalmente de legitimidade.²⁹² À vista dessas problemáticas, cumpre à dogmática jurídico-penal investigar se os comportamentos que abrangem os tipos de posse constituem verdadeiras perturbações aos pilares da sociedade e, com isso, definir a fronteira de

²⁹⁰ SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Das 27.** Strafrechtänderungsgesetz - Kinderpornographie. München: C. H. Beck, n. 40, 1993., p. 2581-2582.

²⁹¹ ROXIN, Claus. **Delitos de tenencia** Seminario en Sevilla, mar. 2008, p. 1.

²⁹² Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (coords.). **Festschrift für Günther Jakobs zum 70.** Berlin: Geburtstag, 2007, pp. 27-52; PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus:** una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005; PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de José Danilo Tavares Lobato.

legitimidade das técnicas de tipificação.²⁹³

O que se pretende nesse ponto é resumir as principais críticas doutrinárias à técnica de tipificação dos delitos de posse em matéria dogmática, sobretudo aquelas que questionam sua legitimidade diante do avanço de barreiras no âmbito da imputação penal.

Como revela Roxin,²⁹⁴ é Struensee um dos primeiros estudiosos a se ocupar dessa categoria de delitos, e um dos seus primeiros críticos, ao se posicionar no sentido de que a incriminação da posse se trata de tropeço legislativo.²⁹⁵ Não se olvida que há autores que, de outro lado, defendem a incriminação da posse quando se trata de 'protótipos de meios delitivos' pois esses objetos apresentam elevado perigo de serem empregados criminosamente por alguém.²⁹⁶

A partir das considerações tecidas acerca do incremento de tipos de mera posse nos ordenamentos jurídicos do Direito penal moderno, observa-se que os tipos penais que criminalizam a posse de objetos denotam a intenção do legislador de incriminar o uso e a circulação de objetos potencialmente perigosos (tal como drogas, armas e pornografia infantil), ou seja, a criminalização tem como foco o objeto, não a conduta.

De um lado, percebe-se a lógica de antecipação: pune-se a posse por gerar mera suspeita²⁹⁷ de possível lesão a bens jurídicos, com a instrumentalização do Direito penal para prevenir danos. Essa fórmula se percebe, por exemplo, no caso Harmelin v. Michigan,²⁹⁸ em que a criminalização da posse de drogas foi fundada em argumentos "preventivistas".²⁹⁹ Houve condenação à pena perpétua pela simples posse de drogas, motivada pela ameaça de causar grave dano para a sociedade, já que o consumo de tóxicos se relacionaria ao cometimento de crimes: primeiro, porque

²⁹³ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 46.

²⁹⁴ ROXIN, Claus. Crimes de posse. In: LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse**: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 81-95), p. 81.

²⁹⁵ STRUENSEE, Eberhard. **Festschrift fur Grunwald**, 1999, p. 123.

²⁹⁶ JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997, §6º, n. 86.

²⁹⁷ Sobre o direito penal da suspeita, ver MACAGNO, Mauricio Ernesto. La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal Argentino. **Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**: Universidad Nacional de La Plata, La Plata, n. 41, p.179-192, 2011.

²⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Harmelin v. Michigan. U.S. Reports, v. 501, U.S. 957, 27 jun. 1991.

²⁹⁹ Termo empregado por PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 24.

o usuário de drogas sofre mudanças em suas funções psicológicas, habilidades cognitivas e humor; segundo, porque o usuário precisa de dinheiro comprar mais drogas; e terceiro, porque crimes violentos, como homicídios, fazem parte do “negócio das drogas”.³⁰⁰

Jacson Zilio refere que os delitos de posse são construídos com os recursos antecipatórios de punição dos delitos de perigo abstrato:

Nesse sentido, então, a criminalização primária prevista nos referidos delitos nada mais faz do que antecipar o momento da punição, para um estágio anterior aos próprios atos preparatórios do *iter criminis*. Nesses casos de delitos de posse, inclusive, tal antecipação impede se pensar na própria tentativa. A diferença fundamental entre delito tentado e delito consumado desaparece. Algumas vezes, nos delitos de posse, chega-se ao cúmulo de criminalizar atos posteriores abarcados na assentada impunidade do pós-fato. Pense-se na receptação de bens objetos de delitos ou na própria lavagem de dinheiro.³⁰¹

De outro lado, verifica-se a lógica pós-consumativa, com a instrumentalização da posse como facilitadora da persecução penal: quando é dificultada a produção da prova para incriminar determinado delito, facilita-se a persecução penal pela criminalização da mera posse.

Com efeito, a incriminação da posse tem como efeito o afastamento da necessidade de promover uma prova acerca das origens ou fins do emprego do objeto em uma ação concreta, que não o simples fato de um sujeito estar em posse de um objeto determinado. Portanto, serve para preencher a norma penal quando não se logra êxito na aquisição ilegal de determinado objeto.³⁰²

Kai Ambos afirma, nesse sentido, que “esses atos não podem ser colocados em pé de igualdade com a própria posse: ou eles a precedem e depois resultam na posse (aquisição) ou ocorrem em seguida à posse real (manutenção e uso)”.³⁰³

³⁰⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 26-28.

³⁰¹ ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 185/2021, p. 43 – 81, nov. 2021, p. 50.

³⁰² NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. *In*: CASABONA, Romeo; MAIA, Carlos. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000, p. 69.

³⁰³ AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, jan./mar. 2014. Tradução de Pablo Rodrigo Alfren. p.18-19.

Schrorder³⁰⁴ ilustra esse cenário conquanto à criminalização da posse de pornografia infantil no ordenamento jurídico alemão, decorrente da dificuldade de identificação de pessoas intervenientes nos vídeos apreendidos, constituindo o preceito contra a mera posse de pornografia infantil uma tentativa de remediar tal circunstância.

A tipificação da posse elimina necessidade de provar a ação de aquisição ou emprego,³⁰⁵ assim, se simplifica a persecução penal a partir da criação de novos tipos penais.³⁰⁶ Para Pastor Munoz,³⁰⁷ a imputação de indivíduo pela posse quando não se pode provar sua relação com o delito que realmente se gostaria de castigar, não legitima sua existência. Embora Schroeder também reconheça a penalização da posse para poupar a necessidade de prova da aquisição de objetos, defende que isso não lhes retira a legitimação.³⁰⁸

De todo modo, não se pode afastar a crítica quanto à expansão da criminalização:

A incriminação da posse permite que os órgãos de persecução penal trasladem sua atuação do momento consumativo do crime para o ante factum ou o post-factum e, conseqüentemente, trechos do iter criminis, em princípio, impuníveis, passam, por conveniência administrativa, a serem puníveis.³⁰⁹

Em última análise, resulta que a incriminação da posse é recurso intencional de adiantamento de barreiras da imputação penal a que pretende a teoria do delito, tendo em vista que facilita a imputação penal desde um ponto de vista probatório: o esgotamento do tipo com a posse ou o estado outorga ao controle social o poder punitivo de condutas sem que seja necessário provar sua finalidade, seja na modalidade de aquisição ou destino de um objeto ou mesmo da prática de delitos relacionados ao estado.

³⁰⁴ SCHRORDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 69-79), p. 73-74.

³⁰⁵ SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. **Revista de Derecho penal y Criminología**. Madrid: UNED, n. 14, 2. época, 2004, p. 162.

³⁰⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 26-27.

³⁰⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 27.

³⁰⁸ SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión como hecho punible. **Revista de Derecho penal y Criminología**. Madrid: UNED, n. 14, 2. época, 2004, p. 164.

³⁰⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. **Panorama dos crimes de posse**. Revista Liberdades, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 109.

Como refere Jacson Zillio,³¹⁰ a identificação do injusto penal é, num direito penal democrático, condição prévia fundamental de legitimidade para qualquer tipicidade material dos delitos de posse.

O aspecto problemático dessas técnicas de tipificação é, de um lado, de ordem material: se a posse ou o estado não demandam dolo de agir no sentido de algum risco intolerável, qual é o conteúdo de seu injusto? O conceito material de delito, independentemente dos critérios de base adotados – a proteção ao bem jurídico, o dano social, a necessidade de merecimento de pena, entre outras teorias – impõe ao legislador a necessidade de justificar a imputação penal de um determinado comportamento,³¹¹ comportamento este que deve afetar elementos essenciais da sociedade.³¹²

Se a legitimação da intervenção penal se dá pelo processo de oferecimento de justificações racionais para limitar a liberdade, a própria natureza dos bens jurídicos – definição essa que nasce com o propósito de justamente promover essa justificação – já oferece um primeiro entrave no processo de justificação da ameaça à liberdade, já que os bens jurídicos materiais são irrefutavelmente mais notáveis do que aquelas de segunda ordem, dentre os quais estão a segurança social, a paz social e ordem pública.

Com isso, se percebe que a absolutização da eficácia da criminalização também opera de forma preventiva: não apenas na forma de intimidação, mas como fim de neutralização de fontes de perigo por meio da lógica da antecipação da criminalização em fase anterior à lesão de bens jurídicos.³¹³

Hassemer, ainda na década de 1990, tecia críticas em relação à incriminação de bens jurídicos universos, bem como aos delitos de perigo abstrato, mostrando preocupação especialmente quando em um mesmo tipo legal se combinavam tais aspectos.

³¹⁰ ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 185/2021, p. 43 – 81, nov. 2021, p. 44.

³¹¹ Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 46.

³¹² FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried et al (eds.). **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70**. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 87, *apud* ROXIN, Claus. **Derecho Penal** - Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1991, p. 408.

³¹³ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 24 ss.

No mesmo sentido, Nestler³¹⁴ tece crítica sobre a incriminação dos delitos de posse, marcados pela indeterminação dos bens jurídicos universais que fundamentam a intervenção penal e a configuração de perigo meramente abstrato, em renúncia à necessidade de dano e prova de causalidade, o que tem como resultado a redução dos pressupostos da punição. Sobre tal questão, o autor explica que ao revés dos crimes de lesão (em que há bem jurídico afetado) e dos crimes de perigo concreto (em que unicamente se produz risco concreto de lesão ao bem jurídico), os delitos de posse configuram crimes de perigo abstrato eis que a generalização do perigo é presumida, ainda que a posse do objeto seja, por si só, neutra, a exemplo de gasolina, facas, metralhadoras e carros. Dessa forma, elucida que periculosidade que atribuímos a esses objetos depende do emprego que tendemos lhes dar. Como consequência, defende que a fixação de determinado fim por parte do possuidor pode sustentar seu caráter perigoso para bens jurídicos, de forma que a proibição dá causa a uma pena por mera suspeita, configurando-se o adiantamento de barreiras de proteção já que só há risco a bem jurídico com o emprego desse objeto mediante uma ação.

Assim, não bastam os argumentos da utilidade da intervenção penal para a criminalização sem que estejam presentes os critérios concernentes à efetiva ocorrência de lesão a interesses e direitos dos indivíduos e da sociedade. Mais que isso, ainda se pressupõe que não basta definir o bem jurídico tutelado pela criminalização da posse sem que seja comprovada sua relevância jurídico-penal na configuração social específica em que se aplica a lei. Nesse sentido, aduz Pastor Muñoz:

*La legitimidade de la criminalización no depende de la existencia del bien jurídico, pues ésta depende, a su vez, de la configuración social; en efecto, es esta última la que define qué intereses forman parte de su esencia, es decir, qué realidades son bienes jurídicos dignos de protección penal.*³¹⁵

Pastor Muñoz³¹⁶ enfrenta o problema dogmático dos delitos de posse –

³¹⁴ NESTLER, Cornelius. O princípio da proteção de bens jurídicos e a punibilidade da posse de armas de fogo e substâncias entorpecentes. In: LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 11-20), p. 11-14.

³¹⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 46.

³¹⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 59 ss.

notadamente de perigo abstrato - a partir do alcance de equivalentes funcionais ao perigo concreto: de um lado, estariam a manifestação inequívoca por parte do autor de sua disposição em cometer delitos ou, ainda, a prática de atos objetivos de preparação. Apesar de se tratar, a princípio, da criminalização pela antecipação da efetiva lesão ao bem jurídico, a autora defende sua legitimidade pela verificação concreta de manifestações de natureza objetiva que comprovariam a periculosidade subjetiva da posse. De outro lado, se poderia suprir a ausência de periculosidade objetiva pela presunção de uma periculosidade subjetiva a partir do perigo de um comportamento delitivo futuro, elemento este que não seria equivalente funcional do perigo objetivo pela ausência de manifestações concretas e inequívocas da periculosidade objetiva, de maneira a não ser legítima a criminalização.

Em contraponto às críticas quanto à legitimidade dos delitos de posse fundadas na problemática de preenchimento de seu conteúdo material, seja em relação ao bem jurídico elegido ou em relação ao potencial de lesividade, Greco³¹⁷ argumenta que as mesmas questões estão presentes nos tipos de lesão ou de perigo concreto, sendo insuficientes para fundamentar a crítica dogmática posta. Sugere, então, que a discussão seja enfrentada a partir da estrutura do delito (*Deliktstruktur*).

Nesse sentido, a técnica de tipificação dos delitos de posse levanta uma questão dogmática concernente à tipicidade, vez que os desenhos incriminatórios são desenhos incriminatórios sobre tipos penais. Para Cláudio Brandão,

*(...) a tipicidade, como juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento proibido pela lei penal, representa um importante aspecto da crise por que passa o direito penal hodierno.*³¹⁸

Lagundry³¹⁹ foi o primeiro estudioso a verificar o problema estrutural dos delitos de posse, afirmando-se constituir inadequação normativa, vez que a mera posse não configura um fazer comissivo ou omissivo e a teoria do delito exige do fato

³¹⁷ GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 49, jul.-ago. 2004, p. 117.

³¹⁸ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 35, n. 68, p. 59–90, 2014, p. 60.

³¹⁹ LAGODNY, Otto. **Strafrecht Vor Den Schranken Der Grundrechte**: Die Ermächtigung Zum Strafrechtlichen Vorwurf Im Lichte Der Grundrechtsdogmatik Dargestellt Am Beispiel Der Vorfeldkriminalisierung. Tübingen: Mohr, 1996, p. 322.

punível um comportamento humano no sentido de ação ou omissão.³²⁰

Desse modo, os conceitos ontológicos de ação impedem a classificação dos delitos de posse enquanto crimes com ação tanto na modalidade comissiva quanto na modalidade omissiva, o que impede sua legitimação na dogmática penal, como anota Struensee.³²¹

Não obstante, outras doutrinas divergem no sentido de legitimar a incriminação da mera posse enquanto delitos de resultado cuja punibilidade não se fundamenta em si mesma, mas a partir de ações ou omissões conexas que implicam em sua manutenção. Para Eckstein,³²² a posse como estado punível se distingue pelo domínio real, de forma que a dominabilidade subjetiva justificaria a reprovação da culpabilidade. A mesma posição é assumida por Schroeder,³²³ ao reconhecer a problemática da flexibilização da estrutura normativa dos delitos de posse a partir do afastamento da lesão constatada por imputação de uma periculosidade *iuris et de iure*, a flexibilização do conceito de ação, a natureza de perigo abstrato de tais delitos sem que perigo seja constatado, bem como por se tratar de delito de mera conduta sem que ocorra qualquer resultado material; mas afirmar que há compatibilidade dos delitos de posse com o princípio da culpabilidade. Esse raciocínio pode ser traduzido mediante um desvalor da ação e uma supervalorização do princípio da culpabilidade, bastando o exercício do domínio para configuração da posse punível – em concreta violação ao princípio do ato ou fato. Roxin,³²⁴ por sua vez, adota posição mais moderada, ao ponderar que cada tipo penal de posse deve ser analisado individualmente para aferir sua legitimidade, garantindo que não é necessário abandonar o dogma da ação em tais delitos, a partir de sua doutrina da ação enquanto manifestação da personalidade.

A partir dessas inquietações doutrinárias contemporâneas, vislumbra-se que

³²⁰ Nesse sentido, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 25; e ECKSTEIN, Ken. **Besitz als strafat**. Berlim: Duncker & Humblot, 2001, p. 192 ss.

³²¹

³²² ECKSTEIN, Ken. **Besitz als Straftat**. Berlim: Duncker & Humblot GmbH, 2001, p. 123 ss e p. 192 ss; STRUNSEE, Eberhard. Besitzdelikte. In: SAMSON, Erich et al. **Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag**. Nomos: Baden-Beden, 1999, p. 714.

³²³ SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Besitz als Straftat**. Festschrift für Kaczmarek, 2006, p. 570; STRUENSEE, Eberhard. Delitos de posse. In: LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 21-30), p. 23-25.

³²⁴ ROXIN, Claus. Crimes de posse. LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 81-95), p. 95.

a essência das críticas à incriminação da posse se dá por três caminhos: a discussão da ausência de conduta no portar determinado objeto, em violação ao princípio do ato, a interpretação acerca do bem jurídico protegido ante a ausência de lesividade com a mera posse, em violação ao princípio da ofensividade, e, por fim, a técnica do adiantamento da incriminação para condutas preparatórias.

3 CRÍTICA À INCRIMINAÇÃO DA POSSE A PARTIR DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Na lição de Busato, não se pode ignorar que a própria existência do Direito penal já configura, por si só, uma violência que impacta com tanta gravidade a sociedade num todo que a necessidade de sua limitação se revela inquestionável:

O Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com essa agressão (prevenção, retribuição etc.), ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários.³²⁵

Se o Direito penal pode ser conceituado como “um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como as penas ou as medidas de segurança”,³²⁶ é a razoabilidade de tais reações repressivas que deve ser sopesada em frente ao que se considera intolerável.

Vale ressaltar que o desenvolvimento do Direito penal não resulta em um fim de melhoria em si mesmo, com vistas a elaborar uma fórmula de justificação da pena matematicamente perfeita e sem possibilidade de entraves - mas sim para além de si, como ensinou Radbruch:

[...] o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além já do próprio direito penal. Nesse dia sua forma virá a consistir, não tanto na criação dum direito penal melhor do que o actual, mas na dum direito de melhoria e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que direito

³²⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015. 2.ed, p. 3.

³²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015. 2.ed., p. 1, fazendo referência às obras GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, t. I, p. 8; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. I, p. 11-12; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**, Parte geral. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3; MESTIÉRI, João. **Manual de Direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 3; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2008. p. 3; BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008. p. 5; QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.

penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele.³²⁷

De todo modo, seja para desenvolver um Direito penal que evite os abusos de um Estado autoritário, seja para evoluir o estado de sociedade no qual encontramos, a justificação racional da imputação penal é a discussão de maior dimensão no contexto da dogmática penal.

Como elucidado no capítulo anterior, muito embora a teoria do delito tenha sofrido diversas alterações em termos de estrutura, conteúdo e eixo, a dogmática jurídico-penal moderna nunca renunciou que a incriminação tivesse como elemento a ação (em sentido geral), vez que foi edificada sob a missão de combate ao autoritarismo estatal.

Dentre os problemas dogmáticos dos delitos de posse, sabe-se que a (in)existência de conduta nos delitos de posse ocupa espaço relevante nas discussões doutrinárias. A depender do conceito de delito adotado, enquanto alguns autores negam a posse enquanto comportamento, o que tornaria a tipificação um erro, outro grupo acredita que tal questão não é suficiente para ser um obstáculo de legalidade e legitimidade.³²⁸ Ainda há autores que justificam a existência de conduta ao considerar a posse como comissão por omissão³²⁹ ou, ainda, omissão pura. O desprezo pela exigência de ação para assegurar a punibilidade, em vinculação estrita com o princípio da culpabilidade, preocupa ainda mais em termos de legitimação do poder punitivo, em um “desvio do dogma da ação”.³³⁰

Essa variação de posições doutrinárias leva a cabo uma importante discussão: é inequívoca a problemática quanto à tipicidade formal dos delitos de posse no que diz respeito a ação, representando “novas formas autoritárias do velho direito penal de autor, porque, de uma forma ou de outra, contornam a exigência de

³²⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 324.

³²⁸ Manzani defendeu a existência de delitos em que não é necessário que o autor execute alguma ação ou incorra em alguma omissão, mas tão somente esteja em um estado individual que desperte suspeitas (delitos de mera suspeita). (MANZANI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal: Teorías generales**, v.2. Trad. Sentís. Buenos Aires: Ediar, 1948, p. 96 ss).

³²⁹ A exemplo de Juan Pablo Cox Leixerlard (COX LEIXELARD, Juan Pablo. **Delitos de posesión: bases para una dogmática**. Montevideo: B de F Ltda, 2012).

³³⁰ ROXIN, Claus. Crimes de posse. LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 81-95), p. 85.

ação.”³³¹ Nesse sentido, o Direito penal do inimigo e Direito penal do autor explicam elementos da tipificação de delitos de posse, sobretudo pelo caráter de neutralização do perigo com a imposição de pena com o fim de otimizar – por vezes, adiantando – a proteção de bens jurídicos.³³²

Para além do escopo material da tipicidade, a limitação do poder punitivo, como se sabe, origina-se em critério anterior, na necessidade de uma ação:

La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor no es solo una cuestión sistemática sino también, y fundamentalmente, política e ideológica.

Solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

*El derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona de las que esta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales.*³³³

Nesse sentido, ilustra Paulo Busato a consequência do abandono das exigências de ação e de resultado:

Se todo delito se equilibra em um desvalor de ação e um desvalor de resultado, as técnicas de tipificação que encurtam exigências a respeito destes dois polos, certamente podem corresponder a um real processo de expansão.³³⁴

A natureza dogmática dos delitos de posse e seu problema de legitimidade, portanto, ultrapassa a barreira da teoria de proteção a bens jurídicos e encontra dificuldades de ser compreendida a partir dos conceitos ontológicos e normativos de ação, sobretudo ante a perda do status do conceito de ação na Ciência do Direito Penal desde o final do século XX, com o surgimento das teorias funcionalistas penais.³³⁵

³³¹ ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 185/2021, p. 43 – 81, nov. 2021, p. 50.

³³² JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther.; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003., p. 23 ss.

³³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p. 7.

³³⁴ BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. **Seqüência**, Florianópolis, n. 73, ago. 2016, p. 78.

³³⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p.51-68, set./dez. 2012. p. 61. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/141-ARTIGO>. Acesso em: 29 nov. 2023.

A questão relevante pode ser assim sintetizada: se a teoria do delito tradicional, edificada a partir dos modelos construídos nos últimos duzentos não é capaz de fornecer uma resposta definitiva à problemática da tipificação da posse, demanda-se compreender a teoria do delito a partir de novos ares, mas a partir da própria estrutura tradicional, com maior enfoque à análise do critério da exigência de uma ação. Nesse passo, exige-se um novo modelo dogmático que permita melhor fazer um controle sobre os delitos de posse, para além das pertinentes críticas formuladas pelos autores mencionados anteriormente.

Essa superação dogmática dos problemas encartados pelas concepções tradicionais do delito tem origem no giro filosófico linguístico-pragmático do século XX, representado inicialmente pelos autores do Círculo de Viena, que se encarregaram de demonstrar interesse prático na filosofia da linguagem, não meramente teórico.³³⁶

A partir do giro linguístico, a busca pelo contexto dentro do sistema jurídico-penal se desenvolveu na forma de “reivindicação de convergência entre os aspectos normativos e os elementos ontológicos dentro do sistema de imputação, de modo a não ignorar a pretensão de sentido que exige o sistema normativo”.³³⁷

A partir dos pressupostos teóricos da filosofia da linguagem nas discussões dos dogmas penais provocou o surgimento de um novo referencial para ponderar sobre as teorias da ação.³³⁸ Duas propostas são deveras relevantes no âmbito da dogmática jurídico-penal, ambos com bases filosóficas que remontam ao *segundo* Wittgenstein,

³³⁶ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant, 2007. p. 73.

³³⁷ARRAES, Rhayssam Poubel De Alencar, CAUDURO, Roberta Martinic; GONÇALVES, Guilherme Henrique. O Direito Penal Deve Ser Encarado Enquanto Ciência? Um Breve Debate Entre As Ideias De Tomás S. Vives Antón E Urs Kindhäuser . in: BUSATO, Paulo César; Arraes, Rhayssam P. (Coord.). **A linguagem do sistema criminal**. Tirant lo Blanch, 2024, p. 42-62, p. 49.

³³⁸ Se antes a filosofia da linguagem era representada pelo dogma da linguagem privada anterior, a partir de Agostinho, Descartes e pelo primeiro Wittgenstein, a questão filosófica era debatida partir das limitações da linguagem prática e a concepção referencial da linguagem a partir de uma linguagem privada anterior à linguagem pública. Dentro desse viés, a concepção ontológica da ação reproduz o entendimento da limitação da expressão postulada por Santo Agostinho, quem “não conseguia expressar tudo o que queria para todos aqueles dos quais o queria” (AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. de Lorenzo Mammi. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 43). A partir dos estudos do ‘segundo’ Wittgenstein e de Habermas, com sua tipologia das racionalidades discursivas, a comunicação e o significado adquiriram caráter mais amplo: “Somente tendo como pano de fundo os componentes cognitivos, morais e expressivos do acervo cultural do conhecimento a partir do qual o autor e seus contemporâneos construíram suas interpretações, o significado do texto pode ser aclarado.” (HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. V. I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. de Manuel Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 184). Para uma leitura aprofundada sobre o desenvolvimento da filosofia da linguagem na modernidade, cf. CASTELO BRANCO, Bruno Cortez Torres. **Culpa grave e culpa leve no direito penal: um critério objetivo-subjetivo do desvalor de ação**. 2023. 224 p. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 82-144.

mas que diferem quanto ao outro suporte linguístico: de um lado, Tomás Salvador Vives Antón, apoiado na teoria da ação comunicativa de Habermas, que propõe uma concepção da ação típica a partir do modelo significativo; de outro, George Fletcher,³³⁹ que desenvolve sua teoria intersubjetiva da ação a partir do estudo dogmático das lições de Welzel. Apesar de se tratar de proposições que muito se assemelham e aproximam ao oferecer uma interpretação e dimensão linguística da ação na teoria do delito, por fins estritamente metodológicos, se tomará a lição de Vives Antón como fundamento dogmático de reavaliação dos delitos de posse.

Eis o problema que será endereçado no presente capítulo: a partir da verticalização do estudo da técnica de tipificação dos delitos de posse, a análise do desvalor da ação a partir de sua concepção significativa permitirá enfrentar sua legitimidade e observar com clareza o avanço de barreiras de imputação promovidas pela tipificação da posse.

Por óbvio, os limitados fins a que se destina esse trabalho, somados à extensão argumentativa da filosofia em que se funda a proposta dogmática de Vives Antón, bem como as vastas contribuições acadêmicas sobre o tema,³⁴⁰ impedem a autora adentrar a todos os liames da concepção significativa da ação. Considerada a

³³⁹ FLETCHER, George P., **Basic concepts of criminal law**. Oxford University Press: New York, 1998; FLETCHER, George P., **Gramática del derecho penal**, Trad. Muñoz Conde, Buenos Aires: Hammurabi, 2008; FLETCHER, George P., **Rethinking criminal law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2000; FLETCHER, George P., **The right and the reasonable**, Harvard Law Review, v. 98, 1985, pp. 949-982.

³⁴⁰ Cf. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Un 'proceso interno' necesita 'criterios externos': algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo. *In: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del professor Tomas Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; GORRIZ ROYO, Elena Maria. **El concepto de autor em derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; BUSATO, Paulo César. Actio libera in causa y action significativa. *In: MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la professora Maria del Mar Diaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 479-516; BUSATO, Paulo César, **Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción em derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje**. Buenos Aires: Didot, 2013; BUSATO, Paulo César, A imprudência a partir do conceito significativo de ação. *In: BUSATO, Paulo César, Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 255-310; BUSATO, Paulo César, **La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de acción**. Curitiba: Juruá, 2011; BUSATO, Paulo César, Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. *In: BUSATO, Paulo César (org.). Neurociência e Direito Penal*, São Paulo: Atlas, 2014; BUSATO, Paulo César, **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, **Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; BUSATO, Paulo César (ed.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; dentre outros.

delimitação de conteúdo do presente trabalho, propõe-se aqui apresentar as bases do trabalho de Vives Antón e seu proveito para a discussão dogmática da legitimidade dos delitos de posse, com aprofundamento prático nos delitos de posse de drogas.

3.1 CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO COMO SUPERAÇÃO DOS MODELOS DOGMÁTICOS ANTERIORES

Como se apontou na seção 2.1, a dogmática jurídico-penal evoluiu a partir da guinada científica iluminista, para, em um primeiro momento, limitar a interpretação da lei e conter os estados autoritários, em um sentido de pretender-se ciência para sistematizar a teoria do delito dentro de uma metodologia de conceitos fechados.³⁴¹ Mas as evidências apontadas nas seções posteriores revelam que esse caráter científico-sistemático do delito resultou na apropriação dos conceitos dogmáticos para alargar o âmbito de atuação a partir de novas interpretações do texto legal, por vezes contrárias aos textos constitucionais, como bem expressa María Luisa Cuerda Arnal:

*Es imprescindible subrayarlo, porque si resulta que las acciones tienen un sentido independiente del lenguaje, entonces cualquier intérprete puede situarse por encima de la ley y de la Constitución. El ius puniendi podría ejercerse marginando los derechos fundamentales que la Constitución reconoce en tanto que ese ejercicio sea visto como correcto por quienes lo ejercen.*³⁴²

Para combater a evolução autoritária da teoria do delito a partir de interpretações irrestritas contrárias aos preceitos fundamentais, um novo paradigma epistemológico na dogmática jurídico-penal é oferecido por Tomás Salvador Vives Antón,³⁴³ quem vislumbra na linguagem uma solução para os fins que pretende a teoria do delito: limitar o poder punitivo.

³⁴¹ “Quanto mais a legislação e a ciência restarem abandonadas à casuística, tanto mais insegura e incoerente será a Administração da Justiça. Apenas o conhecimento sistemático é capaz de garantir um pleno domínio sobre a matéria”. VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch. In: Strafrechtliche vorträge und Aufsätze*. Tomo 1. Berlim: De Gruyter, 1970. p. 218.

³⁴² CUERDA ARNAL, María Luisa. La concepción significativa de la acción v. las pretensiones sistemáticas. In: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: últimas reflexiones sobre el derecho y la justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 16.

³⁴³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

3.1.1 Fundamentos da proposta significativa

Superando a concepção cartesiana da linguagem - na qual se defendia a existência de significados prévios a qualquer linguagem, que residiam na mente e eram apenas possivelmente expressados pela linguagem -, adota a filosofia *wittgensteniana*, pautada na existência da linguagem enquanto elemento constituinte do significado: não há significado prévio ou independente ao uso; o significado é dado pelo uso em cada contexto, fenômeno referenciado por Wittgenstein como jogos de linguagem.

A partir dessa compreensão da linguagem enquanto criadora e limitadora do significado, o autor defende que o direito não pode se pretender direito como ciência (nem de fatos, como a biologia, nem de fundamentações, como a sociologia), uma vez que a dogmática jurídica não se trata de como conceber o mundo, mas sim, sobre como devemos atuar nele: resulta que se trata de problema de normas, não de fundamentações.³⁴⁴ Em outros termos, “a dogmática não é uma Ciência de fatos desde o momento em que o delito não é um objeto real sobre o qual tal “Ciência” se projeta como uma forma de “Ciência de responsabilidade”.³⁴⁵

Sua influência *habermasiana* coloca sua proposição acerca do Direito enquanto sistema organizador de ações direcionadas através do discurso, de forma que a expectativa social de um Estado Democrático de Direito deve se traduzir em normas firmadas mediante um acordo prévio quanto a comportamentos dos indivíduos. Dentro dessa premissa, observa-se a substituição do modelo da racionalidade prática (sujeito-objeto) pelo modelo da racionalidade comunicativa (sujeito-comunicação): o sistema jurídico-penal deve se legitimar a partir da ideia de consenso racional entre os participantes da interação social.³⁴⁶

O recorte dos bens jurídicos é uma das discussões que permeiam as barreiras da imputação penal, estas que designam tradicionalmente os limites pelos quais não

³⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 495.

³⁴⁵ CUERDA ARNAU, María Luisa. Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto. Trad. Rodrigo Jacob Cavagnari. In **Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico**. Valencia, n. 8, dez. 2010, p. 63.

³⁴⁶ ARRAES, Rhayssam Poubel De Alencar, CAUDURO, Roberta Martinic; GONÇALVES, Guilherme Henrique. O Direito Penal Deve Ser Encarado Enquanto Ciência? Um Breve Debate Entre As Ideias De Tomás S. Vives Antón E Urs Kindhäuser . in: BUSATO, Paulo César; Arraes, Rhayssam P. (Coord.). **A linguagem do sistema criminal**. Tirant lo Blanch, 2024, p. 42-62, p. 50.

pode o *ius puniendi* ultrapassar, sob pena de perder seu caráter racional da necessária justificação da teoria do delito. Em se considerando indispensável a proteção de bens jurídicos para a imputação penal, a noção de bens jurídicos de segunda ordem causa divergência na doutrina, vez que a justificação do castigo se torna mais difícil pela natureza e entidade da ingerência.³⁴⁷

Vives Antón³⁴⁸ propõe que o bem jurídico não pode ser definido em termos de objeto, mas sim a partir dos tipos penais e do conteúdo dos direitos fundamentais. Assim, entende que a tradicional dogmática jurídica que defende o binômio bem jurídico *versus* legitimidade da intervenção penal não se justifica por ser impossível chegar a um conceito único de bem jurídico.³⁴⁹ Na concepção procedimental do bem jurídico, esses são assim considerados não a priori ao Direito, mas sim como parte das concretas tipificações penais, que devem obedecer ao rigor dos princípios constitucionais.³⁵⁰

Essa concepção permite fundamentar cada uma das proibições típicas por meio de um contexto de justificação ao qual o bem jurídico deve ser determinado, constituindo um momento essencial do contexto de sentido das normas penais.³⁵¹ Esse limite dado ao legislador e ao aplicador da sanção penal, portanto, não se expressa por meio de um conceito, mas sim remete aos preceitos constitucionais e suas tradições interpretativas.³⁵²

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto³⁵³ defende o princípio da exclusiva proteção

³⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado autoritario y adelantamento de “la línea de defensa penal”. In: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 596.

³⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado autoritario y adelantamento de “la línea de defensa penal”. In: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 597-598.

³⁴⁹ Sobre tal discussão, cf. HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. Fundamento del legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos. Marcial Pons: Madrid-Barcelona, 2007.

³⁵⁰ Não se concebe o bem jurídico em termos de objeto (conforme o legislador decide), mas sim em termos de justificação. Não apenas de justificação do delito e da pena, mas de justificação racional da limitação de liberdade. A concepção de bem jurídico não deve apenas obedecer aos tipos penais, mas também à Constituição e aos direitos fundamentais, a partir dos quais se decide até que ponto uma proibição penal é constitucionalmente legítima. Por isso, não podem ser vistos como pré-existentes ao direito. Constitui então um critério interpretativo essencial, já que a justificação remete a um momento essencial do contexto do sentido das normas penais.

³⁵¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. Dos problemas del positivismo jurídico. In: **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 135 e ss.

³⁵² VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 598.

³⁵³ UBIETO, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. **Estado autoritário y adiantamento da linha de defesa penal**.

de bens jurídicos para limitar o jus puniendi estatal e evitar um estado autoritário: o bem jurídico deve justificar o castigo, mas o confronto de bens jurídicos materiais e de segunda ordem deve ser realizada em atenção ao que cada um deles representa em termos de ameaça para a liberdade. Estado tem que legitimar a intervenção penal para que se sujeite aos limites constitucionais rígidos nos casos em que se afeta a liberdade de forma mais profunda.

Considerando que a justificação do Direito penal está intimamente ligada a seus objetivos ou missões, não se podem ignorar as vertentes da criminologia crítica que, por entenderem que a única missão seria a manutenção do status quo escalonado pelo sistema capitalista, não encontram qualquer possibilidade lógica de justificação legítima da pena.³⁵⁴

No entanto, a posição adotada por esse grupo é severamente criticada por diversos teóricos,³⁵⁵ na medida em que haveria uma multiplicidade de missões e objetivos do Direito penal – portanto, não centralizado apenas no sistema social -, além dos argumentos no sentido de que desde a idade antiga até o mundo moderno a pena se revelaria como única forma efetiva de proteção da paz social.

Superada a visão abolicionista e, conseqüentemente, firmada a ideia da pena como necessária para a prevenção da desordem e punição aos atos intoleráveis à manutenção da paz pública, ao Estado cabe legitimar a tutela penal por meio da configuração de um sistema penal respaldado em uma lógica racional sólida e restrita para garantir que não se extrapolem as missões do Direito penal com o amplo poder que lhe é conferido.

Sem embargo, não é ente estatal o responsável pela verificabilidade da racionalidade empregada no *ius puniendi*, mas sim a estrutura social que sujeita o modo da execução da tutela penal empregada pelo Estado às suas aspirações sociais, momento em que se sucede ou não a aceitação racional do controle social

³⁵⁴ Sobre tal perspectiva, v.f HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, in Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva (orgs). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim/PPG - Ciências Sociais PUC-SP, 1997; e MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível?**, in Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva (orgs). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, São Paulo, IBCCrim/PPG - Ciências Sociais PUC-SP, 1997, p. 277.

³⁵⁵ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General.5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 69 e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. **Tratado de Derecho penal**. Parte General. 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 4.

exercido.³⁵⁶ Esse contexto de legitimação – ou justificação racional - da norma penal só ocorre em Estados de direito democráticos.

Merece também destaque a punição de atos preparatórios para punição de grupos específicos. Embora o princípio da ofensividade vede a intervenção penal de atos preparatórios (proposição, provocação e conspiração) quando não ofereçam perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados, os regimes autoritários tendem a generalizar a punição de tais atos, como nota Vives Antón na história da codificação penal espanhola.

Isso porque, como ensina Habermas em sua lição sobre o processo de formação política da vontade, a teoria do discurso revela que o direito, enquanto poder político, simboliza a transformação da formação política da vontade na linguagem do direito (normas). E isso só se faz possível quando presente o princípio da soberania popular, pelo qual se garante a aceitabilidade racional do exercício do poder político por parte da sociedade civil:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito.

(...)

Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem um modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis.³⁵⁷

Habermas³⁵⁸ conclui que no esquema da organização do Estado de direito democrático - no qual a soberania popular exerce importante papel de comunicação

³⁵⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015. 2.ed, p. 22.

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 213.

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

da formação política racional da vontade - o sistema de direitos se diferencia pelo uso público das liberdades comunicativas e, de outro lado, pela regulação da transformação do poder comunicativo em administrativo.

Ao transpor a teoria do discurso habermasiana à discussão acerca da justificação racional do Direito penal, infere-se que a legitimação social da tutela penal executada pelo Estado de direito - quando é social e democrático – somente pode ser realizada pelo povo pois, em última análise, é o povo o detentor da formação política da vontade em cada um dos três poderes estruturalmente divididos.

É dizer que em um Estado democrático e social de direito, é de se supor o alinhamento entre os anseios sociais de prevenção e punição criminal e os meios empregados pelo ente estatal (por cada um de seus três poderes) no exercício do *ius puniendi*, à medida que ao povo é garantida a ampla participação nos poderes estatais.

Esse alinhamento se faz possível nesse modelo de Estado não só por meio de atos isolados que representem a congruência entre a vontade do povo e o agir estatal, mas principalmente pela eleição de princípios jurídicos limitadores da intervenção penal, que configuram barreiras na atuação violenta do Estado na instrumentalização da tutela penal contra o indivíduo.³⁵⁹

Por isso, o especial papel que cumprem as constituições nos Estados democrático-sociais de direito no mundo ocidental moderno, eis que resguardam em si os princípios mais basilares e fundamentais da proteção da liberdade humana em cada sociedade.

Nesse contexto, a racionalidade penal – enquanto instrumento de justificação ou legitimação da intervenção estatal – deve ser interpretada pela lógica do sistema penal estruturado na Constituição, sistema esse que deve ser adequado para resolver até as mais complexas questões jurídico-penais por meio da leitura principiológica.

Schünemann assevera que a pretendida lógica do sistema jurídico-penal deve ser orientada a partir de seus fins e valores, de forma a evitar as construções meramente conceitualistas:

Los trabajos concretos sobre cuestiones jurídico-penales dogmáticas y sistemáticas que se han compilado en esta obra coinciden en el punto de partida: buscar la solución de las cuestiones materiales y sistemáticas em un principio de razonamiento orientado a fines y valores, esto es – formulado de

³⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015. 2.ed, p. 23.

otro modo -, pretender evitar precipitadas construcciones conceptualistas, con la consiguiente atrofia de los aspectos normativos. Por tanto, se entienden como pruebas a título de ensayo de un razonamiento jurídico-penal orientado a fines. Su dedicación, por completo polémica, al esquema de ROXIN en Política criminal y sistema del Derecho penal, que ha de entenderse como el desencadenante inicial, así como a la radical reconducción de la culpabilidad a la prevención practicada por JACKOBS, debe dejar claro que la base científica vinculante del razonamiento no consiste en concretas hipótesis materiales que pudieran plasmarse en doctrinas ortodoxas. Más bien el elemento aglutinante viene dado por el planteamiento explícitamente normativo y por el rechazo de las construcciones y deducciones puramente conceptualistas, que no estén fundadas normativamente o lo estén en medida insuficiente.³⁶⁰

A justificação racional da legitimidade da restrição da liberdade promovida pelo Estado na tutela penal, para Vives Antón, só se faz possível por meio da institucionalização do poder que consubstancia o Estado de direito e é promovida pelas constituições.³⁶¹

Com isso, a justificação da intervenção penal limitadora do direito à liberdade deve se atentar aos seus fins, valores e princípios para evitar a concessão de poderes desnecessários ao ente estatal que, caso utilizados, podem dar margem ao surgimento de um estado autoritário que torne a limitar liberdades sem a aceitabilidade racional da sociedade civil.

O compromisso constitucional da justificação racional do *ius puniendi* nos Estados de direito sociais e democráticos é o que confere ao Direito penal sua legitimação na modernidade. Em outras palavras, a forma pela qual cada Estado elege suas barreiras na intervenção penal é o que prova seu caráter mais ou menos democrático, e menos ou mais social, vez que tais barreiras são auto limitadoras do poderio estatal.

Outro relevante apoio da proposta de Vives Antón é a adoção da concepção *kantiana* do Direito, que situa a liberdade no centro do sistema, fazendo dela a essência do direito. Nesse esquema, as constituições conferem ao sistema jurídico a uma exigência de racionalidade.³⁶² Só os sistemas jurídicos que maximizam as liberdades democráticas representam o pleno desenvolvimento da razão. Isso posto,

³⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Editora Tecnos, 1991, p. 77.

³⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado autoritario y adelantamiento de “la línea de defensa penal”. In: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 685.

³⁶² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **II Congreso Ibero-Americano de Filosofía del Language y Derecho Penal**. Seminário. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 27 e 28 set. 2018.

nenhuma ciência pode se sobrepor ao que diz a lei, que, por sua vez, não pode se desvincular dos direitos constitucionais.

Muito embora os termos ciências criminais e ciência jurídica desvelem a intenção de cientificidade do direito e do direito penal – o que, de fato, muitas vezes foi o intento de inúmeros penalistas -, o giro linguístico ofereceu à dogmática penal nova compreensão acerca da natureza dos estudos jurídicos, cuja pretensão de verdade se substitui pela possibilidade de justificação, tendo em vista a incapacidade lógica do direito de promover a resolução de problemas de ordem científica. Atualmente, as pretensas teorias científicas de dogmática penal em verdade desvelam algum nível de autoritarismo ao tentar vincular saberes estáticos de outras áreas de conhecimento ao dinamismo das relações sociais que cuida o direito.

Assim, a problemática das teorias desenvolvidas na dogmática jurídico-penal, a exemplo da teoria da causalidade e da imputação objetiva, decorre do apego às estruturas lógico-conceituais da dogmática. Defende, de outra forma, que os únicos dogmas que podem ser admitidos são os Direitos e garantias constitucionais, único sistema que se projeta sobre o Direito Penal material. Isso cria uma “fronteira lógica do que chamamos de delito e pena; isto é, momentos determinantes de seus respectivos conceitos”.³⁶³

Esse novo caminho dogmático fundado na filosofia da linguagem não propõe uma nova estrutura de delito, mas sim, oferecer uma nova valoração a seus elementos constitutivos enquanto limitadores do processo de intervenção penal. Em suma, o que se propõe é “*que se vean las cosas de un modo distinto al empleado al constituirlo*”.³⁶⁴ É dizer que deixa de se interessar pela afirmação de o que é um conceito dogmático para se interessar como se reconhece seu sentido.³⁶⁵

A compreensão de Vives Antón acerca da teoria do delito e sua percepção dos distúrbios causados pelas categorias analíticas levam a uma nova leitura da dogmática jurídico-penal, sistematizada e interpretada a partir dos princípios e garantias constitucionais, a partir do referencial da *pretensão de justiça*:

³⁶³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 551.

³⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 29.

³⁶⁵ BUSATO, Paulo César. Uma crítica aos delitos de posse a partir do conceito de ação significativa: conexões entre o *civil law* e o *common law* nas teses de Tomás Salvador Vives Antón e George Fletcher. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 169.

Sob esse sistema, os problemas genéricos da ordem penal, associados ao que chamei de pretensão de justiça (de legitimidade e correção de suas normas e práticas) poderiam ser expostos; enquanto a aplicação das leis penais a casos específicos poderia ser exposta e estudada de acordo com o esquema de ordem representado pelas pretensões de validade específicas. Ao desenvolver essa proposta, as garantias constitucionais ocupariam o lugar que lhes corresponde na reflexão doutrinária que, só por tê-las colocando em seu lugar, retirando-as do sótão onde agora se aposentam, poderia ser útil, e quiçá assim a dogmática pudesse contribuir modestamente para alcançar o objetivo que, em princípio, se esperava dela: que tanto a lei penal quanto sua aplicação cumprissem escrupulosamente os requisitos que a Constituição projeta sobre elas.³⁶⁶

Longe de renunciar por completo as categorias que estruturam a moderna teoria do delito, o que propõe a perspectiva comunicativa é que “o conteúdo das categorias penais é determinado por seu sentido, por seu significado com base em fatores externos de inter-relação”.³⁶⁷

Dentro dessa lógica, é a redação constitucional que proporcionará – ou, melhor, *comunicará* - ao sistema do delito a base de justificação racional do castigo, substituindo o modelo autorreferente do Direito penal para buscar no contexto do mundo da vida e nos Direitos fundamentais a sua legitimidade.³⁶⁸

3.1.2 Concepção significativa da ação: o tipo de ação

Hans-Heinrich Jescheck³⁶⁹ ofereceu à dogmática as funções que deve cumprir a ação na estrutura global da teoria do delito: (i) classificatória,³⁷⁰ isto é, oferecer significado lógico capaz de englobar as formas de realização do delito; (ii) de definição, atribuindo-se ao conceito de ação o papel de base estrutural no sistema

³⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 551-552.

³⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159.

³⁶⁸ Nesse sentido, “a liberdade e a justiça, não a verdade absoluta ou a Ciência exata, devem estar no centro das preocupações de qualquer jurista que mereça esse nome” (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 1073).

³⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993, p. 197 ss.

³⁷⁰ “Todas las modalidades del actuar humano que de alguna manera pueden ser de importancia para el Derecho penal – el comportamiento doloso así como el imprudente, el hacer positivo así como el omitir – deben hallar cabida em el concepto de acción (función de casificación)”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p.197).

penal, o primeiro elemento do delito,³⁷¹ a partir do caráter eminentemente ontológico da ação, dotado de conteúdo material passível de receber valorações posteriores,³⁷² (iii) de enlace, com papel de entrelaçar todas as outras categorias do delito, de modo a não poder haver tipicidade, antijuridicidade nem culpabilidade sem ação, “a ponto de atravessar todo o sistema jurídico penal e constituir-se como seu sustentáculo”,³⁷³ por meio de um conceito de ação autônomo, neutro e bem definido dos demais juízos de imputação,³⁷⁴ e (iv) a função negativa da ação para afastar-se de “movimentos, situações, comportamentos, intervenções que carecem de relevância pelo fato de não constituírem a ação independentemente de qualquer outra valoração jurídica”³⁷⁵. Em termos práticos, é a função mais importante.³⁷⁶

Guaragni³⁷⁷ acrescentou ainda a “função garantista” do conceito de conduta humana, configurada pela dimensão política de repulsa ao autoritário e ilimitado direito penal de autor, em prol de um direito penal dos fatos.

É certo que desde as concepções naturalistas do conceito de ação enquanto movimento corpóreo voluntário, passando pelo conceito social que ampliou a ação para toda conduta humana socialmente relevante, até a proposta de Roxin da ação enquanto manifestação da personalidade, por se tratar de conceitos de ação pré-típicos com pretensão de configuração de um “supraconceito”, são insuficientes para cumprir a função de base classificatória do sistema jurídico-pena.³⁷⁸ Para além disso, se trata, ao ver de Vives Antón, de um erro categorial:

³⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

³⁷² D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, Porto Alegre, n. 54, jul./set. 2014, p. 137. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁷³ FRANCK Jr., Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 98, set. 2012, p. 173.

³⁷⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p.197

³⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 52.

³⁷⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, Porto Alegre, n. 54, jul./set. 2014, p. 141. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁷⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.41.

³⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.101.

Pues, si estuviera hablando del contenido de sentido (y no de su soporte) mal podría proponer su concepto social como supraconcepto: un «supraconcepto» es un contenido de sentido y, obviamente, no hay un contenido de sentido que pueda ser común a una serie de contenidos de sentido que son, «ex hypothesi», diversos. Dicho de otro modo: «matar, robar, lesionar, etc. son comportamientos diferenciados e irreductibles, en cuanto al contenido (de sentido) a una unidad superior»³⁷⁹

No esquema significativo, os pressupostos do sentido pelo qual se pode entender a ação devem, primeiro, renunciar ao ideal de um conceito analítico pretensiosamente verdadeiro (“teoria da ação”), substituindo-se por uma proposta de concepção a partir do significado (“concepção significativa da ação”). Depois, deve-se ater ao ideal de liberdade do componente humano dentro na estruturação da norma, expressada pela intenção: “há uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado”.³⁸⁰

A reivindicação de uma exteriorização objetiva da intenção afasta a pretensão das tradicionais teorias do delito de acessar os dados mentais do sujeito (especialmente as teorias finalistas), substituindo-se pela análise a partir “do código social conforme o qual se interpreta o que faz”.³⁸¹ A sua concepção de ação, portanto, não mais é como um substrato de um sentido, mas como o sentido de um substrato.³⁸² Como bem ilustra Sérgio Valladão Ferraz,

Vives Antón aponta que tanto para a dogmática penal quanto para a filosofia da ação são inadequadas as concepções de ação que partem de uma distinção entre ações e fatos fundada em que naquelas se manifesta uma interioridade substantiva do sujeito (seja imaterial como a alma ou material como o cérebro), por meio de atos de vontade ou algum outro artifício psicológico, dos quais seriam emanados os significados. O sentido não se projeta de dentro para fora (da mente para a vida social), mas sim de fora para dentro (da vida social para a mente); e a finalidade subjetiva (a personalidade ou o Eu) resulta muitas vezes insuficiente ou inservível para delimitar o significado que atribuímos às ações. Não apenas os métodos substanciais são inadequados, mas também não o são os métodos atributivos, os quais buscam um substrato para a imputação. Nenhum dos dois indagam um conceito de ação, mas sim um conceito de objeto, seja um objeto psicofísico determinado ou um indeterminado substrato objetivo da

³⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 134.

³⁸⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 235.

³⁸¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 232.

³⁸² VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 205.

imputação.³⁸³

A concepção significativa da ação a pressupõe como um processo simbólico regido por normas, de forma que o significado social compartilhado da conduta somente pode ser expresso linguisticamente. Assim, o conteúdo da vontade do agente somente pode ser verificado a partir de sua exteriorização, o que limita a imputação de dolo ao conjunto de circunstâncias externamente comprováveis. Nesse sentido, Busato esclarece que

Só podemos analisar manifestações externas; mas, através destes manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação.³⁸⁴

Se a ação é a exteriorização de um significado (de um querer contrário a um bem jurídico), “o dolo significa compromisso com esse significado. O dolo supõe, neste caso, intenção, e pode ser definido como o compromisso do agente com o significado de seu atuar.”³⁸⁵

Por consequência, a ação deve ser identificada a partir de um contexto social compartilhado, de modo que sua relevância deverá ser arguida sob a égide das teorias sociais.³⁸⁶

Por meio da *praxis* coletiva que haverá um aperfeiçoamento das diversas teorias jurídicas. Pois, como afirma Maria Luisa Cuerda Arnau, “os homens coincidem em uma forma de vida, a forma de vida que faz deles seres humanos iguais. Pressupõe uma comunidade na qual é possível entender, argumentar, convencer e, em suma, tratar o outro como sujeito, e não como objeto”.³⁸⁷

³⁸³ FERRAZ, Sérgio Valadão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 330.

³⁸⁴ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 412.

³⁸⁵ CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno de la imputación del dolo y la imprudencia. *In: UBIETO, Emilio et al (coord.). Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 150.

³⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; CHIESA, Luís Ernesto. A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico em Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE, n. 1. Tradução de Rodrigo Jacob Cavagnari e Paulo César Busato, 2009, p. 13.

³⁸⁷ CUERDA ARNAU, María Luisa. Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto. Trad. Rodrigo Jacob Cavagnari. *In Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*. Valencia, n. 8, dez. 2010, p. 66.

(...) si bien es cierto que para conceptualizar el tipo de acción no puede incluirse entre sus elementos necesariamente la intención, no lo es menos que existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con momentos subjetivos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin tales momentos. Así, ejemplifica VIVES (1996, p. 274), sucedería con mentir, que es n tipo de acción relevante, v. g., para el delito de falso testimonio. Comoquiera que mentir consiste en conocer lo verdadero y decir intencionalmente lo falso, la intención juega aquí un papel definitorio (en le sentido más arriba apuntado de la función definitoria) y pertenecerá, por ende, al tipo de acción. De ahí que VIVES hable de intencionalidad objetiva para referirse a aquella intencionalidad que cumple n papel definitorio o conceptual en el tipo de acción correspondiente, en la medida en que, merced a los citados momentos anímicos, el significado de la acción (que se atribuye a ciertos movimientos corporales a la ausencia de ellos) tiende a objetivarse, a diferencia de lo que cabe denominar intencionalidad subjetiva, que debe ser bicada en la pretensión de ilicitud (vid. VIVES, 1996, p. 224; ORTIS/G. CUSSAC, 2004, p. 151; GORRIZ, 2005, p. 323). [...] De este modo, en el marco de la concepción significativa de la acción los tradicionalmente calificados en la dogmática penal como <elementos subjetivos del injusto> o <elementos subjetivos de la antijuridicidad>, que no se identifica con el dolo, quedan incorporados al tipo de acción como elementos subjetivos del tipo de acción, desempeñando ya una función definitoria de dicho tipo, a fuer de constituir un criterio conceptual más para valorar la acción. ³⁸⁸

A dimensão interpretativa da linguagem permite compreender as barreiras da imputação penal não como limites isolados a serem buscados pela dogmática penal por meio da conceituação de instrumentais teóricos delimitados, mas sim como limites gerais cujo contexto de justificação racional reside na interpretação estritamente constitucional. As barreiras de imputação penal, portanto, no viés linguístico, podem ser sintetizadas pelos princípios constitucionalmente previstos e cuja aplicação deve ser norteada pela justificação racional, sem a qual se extrapola a função do direito penal de controle social e restrição do *ius puniendi*.

Nesse sentido, só se pode ultrapassar barreiras de imputação quando o interesse obedecer aos pressupostos de justificação racional da imputação penal e, ao mesmo tempo, for congruente com todas as garantias constitucionalmente previstas que coadunam com a *ultima ratio* da intervenção penal – ou seja, somente em prol do surgimento de novas garantias constitucionais, nunca para sua interpretação restritiva ou que exclua os direitos fundamentais.

Temos que as barreiras de imputação penal podem ser traduzidas, dentro da filosofia da linguagem, pelas margens traçadas pelos direitos fundamentais e princípios previstos na Constituição, sem que haja necessidade de percorrer

³⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal económico y de la empresa** - parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 266-267.

quaisquer conceitos ou instrumentais teóricos para delimitar os terrenos que não se pode ultrapassar com a imputação penal.

A partir dessa abordagem, se poderia percorrer ao Código Penal para verificar, de um lado, onde foram feitas concessões desnecessárias ao *ius puniendi* do Estado, e, de outro, quais foram as renúncias injustificáveis das liberdades.³⁸⁹ Ao comentar casos da jurisprudência espanhola em que o órgão ministerial requeria a condenação de tais atos sem a devida ofensividade, Vives Antón sugere que apenas a partir da interpretação conforme à Constituição se estaria a sujeitar a norma a seus limites racionais, reduzindo-se seu âmbito de aplicação. Do contrário, defende que se exponenciam as chances de punir-se o mero pertencimento a certos grupos sem que qualquer ação típica tenha sido perpetrada ou mesmo tentada – o que desvela a intenção autoritária do Estado que decide pela punição penal nesses casos.

Portanto, ao próprio Estado cabe a tarefa de legitimar a intervenção por meio da sujeição aos limites constitucionais mais rígidos os casos cuja tutela penal afeta a liberdade mais profunda.³⁹⁰

Ao substituir conceitos por pretensões, o que faz Vives Antón é rechaçar o binômio verdade-falsidade do método científico para recolocar a questão dogmática dentro de um binômio justo-injusto, que, por si só, é inclusivo e referencial, dentro do seu próprio sistema de imputação.

A crise de legitimidade de todo sistema, portanto, revela-se ser reforçada com a vinculação entre Ciência e Direito; ao passo que a concepção significativa reconhece que a convencionalidade das práticas sociais está na raiz de um ordenamento jurídico que se pretenda justo e, por consequência, de um sistema de imputação baseado na intersubjetividade.

A projeção da concepção significativa da ação sobre a prática jurídica permite-nos a desatar de falsos problemas para nos centrarmos em determinar o significado da lei, valendo-nos do uso comum da linguagem, o sentido comum e os direitos constitucionais.³⁹¹

³⁸⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 621.

³⁹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado autoritario y adelantamiento de “la línea de defensa penal”. In: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 596.

³⁹¹ CUERDA ARNAL, María Luisa. La concepción significativa de la acción v. las pretensiones sistemáticas. In: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Pensar la libertad**: últimas reflexiones sobre el derecho y la justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 14.

O ganho de rendimento prático desta substituição é inegável:

Acredita-se que a concepção significativa da ação possa, assim, representar um aperfeiçoamento epistemológico com sentâneo com as exigências de evolução de um direito penal moderno. Que seja uma concepção que forneça bases mais seguras de acordo com as possibilidades de gnoseológicas específicas do direito e, ao fazê-lo, possa simultaneamente fundar uma nova dogmática mais coerente com *praxis* jurídica e promotora do respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.³⁹²

É assim que, na proposta significativa, a categoria referencial para a edificação da teoria do delito deixa de ser a ação típica para ser o tipo de ação, dado primário da imputação penal,³⁹³ definido como “*una regulación del sentido de la acción misma, que la identifica como perteneciente a la clase de acciones delimitada por el tipo*”.³⁹⁴

3.2 A POSSE DE DROGAS COMO ACONTECIMENTO E NÃO COMO AÇÃO

Resgatando o estudo da evolução da dogmática jurídico-penal das tendências modernas do Direito penal e seu fenômeno de expansão, houve um incremento da técnica de tipificação da posse em um período de decadência do conceito de ação dentro da teoria do delito.³⁹⁵

A partir dos postulados da dimensão interpretativa da linguagem, a análise da legitimidade dos tipos penais em face aos fundamentos de direito penal oferece, ao revés das teorias clássicas do delito firmadas em conceitos, a investigação da relevância jurídico-social das condutas a partir das teorias sociais.

Como efeito, temos que a valorização exacerbada da segurança social com implicações de redução das liberdades individuais constitui grave afronta aos princípios dos estados democráticos de direito, por resultar na criminalização de

³⁹² FERRAZ, Sérgio Valadão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 312.

³⁹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 272 ss.

³⁹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 287.

³⁹⁵ BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, jan. 2015. p.12.

grupos sociais historicamente excluídos e permitir o crescimento de estados autoritários.

O propósito central desta seção é realizar o cotejo dos delitos de posse com a concepção significativa da ação para investigação de sua legitimidade dogmática, para, a partir desses resultados, avançar o enfoque para uma avaliação crítica da incriminação da posse de drogas.

3.2.1 O déficit de conduta na incriminação da mera posse

Apesar da multiplicidade de fatores que justificariam, em tese, a tipificação da posse, não se pode tê-los como evidência de sua legitimidade na medida em que as causas elementares de cada fator elencado são intrinsecamente contrárias aos princípios basilares do direito penal, em especial os da legalidade e sua função de *ultima ratio*.

Dentro desse contexto já existe uma crítica forte aos delitos de posse apontando precisamente que há uma confluência maligna de conjugar dogmática penal com delitos de posse, porque fere exatamente o fundamento da dogmática penal da exigência de uma ação para atribuir-se responsabilidade penal.

Essa exigência retomou forma na prática penal a partir do direito estadunidense, com o precedente *Robinson vs. California*, em que a denúncia oferecida contra o réu pelo crime de “vício em narcóticos” – ante sua apreensão pela polícia de Los Angeles, ao constatar-se que o indivíduo detinha marcas condizentes com o consumo de drogas injetáveis -, foi rejeitada pela Suprema Corte a partir do fundamento da impossibilidade de incriminação sem que fosse por uma conduta. A partir de então, firmou-se no *common law* estadunidense o *act requirement*³⁹⁶ como princípio jurídico penal.

Apesar de ter sido consagrado inicialmente mediante uma concepção naturalística de ação, Michael Moore³⁹⁷ evoluiu a discussão para uma perspectiva finalista da ação, como “um movimento corporal causado por uma intenção”. Em

³⁹⁶ Em tradução livre, exigência de conduta. Sobre o julgamento, Cf. COX LEIXELARD, Juan Pablo. **Delitos de posesión**: bases para una dogmática. Montevideo: B de F Ltda, 2012, p. 73 ss.

³⁹⁷ MOORE, Michael. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 133.

notável crítica à preocupação dogmática com a conceituação da ação, Husak³⁹⁸ assinala que não seria a exigência de ação suficiente para oferecer resultados práticos, uma vez que bastaria ao legislador incriminar condutas para além daquelas previstas no texto legal que não remeteriam a condutas, como a substituição pela aquisição ou recebimentos de objetos. A partir desse ponto, sugere abandonar o *act requirement* e incorporar um *control requirement*, pelo qual a imputação renuncia a exigência de ação, mas se atém a um juízo de valor acerca da capacidade de controle do sujeito ativo sobre a ação – o que excluiria, por exemplo, a possibilidade de imputação de usuários de drogas, ante os efeitos da dependência química. No entanto, como sinaliza Busato,³⁹⁹ trata-se de proposta meramente normativista, que deixou de reconhecer as reais funções da exigência de ação dentro do sistema de imputação penal.

É a partir desse contexto que se pode afirmar que a concepção significativa de ação importa especialmente no âmbito dos delitos de posse em razão de sua natureza e estrutura até hoje restarem contravertidos na doutrina a partir das teorias clássicas do delito. A definição do ato de *possuir* parece ser um dos primeiros embates a ser enfrentado: cada vez mais se recorre legislativamente a noções como a posse para definir o âmbito do punível,⁴⁰⁰ sem que haja correspondente preocupação com a adequação de tal estratégia de tipificação.

Para além da problemática do bem jurídico tutelado nos delitos de posse de drogas – crítica essa já formulada a partir das teorias clássicas, com enfoque apenas na tipicidade formal -, importante crítica que se pode levantar acerca da técnica de tipificação dos *besitzdelikte* dentro da concepção significativa do delito é da absoluta ausência de ação, reconhecida a ocorrência de mero acontecimento com a posse.

Curiosamente, Vives Anton identifica que, assim como nos delitos de posse, a falha lógica na punição de atos preparatórios que não configuram risco à lesão do bem jurídico também reside na inexistência de uma ação a ser punida, dado que a

³⁹⁸ HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización**: los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 66 ss).

³⁹⁹ BUSATO, Paulo César. Uma crítica aos delitos de posse a partir do conceito de ação significativa: conexões entre o *civil law* e o *common law* nas teses de Tomás Salvador Vives Antón e George Fletcher. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse**: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 176.

⁴⁰⁰ LEIXERLARD, Juan Pablo Cox. **Delitos de posesión**: Bases para uma dogmática. Buenos Aires: IbdeF, 2012, p. 6.

ação é condição elementar da estrutura da teoria do delito.⁴⁰¹

A ausência de ação na tipificação dos delitos resulta, como consequência lógica, na incriminação de meros acontecimentos:

Assim, a diferença entre os fatos e as ações não é tipológica, mas sim categorial. Pode-se compreender das ideias de Vives Antón que acontecimentos e fatos são palavras que expressam categorias diferentes de coisas. Isto é, ações não são fatos qualificados por terem sido causados por uma intenção mental - de maneira que os estariam ontologicamente no mesmo plano. Os fatos são meros acontecimentos regidos pelas leis da natureza e são interpretados conforme às formas de se interpretar a reza, notadamente as ciências naturais. As ações são interpretadas conforme as nas sociais de compreensão do comportamento humano, no âmbito da linguagem. a maneira, tanto os fatos quanto as ações são suscetíveis de interpretação; mas a de interpretação muito distintos, pois interpretar o mundo físico-objetivo é ente de interpretar o que significa uma ação. Por isso, Vives Antón diz que "os fatos tecem, as ações têm sentido (isto é, significam): os fatos podem ser descritos; as devem ser entendidas; os fatos se explicam mediante leis físicas, químicas, físicas, etc. as ações se interpretam mediante regras gramaticais".⁴⁰²

Schünemann⁴⁰³ e Busato⁴⁰⁴ se aproximam ao propor a compreensão desse instrumental como uma diretriz normativa ou um princípio, a partir da filosofia da linguagem. Busato⁴⁰⁵ defende que a investigação da legitimidade dos delitos de posse a partir da concepção significativa de ação permite a estruturação de crítica ao modelo político-criminal adotado pelo critério da funcionalidade do controle social penal de tais condutas.

Uma vez que os conceitos ontológicos de ação adotados nas clássicas teorias do delito são avessos à incriminação da posse e sequer se discute o conceito de ação nas fórmulas funcionalistas, Busato parte da teoria significativa para atacar tal estratégica de tipificação a partir da exigência de ação, que se difere de meros fatos, ilustrando-se caso prático para representar o aproveitamento dogmático dessa proposição:

⁴⁰¹

⁴⁰² FERRAZ, Sérgio Valadão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro:** a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 322.

⁴⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. p. 200 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). **La teoría del bien jurídico:** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007

⁴⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. p. 367-368.

⁴⁰⁵ BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, ago. 2016, p. 101.

Examinemos mais de perto um exemplo: dois policiais descobrem em uma gaveta na casa de Daniel, um revólver. Perguntam-lhe pela licença para a posse da arma e Daniel diz que não a tem. Há delito de posse ilegal de armas?

Suponhamos aqui duas variáveis probatórias. Na primeira, se demonstra que Daniel recebeu o revólver de Ricardo e ele mesmo guardou a arma na gaveta. Na segunda, Ricardo, quando esteve na casa de Daniel colocou o revólver na gaveta e se esqueceu dele.

Parece lógico sustentar que somente no primeiro caso há delito.

Mas, por quê?

Não poderíamos dizer que a diferença para a existência da ação de possuir está em que no primeiro caso Daniel está consciente de que Possui a arma e no segundo não, porque, neste caso, estaríamos sustentando a existência da ação na instância interna do sujeito, que é sua consciência, voltando à confusão entre o aspecto interno do querer e conhecer e o externo do reconhecer o que se realiza, ou seja, estaríamos pretendendo utilizar intenções para definir a ação.

Há de se reconhecer que o que faz diferença é que, na primeira variante probatória, Daniel recebeu a arma e o receber é uma ação. Na segunda, sua posse não deriva da sua condição de senhor e dono do fato, mas de uma postura de passividade de algo que aconteceu.

Claro está que se há omissão, a punição possível se vincula a um dever. Se Daniel estava consciente de que Ricardo deixara a arma na gaveta, deveria entregá-la às autoridades públicas. Mas, neste caso, igualmente, não é o fato de possuir o que se castiga, mas a violação do dever de entregar o revólver às autoridades. O dever de livrar-se da arma, uma vez que não tinha autorização para estar com ela.

Com isso, chega-se a que as razões de reconhecimento da possibilidade de punição da posse ou derivam da ação precedente de receber ou da omissão subsequente do dever de entregar a arma, e nunca da posse dela.

E, por quê?

Porque a posse, em si mesma, é um fato e não uma ação, como já havia apontado o Model Penal Code estadunidense, referindo que a justificação do castigo não está em possuir, mas em adquirir e não se livrar da coisa adquirida, sendo possível fazê-lo.

Desde o ponto de vista da dogmática alemã, sustenta-se a punibilidade da posse rechaçando o argumento do Model Penal Code a partir da afirmação de que "os perigos não consistem na aquisição de objetos nem na omissão de sua entrega, mas na posse como estado".

Porém, esta posição não pode prevalecer porque o perigo abstrato de uma conduta, ou seja, um delito de conduta perigosa pode exprimir-se na conduta de adquirir ou na omissão da entrega, mas, nunca, na posse em si mesma. Assim, o tema não é definir o que é ou não perigoso mas o que se pode proibir como conduta perigosa.

A partir dessas considerações, conclui-se que é insubsistente o argumento da periculosidade da posse *per se*, uma vez que o sujeito é meramente destinatário do fato, na condição de passividade: “possuir, em si mesmo, não pode ser ação”⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 20.

Como resultado,

(...) no que se refere a um processo que envolve a criminalização primária e a secundária, a quebra da exigência de uma ação deriva na criminalização de um estado de pessoa traduzida na técnica dos delitos de posse.⁴⁰⁷

Como resultado dessa assertiva, se carece de ação o tipo penal que incrimina a posse, se está diante da violação à garantia penal de limitação da incriminação da posse a condutas, que proíbe a punição do pensamento e de estados.

É dizer que o processo de criminalização dos delitos de posse tem como problemática preambular o déficit de conduta,⁴⁰⁸ ignorado conscientemente pela política criminal como artifício para a antecipação de barreiras de imputação e cujo resultado importa na criminalização secundária consistente na incriminação de estados de pessoa, isto é, o ostentar de um *status* por um indivíduo.⁴⁰⁹

3.2.2 Incriminação da posse de drogas como incriminação de estados de pessoa

A diversidade dos tipos penais de posse é tão extensa que tentar agrupá-los sob um mesmo rótulo político-criminal produzirá resultados insatisfatórios.⁴¹⁰

Para Miguel Polaino-Orts,⁴¹¹ em contraste com a posição assumida por Pastor Muñoz, toda a categoria de delitos de posse coincide com a descrição *jakobsiana* de direito penal do inimigo, uma vez que compartilham a erosão da garantia de segurança cognitiva da norma, mediante a antecipação da punibilidade, a mudança de perspectiva na reação penal (prospectiva por retrospectiva), dentre outras

⁴⁰⁷ BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. **Seqüência**, Florianópolis, n. 73, ago. 2016, p. 79.

⁴⁰⁸ Esse debate se popularizou nos Estados Unidos da América, de common law, com o precedente *Robinson vs. California*, sobre a exigência de ação – act requirement – para atribuição de responsabilidade criminal e pena, rompendo com as décadas de jurisprudência de incriminação da posse com base em argumentos preventistas e sem discussão sobre a existência de ação, a exemplo do caso *Harmelin v. Michigan* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Harmelin v. Michigan**. U.S. Reports, v. 501, U.S. 957, 27 jun. 1991).

⁴⁰⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005, p. 37.

⁴¹⁰ ECKSTEIN, Ken. **Besitz als strafat**. Berlim: Duncker & Humblot, 2001, p. 23; DUBBER, Markus Dirk. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Evanston, v. 91, n. 1, p. 829-994, 2001, p. 834.

⁴¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel. Delitos de posse como direito penal do inimigo. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse**: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 97-110), p. 107-108.

características próprias desse movimento de repreensão de inimigos. Nesse sentido, afirma:

Isso significa que a dogmática dos crimes de posse que pessoalmente defendo (e que corresponde a uma leitura funcionalista desses delitos como formas de direito penal do inimigo) é consideravelmente mais restritiva, excepcional e garantista do que aquelas usualmente empregadas pelos códigos modernos. Em síntese: nos textos penais atuais todos os possuidores de um objeto perigoso são tratados como inimigos, retirando-se deles o direito de possuir determinados objetos, e, em alguns casos, sem um controle prévio a respeito do real grau de lesividade de sua conduta, senão presumindo que a interação possuidor-objeto possuído por si só é capaz de produzir essa lesividade (presunção *iuris et de jure* de ofensividade). Por isso, todos os possuidores são perigosos e todos são reprimidos antecipadamente como inimigos. Todavia, uma leitura funcionalista dos crimes de posse consideraria inimigos unicamente (e, portanto, restringiria apenas certos direitos de sua personalidade) aqueles sujeitos, acerca dos quais se prove que, efetivamente, com sua conduta, Claram insegurança cognitiva na vigência da norma, impedindo, com isso, que os demais cidadãos pudessem confiar razoavelmente no fato de que a norma os protege em suas expectativas e, desse modo, tornando inviável que os cidadãos sejam concretamente, pessoas de direito (titulares de direitos e deveres). Tão somente nesses casos excepcionais, em que se cria tamanho grau de insegurança cognitiva que impede a juridicidade completa (que a norma jurídica atue protegendo os cidadãos), é que devem ser antecipadamente combatidos os possuidores como inimigos. Já nos demais casos, em que a posse não altera a relação idílica que os demais cidadãos têm de ter com a norma jurídica para garantir minimamente seus direitos, não seria apenas desnecessário, como também contraproducente (menos garantista, mais agressivo), à proteção dos direitos dos cidadãos.⁴¹²

Essa modalidade de incriminação, muito embora presente no Direito penal moderno, ilustra o mecanismo da suspensão geral de juridicidade e garantias legais por um estado autoritário, facilitado pelo discurso de periculosidade de um grupo forasteiro, tal como aconteceu desde o Império Romano:

El verdadero interés de estos hechos es ilustrar el mecanismo de peste moral, que parece basado en el derecho y la razón civil, pero desencadena una suspensión general de la juridicidad y el raciocinio en favor de métodos simplemente fulminatorios. El fenómeno, rico en manifestaciones históricas a partir de este senadoconsulto, implica una serie de rasgos fundamentalmente tres: delación recompensada, secreto y tortura que en lo sucesivo se reiterarán para todo crimen de lesa majestad. Se tiene por evidente que las campañas de descontaminación contra pestes tales no sólo están

⁴¹² POLAINO-ORTS, Miguel. Delitos de posse como direito penal do inimigo. In: In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse**: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 97-110), p. 109-110.

justificadas, sino que son lo único viable y eficaz para la autoridad política.⁴¹³

Em se tratando de legislação penal de drogas em geral, assinalou-se anteriormente a tendência geral das legislações penais sobre drogas de se desvincularem dos princípios gerais do direito.⁴¹⁴ Os avanços das barreiras de imputação nas legislações penais modernas, com destaque às leis de drogas, são escolhas políticas.

Para Roxin ⁴¹⁵, diferentemente da posse de armas, em que a incriminação se fundamenta em uma fonte de perigo com riscos à vida (tornando legítima a imputação,), a incriminação da posse de drogas não pode ser motivada pelo consumo para si próprio (autocolocação em perigo mediante responsabilidade própria, vedada a intervenção penal), mas sim do perigo do fornecimento de drogas a terceiros, que podem sofrer danos pelo consumo, de forma que a mera posse não justifica motivo para punir, incriminação perde seu objeto. No mesmo sentido a crítica de Nestler: Na posse de armas, "basta com que se empregue a arma de fogo para que os terceiros se vejam postos em perigo (posição de perigo alheia), enquanto na posse de entorpecentes, ainda depois de haver abandonado a esfera do possuidor, apenas se apresenta risco se o terceiro decide colocar-se a si mesmo em perigo por meio do consumo".⁴¹⁶

Não se pode olvidar que no caso específico da incriminação direcionada à posse de drogas, há o “enfraquecimento das barreiras de contenção do poder punitivo com fim específico de neutralização seletiva de grupos sociais perigosos e indesejados.” ⁴¹⁷

Como revela Douglas Husak,⁴¹⁸ nos Estados Unidos, os delitos omissivos e os delitos de posse são responsáveis pela expansão da criminalização e colocam em

⁴¹³ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021, p. 131-198.

⁴¹⁴ Cf. COTIC, Dusan. Drug and Punishment. **An up-to-date Interegional Survey Drug-Related Offenders**, United Nations Social Defense Research Institute, Roma, 1988.

⁴¹⁵ ROXIN, Claus. Crimes de posse. LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 81-95), p. 88-89.

⁴¹⁶ NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In: CASABONA, Romeo; MAIA, Carlos. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 76.

⁴¹⁷ ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 185/2021, p. 51, nov. 2021.

⁴¹⁸ HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización: los límites del derecho penal**. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 54 ss

risco o Estado de Direito, sendo que o delito de posse ilegal de drogas constitui a manifestação mais importante da tendência de criminalização e castigo exagerados.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal até pouco tempo entendia pela atipicidade somente em pequenas quantidades, mas mantém intacta a essência da punibilidade da posse de drogas, o que resulta insatisfatório, já que não enfrenta o problema.⁴¹⁹

No contexto brasileiro, a aplicação prática da lei é sede de discussão jurisprudencial acerca da técnica dos delitos de posse presente na descrição típica da posse para tráfico (artigo 33) e para consumo pessoal (artigo 28) presentes na Lei nº 11.343/2006, sobretudo ante a diferenciação entre a incriminação de cada um dos tipos penais sem qualquer estabilidade normativa, reduzida a critérios de margem indeterminada, determinadas no artigo 28, parágrafo segundo, da norma.

O Recurso Extraordinário nº 635.659, submetido a julgamento no Supremo Tribunal Federal em 2011, discute a inconstitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio e está em fase de julgamento desde 2015, quando o relator Ministro Gilmar Mendes votou favoravelmente à descriminalização da posse de qualquer entorpecente para consumo pessoal, consideras as questões de eventual abuso policial seletivo pela cor da pele e situação econômica do usuário e da tendência contemporânea de despenalização e descriminalização da posse em mais de vinte países.

O julgamento sofreu uma reviravolta a partir da proposição, pelo Ministro Edson Fachin, de restringir o julgamento da inconstitucionalidade apenas à posse de maconha, tendo em vista se tratar da droga do caso concreto em análise, seguido pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que adotou mesmo posicionamento e trouxe à corte uma proposta de fixação quantitativa de presunção da posse para consumo próprio em critério semelhante ao adotado em Portugal.

Retomado o julgamento em 2023, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou pertinentes fundamentos em seu voto, dentre as quais o contexto da associação do tráfico de drogas com a criminalidade violenta e a necessidade de combater o narcotráfico enquanto missão constitucional. Teceu considerações sobre a geopolítica

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. Crimes de posse. LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse**: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, (p. 81-95), p. 89-90.

do tráfico na América Latina e seu intercâmbio com a Europa, apontando os papéis assumidos na produção e consumo por alguns de seus países.

Em seguida, comentou que a edição da Lei de Drogas de 2006 teve como escopo melhorar situação do usuário mediante a despenalização de pena privativa de liberdade, mas que resultou, na prática, em situação inversa, uma vez que se aumentou a discricionariedade entre consumidor, traficante e pequeno traficante, da autoridade policial no momento do flagrante, do Ministério Público ao oferecer a denúncia e do judiciário ao sentenciar, com especial prejuízo ao pequeno traficante, diante do aumento da pena. Mencionou ainda os efeitos dessa legislação: o aumento em dez por cento das condenações por tráfico comum, o aumento da população carcerária em geral em oitenta por cento, o aumento de mulheres encarceradas em setenta e cinco por cento e o resultado de um número três vezes maior de traficantes presos, o que contribuiu para o aumento da força das facções no Brasil.

Com base em todos esses argumentos, apontou a urgência de declarar a inconstitucionalidade da lei e a relevância da quantificação da droga para presunção da posse para consumo próprio, uma vez que sem estabilizar o entendimento a incriminação configura, em suas palavras, uma roleta russa.

A ministra Rosa Weber, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, acompanhou o voto de Moraes.

O placar de julgamento, antes apontando a probabilidade da declaração da inconstitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso pessoal (ainda que restrita à maconha), foi desequilibrado com os votos desfavoráveis dos Ministros Cristiano Zanin (ainda em 2023), seguido pelos Ministros André Mendonça e de Nunes Marques. Os fundamentos apresentados pelos três votos a favor da constitucionalidade de norma da Lei de Drogas coincidem quanto à natureza dos argumentos: a lesividade do consumo de drogas aos usuários, às suas famílias e à sociedade brasileira como um todo.

A partir desses entendimentos, ainda que não haja sido finalizado o julgamento do recurso, vislumbra-se que a discussão promovida pela corte superior se limita à interpretação do conteúdo material do tipo penal, representada pela lesividade e pela proteção do bem jurídico.

Como se observou no primeiro capítulo desse estudo, o caráter ilícito de substâncias entorpecentes foi edificado nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados a partir do sistema internacional de controle de drogas impulsionado pelos

Estados Unidos da América. A despeito do discurso sanitário propagado no século XIX, que legitimaria a intervenção estatal a partir do interesse em preservação da saúde dos cidadãos. As finalidades não declaradas desse fenômeno, no entanto, merecem destaque:

También se comienzan a hacer evidentes las finalidades no declaradas del sistema internacional de control de las drogas; desde ámbitos académicos, políticos y económicos ya nadie duda que el sistema prohibicionista más que un mecanismo sanitario, deviene en régimen de control político y económico. A los magros resultados obtenidos tras décadas de implementación a nivel global de estas políticas, se fue contraponiendo con los años el enorme costo que habían generado en violencia social y cultural, vidas humanas, corrupción generalizada e inestabilidad institucional, particularmente en América Latina. El régimen punitivo draconiano emergente de las leyes de drogas de la región, originadas buena parte de ellas cuando las dictaduras militares asolaban el continente, unido a un sistema penal eminentemente selectivo, llevaron a una prisionización sin precedentes, inclusive de conductas menores, relativas a drogas⁴²⁰

Assim, os delitos relacionados à droga no século XXI englobam diversos atos na esfera da traficância, na esfera dos atos preparatórios para produção e distribuição de drogas, e nos atos relativos ao consumo pessoal, sobretudo caracterizando-se a posse como delito. A problemática desse cenário é elucidada com perfeição por Escotado:

Se contraponen así como ideales una sociedad sin drogas, libre incluso de las lícitas, y otra donde exista un mercado de todas tan abierto como el de publicaciones o espectáculos, con el refinamiento de la oferta que hay para bebidas alcohólicas, cafés o tabacos. Apoyado lo primero por leyes represivas cada vez más severas, la mayoría de los ciudadanos parece haber hecho suyas las consignas del Estado, aunque minorías numéricamente considerables practican la resistencia pasiva de modo tenaz, alimentando un mercado negro en el que muchos gobiernos y casi todas las policías especializadas participan de modo subrepticio. El momento presente, alejado tanto de un ideal como del otro, se caracteriza por algo que puede llamarse *era da sucedáneo*, con tasas nunca vistas de envenenados por distintos adulterantes, drogas nuevas que lanzan sin cesar laboratorios clandestinos e incontables personas detenidas, multadas, encarceladas y ejecutadas cada año en el planeta.⁴²¹

No mesmo sentido a crítica de Nilo Batista, sobre o caráter tirano do

⁴²⁰ FORNÉ, Diego Silva. **Regulación de la marihuana: Drogas y Estado de Derecho**. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación em España. Madrid: Dykinson, 2018, p. 57.

⁴²¹ ESCOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 14. ed. Barcelona: Editorial Planeta, 2021, p. 16.

proibicionismo e a pretensão de censurar a autonomia dos sujeitos:

Hoje em dia, as drogas proibidas só são proibidas por figurarem numa lista editada mediante ato administrativo da autoridade sanitária, lista cuja função é complementar concretamente a norma penal (que criminaliza, de modo genérico, o comércio e uso de algo tão vago quanto "substância entorpecente" "substância que determina dependência física ou psíquica" etc). Já houve um tempo em que também certos livros eram proibidos exatamente por figurarem numa lista editada pela autoridade religiosa. Parece que a interdição da leitura desses livros, ao inverso das drogas, baseava-se em sua aptidão desentorpecente e em sua capacidade para determinar independência intelectual, ou seja, em seu conteúdo crítico e desmistificador.⁴²²

Ao que se foi possível observar das exposições de motivos nas convenções internacionais e legislações nacionais, a política criminal atualmente adotada em matéria de drogas é pautada na lógica da "grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos" e "efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade."⁴²³

O discurso punitivo em matéria de drogas, embora regido por diferentes legislações ao longo da modernidade, é caracterizado pela incorporação de diferentes discursos para justificar a repressão pelo controle social. O resumo retrospectivo histórico do consumo de fármacos psicoativos e sua subsunção ao controle social do Estado autoriza a conclusão de que o conceito de droga é noção impregnada de subentendidos ideológicos que abarcam sentidos diferentes e, não raras vezes, opostos.⁴²⁴

Confirma esse argumento a amplitude conceitual do termo *drogas*: abarca não apenas os medicamentos destinados sobretudo ao tratamento de enfermos, mas também outras substâncias ativas do ponto de vista farmacológico.⁴²⁵ Apesar de todos os esforços legislativos para cumprir com a agenda internacional de repressão às drogas, não se nota igual interesse para definir o fator que legitima a criminalização somente em relação a certas substâncias, excluindo-se do grupo de ilícitas drogas

⁴²² OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 9.

⁴²³ **Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 20 dez. 1988, preâmbulo.

⁴²⁴ MOREL, Alain; HERVÉ, François; FONTAINE, Bernard. **Cuidados ao toxicod dependente**. Lisboa: Climepsi, 1998.

⁴²⁵ KRAMER, John Frederick; CAMERON, Dale Corbin. Manual sobre dependencia de las drogas. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 1975. p. 13; KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26; SILVA, Amaury. **Lei de Drogas anotada: Lei no. 11343/2006**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 48.

como o tabaco e o álcool. Nesse ponto, sobrepõem-se os discursos midiáticos e políticos que propagam informações grosseiramente incorretas do ponto de vista científico e farmacológico.

As possibilidades oferecidas pela química farmacológica no espectro psíquico da humanidade, por consequência, não apenas assombram parte considerável da população como também são objeto de preocupação dos gestores do controle social:

(...) por definición, cualquier sustancia <psicotrópica> es una trampa a las reglas del juego limpio: lesiona por fuerza la constitución psicosomática del usuario, perjudica necesariamente a los demás y traiciona las esperanzas éticas depositadas en sus ciudadanos por los Estados, que tienen derecho a exigir sobriedad porque están atentos a fomentar soluciones sanas al estrés y la neurosis de la vida moderna, encarnadas sobre todo en el culto al deporte de competición.⁴²⁶

Para Torcato, o controle sobre uso de drogas é parte do processo autoritário de medicalização da sociedade.⁴²⁷ No mesmo sentido aduz Julio Cesar Adiala, que observa o fenômeno como uma patologização do uso de drogas no Brasil.⁴²⁸

É importante frisar que as evidências científicas sobre o tema não são desconhecidas pelos agentes de controle social, mas sim ignoradas: em informe publicado nos Países Baixos, foi constatado que não se registram mortes como consequência direta do consumo de maconha e poucas se registram por sobredoses de drogas duras, em comparação com as drogas ilícitas, isto é: – tabaco e álcool são causas de número expressivo de mortes, drogas como cocaína e heroína são causas reduzidas, e a maconha não é causa de morte.⁴²⁹ Ainda a maconha, que integra o rol de *drogas leves* – cujos prejuízos à saúde do consumidor são reduzidos em relação ao potencial de dano de outras drogas –, é objeto de discursos como “a teoria da porta de entrada para outras drogas”, que exagera grosseiramente as evidências ao

⁴²⁶ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**: completada por el apéndice enomenología de las Drogas. 14. ed. Barcelona: Editorial Planeta, 2021, p. 16.

⁴²⁷ TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil**: da Colônia à República. 2016. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 22.

⁴²⁸ ADIALA, Julio Cesar. **Drogas, medicina e civilização na primeira república**. 2011. Tese (Doutorado em História). Faculdade de História, Fundação Oswaldo Cruz, 2011, p. 8-15.

⁴²⁹ MINISTERIO HOLANDES DE ASUNTOS EXTERIORES - QQA DROGAS. **Preguntas y respuestas acerca de la política holandesa sobre drogas**. Departamento de Información y Comunicación con el Extranjero del Ministerio de Asuntos Exteriores, em colaboración con el Ministerio de Sanidad, Bienestar y Deportes, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino de los Países Bajos, 2008, p. 21.

confundir correção com causalidade.⁴³⁰ O discurso dos altos riscos de dependência também recebe quase toda a atenção da mídia, muito embora represente uma minoria dos efeitos das drogas, mas recebe quase toda a atenção, e certamente a atenção da mídia.⁴³¹

A capacidade de abrangência do conteúdo proibitório das drogas, para Rosa del Olmo, é o que permite a reformulação de discursos quando necessário, a critério do interesse do controle social:

Trata-se, pois, de uma palavra sem definição, imprecisa e de uma excessiva generalização, porque em sua caracterização não se conseguiu diferenciar os fatos das opiniões nem dos sentimentos. Criam-se diversos discursos contraditórios que contribuem para distorcer e ocultar a realidade social da "droga", mas que se apresentam como modelos explicativos universais.

(...)

O importante, portanto, não parece ser nem a substância nem sua definição, e muito menos sua capacidade ou não de alterar de algum modo o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dela. Daí o fato de se falar da droga, e não das drogas. Ao agrupá-las em uma única categoria, pode-se confundir e separar em proibidas ou permitidas quando conveniente. Isto permite também incluir no mesmo discurso não apenas as características das substâncias, mas também as do ator consumidor ou traficante indivíduo que se converterá, no discurso, na expressão concreta e tangível do terror. Algumas vezes será a vítima e outras, o algoz. Tudo depende de quem fale. Para o médico, será "o doente" ao qual deve-se ministrar um tratamento para reabilitá-lo; o juiz verá nele o "perverso" que se deve castigar como dejetos. Mas sempre será útil para a manifestação do discurso que se permita estabelecer a polaridade entre o bem e o mal - entre Caim e Abel - que o sistema social necessita para criar consenso em torno dos valores e normas que são funcionais para sua conservação. Por sua vez, desenvolvem-se novas formas de controle social, que ocultam outros

⁴³⁰ HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 21. No mesmo raciocínio: É verdade que a heroína, por exemplo, causa depressão respiratória com mais facilidade do que a maconha. Seria um erro, no entanto, concluir que ela é mais nociva. É muito mais provável que a maconha causa paranoia temporária ou alterações perceptivas perturbadoras do que a heroína, administrada por qualquer via. Se alguém estivesse sofrendo de disenteria, uma enfermidade que continua sendo a principal causa de morte em países com recursos de saúde inadequados, a heroína seria a escolha óbvia para salvar sua vida. A questão é que todas as drogas podem produzir efeitos negativos e positivos. Portanto, agir como se a maconha fosse intrínseca ou moralmente superior à heroína – ou, aliás, a qualquer outra droga – revela a ignorância de quem acredita nisso. Essa ignorância também diminui as chances de as pessoas relatarem honestamente o consumo de substâncias além da maconha, devido ao estigma associado às assim chamadas drogas mais pesadas, como a heroína” (HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 65). E, ainda: “A overdose fatal é um risco verdadeiro, mas suas chances de ocorrência têm sido exageradas. Sem dúvida é possível morrer após o consumo excessivo de uma única droga opioide, mas essas mortes representam apenas cerca de um quarto dos milhares de óbitos relacionados a opioides. Drogas opioides contaminadas, ou combinadas com outros tranquilizantes (álcool ou remédio para dores neuropáticas, por exemplo) são responsáveis por muitas dessas mortes. As pessoas não estão morrendo por causa dos opioides, mas por causa da ignorância”. (HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 54).

⁴³¹ HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 25.

problemas muito mais profundos e preocupantes.⁴³²

Resulta desse cenário que o consumo de drogas é reprimido pelo regime proibicionista sem qualquer fundamento sanitário, como destaca Forné:

Los resultados son extremadamente significativos y demuestran que el régimen prohibicionista no encuentra fundamento alguno em consideraciones sanitarias; si a ello se le agrega que las muertes por sobredosis de drogas duras se deben en su enorme mayoría al corte o adulteración con que se ofrecen al público esas sustancias en el mercado negro -o que es resultado evidente de la ilegalidade - los datos son aún más contundentes.⁴³³

Se não se vincula a proibição da posse de drogas a qualquer perigo a bem jurídico – uma vez que, de um lado, o consumo por autodeterminação exclui a legitimação da saúde pública como bem jurídico protegido e, de outro, a mera posse não traduz qualquer perigo por não se tratar de ação, e sim acontecimento -, resulta que o *ius puniendi* está sendo instrumento do Estado sem a devida legitimidade.

Sobre os perigos da administrativização do Direito penal em sentido geral, (representada na incriminação da posse a partir da pretensão estatal de tutelar a vida privada dos cidadãos), comenta Guaragni:

O primeiro consiste em permitir ao Estado fazer uso do direito penal para si, ao invés de empregá-lo para a proteção individual ou coletiva das vítimas. Há sempre um risco de autoritarismo no fato de o detentor do poder punitivo estabelecer crimes e penas para se autopreservar. Não se nega que o Estado possa ser sujeito passivo de crimes, enquanto titular de bens jurídico-penais. É candente o exemplo do bem jurídico na *administração pública*: uma máquina estatal em adequado funcionamento interessa a todo cidadão que se vale e necessita dos préstimos estatais sociais. Assim, é legítimo proteger a administração pública contra corrupção, peculato ou fraudes licitatórias em sentido amplo. Porém, a seleção das situações em que o direito penal deve proteger bens de Estado necessita da clara evidência de que, por trás, está presente o interesse de cada cidadão, somado em coletividade. Do contrário, o exercício do poder punitivo carece de legitimidade.

O segundo perigo, coligado às metas de racionalização e contenção da intervenção estatal punitiva na vida de cada um de seus cidadãos, diz respeito à subversão do princípio da intervenção mínima subjacente à administrativização do direito penal. Este ramo do direito, quando chamado ao reforço de outro ramo do direito – no caso,

⁴³² OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 22-23.

⁴³³ FORNÉ, Diego Silva. Regulación de la marihuana: **Drogas y Estado de Derecho**. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación em España. Madrid: Dykinson, 2018, p. 63.

administrativo -, deixa de ser subsidiário a ele, para assumir função de assessorá-lo. Firma-se tendência de expansão exagerada de incriminações, logo convertida em direito penal exclusivamente simbólico, deletério às funções de prevenção geral. O direito penal *deve ser* simbólico enquanto carregado de significado comunicativo: porém, nunca só simbólico. A carga comunicativa só se afirma mediante atuação real. De outro lado, a violação da intervenção mínima banaliza o direito penal, enfraquece a hierarquia entre bens jurídicos e conduz a possibilidades de repressão indesejáveis no marco de um modelo de estado que se deseja *contido* no seu poder de punir. Por tudo, o apelo ao direito penal deve ser conduzido pela identificação clara dos campos em que a tutela administrativa deve ser somada à penal para proteção necessária de coletividades de vítimas, em que a meta não seja exclusivamente garantir a eficácia das atividades gerenciais de Estado atinentes à economia e ao meio ambiente.⁴³⁴

Mas as razões do proibicionismo são também os motivos de sua crise: continuou-se a guerra contra as drogas sem abordar o problema básico de porque são consumidas, além de ser impossível avaliar o êxito das medidas quando as questões englobam os países estrangeiros.⁴³⁵

Nesses termos, a política criminal utiliza do discurso da droga e seu controle “como elemento teórico legitimador assim como metodologia de ação”.⁴³⁶ Apesar de não se poder afirmar que esse fenômeno trouxe como novidade os delitos de posse, constata-se sua contribuição com o aumento da adoção da estratégia de tipificação de delitos de posse em legislações de quase todo o ocidente.

Nos últimos séculos, se, por um lado, reforçou-se o proibicionismo mediante a repressão de circunstâncias relacionadas a drogas, por outro – e em sentido contrário -, o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal se pautou no interesse de repressão ao autoritarismo.

Dessa forma, a pretensão de legitimar o controle social penal de drogas a partir de discursos forjados teve severos impactos reversos:

Colocar o "problema da droga" através destes diversos discursos só

⁴³⁴ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012, p. 38-39.

⁴³⁵ GARY LA FREE, Gary Ia; PERLMAN; Bruce J. La evolución de las gestiones realizadas por USA para controlar el narcotráfico a nivel internacional y sus repercusiones en Latinoamérica: Investigación preliminar. **Seminário sobre la Criminología en Latinoamérica**, CENIPEC, ULA, Mérida, nov. 1985, p. 9.

⁴³⁶ GARCIA MENDEZ,. La dimenzione política deli abolizionismo: Un punto de vista periférico. *In: Dei Delitti e delle Penne*, 3/85, p. 562.

contribuiu para reforçar a confusão reinante e para ignorar suas reais dimensões psicológicas e sociais, assim como políticas e econômicas. Os estereótipos servem para organizar e dar sentido ao discurso em termos dos interesses das ideologias dominantes; por isso, no caso das drogas se oculta o político e econômico, dissolvendo-o no psiquiátrico e individual.⁴³⁷

Dentre tais efeitos, a militarização do conflito para combater crime organizado de drogas resultou em mais violência.⁴³⁸

A despeito de tal consequência, jamais houve interesse governamental ou internacional em alterar a estratégia de lidar com entorpecentes, o que leva a reflexões tais como a de Hugo Freda: "Há uma necessidade de manter o fenômeno em um estado de ignorância porque o discurso social precisa manter na sombra a realidade do fenômeno da droga para poder trabalhar em cima dele sem dificuldades?"⁴³⁹

É de se considerar que a droga serve como bode expiatório para evitar a abordagem de problemas sociais complexos.⁴⁴⁰

Torcato⁴⁴¹ propõe a percepção de pessoas como seres humanos complexos inseridos em contextos sociais que dão sentido e racionalidade ao uso de drogas. E isso inclui, necessariamente, reconhecer o consumo de drogas como parte da sociedade:

Gostemos ou não, as drogas recreativas fazem parte da nossa sociedade, e devemos ter como missão usar esse conhecimento para apoiar a saúde e a felicidade daqueles que as utilizam. Uma parte dessa missão consiste em tentar mantê-los seguros, não os empurrar para as sombras e forçá-los a arriscar a vida quando há alternativas melhores"⁴⁴²

Longe de constituir o presente estudo como uma apologia ao consumo de drogas ilícitas, o que se defende a partir das considerações expostas é, sobretudo,

⁴³⁷ " P 25 DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 86 p.

⁴³⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. El sistema penal deve devolver al sistema de salud lo que es propio In: TOUZE, Graciela; GOUTZMAN, Paula (comp.). **América Latina debate sobre drogas** : I y II Conferencias Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas.1 ed. Buenos Aires : Intercambios Asociación Civil; Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2011.

⁴³⁹ FREDa, Hugo. **Seminário para una Clínica de Drogadictos**, Ateneo de Caracas, 12-16 de junho de 1986.

⁴⁴⁰ HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 230; DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 22.

⁴⁴¹ TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil**: da Colônia à República. 2016. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 61.

⁴⁴² HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 106.

uma reverência à liberdade. Nesse escopo, “nenhum governo benevolente deveria proibir adultos autônomos de alterar seus estados de consciência, a menos que com isso violem os direitos de outras pessoas”.⁴⁴³

Mais que isso, deve se recorrer à dogmática jurídico-penal, sobretudo à proposta da concepção significativa da ação, para conter o autoritarismo em matéria de drogas a partir da constatação da ausência da ação nos tipos de posse, elemento basilar da limitação do *ius puniendi* desde o princípio do desenvolvimento da moderna teoria do delito.

Portanto, o problema deve partir do princípio de que não devemos buscar um direito penal melhor, mas sim algo melhor que o direito penal.⁴⁴⁴

⁴⁴³ HART, **Carl. Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 11

⁴⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. **El hombre en el derecho**. Tradução de Aníbal del Campo. Granada: Comares, 2020, p. 69.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação da criminalização da posse de substâncias entorpecentes na legislação brasileira - sobretudo pela perspectiva contextual histórico-política que envolvem a revogação e criação de tipos penais – se revela como importante fonte de compreensão da intenção da norma incriminadora.

Por outro lado, o juízo acerca da legitimidade dos tipos penais que criminalizam a posse de drogas deve observar o preceito maior da tipicidade: a necessidade de justificar racionalmente o castigo penal.

Apesar destes prismas analíticos se constituírem aparentemente tão distintos em termos de método, sua conjugação lógica viabiliza a avaliação da legitimidade do tipo penal a partir de sua relação com a justificação racional da incriminação, dado que pode ser extraído a partir da história da legislação penal. É dizer que a averiguação da legitimidade do tipo penal de posse de drogas deve necessariamente se relacionar com a justificativa dada para autorizar o castigo penal – tendo em vista ser essa a função primária da tipicidade - podendo essa resposta ser extraída dos textos legais que instituem, revogam e modificam a legislação penal.

O estudo dos interesses político-criminais da incriminação da posse de drogas na evolução histórica da legislação brasileira verificar que essa forma de tipificação legal resultou de expressa influência dos órgãos internacionais no controle social interno, movido não por razões sanitárias, como já se alegou, mas sim por interesses econômicos e políticos. Dessa forma, toda a questão política é importante no cenário internacional para que se possa compreender como a política criminal avançou para a dogmática no atual estado

Na sequência, o estudo do conteúdo do injusto penal e das técnicas de tipificação legitimadoras da intervenção penal permitiu reconhecer o avanço das barreiras de imputação firmados pela teoria do delito clássico, quando da metade do século XX se formularam modernas técnicas de tipificação no sentido de aumentar a incriminação penal.

Dentre tais técnicas, identificou-se a incriminação da mera posse de objetos e se estabeleceram as principais críticas doutrinárias formuladas a essa categoria, sobretudo as discussões relativas à tutela de bens jurídicos.

A filosofia da linguagem aplicada ao Direito penal, em inovadora proposta,

oferece mais avanços para a discussão doutrinária do que as teorias clássicas, como demonstra Tomás Salvador Vives Antón. Para além de superar a problemática do bem jurídico nos delitos de posse por intermédio de sua concepção procedimental – deslocando dessa categoria a real problemática –, a concepção significativa da categoria ‘ação’ da estrutura do delito se mostra suficiente para revelar a inexistência de ação nos delitos de posse, o que, por si só, torna ilegítima a incriminação.

Embora esse critério interpretativo oferecido pelo instrumental da filosofia da linguagem seja aplicado especialmente à discussão da concepção do bem jurídico – que se torna desnecessária para fins da imputação penal, à medida que, ao fim e ao cabo, basta remeter às normas constitucionais – pode ser ampliado para todo o contexto das barreiras de imputação penal.

No contexto brasileiro, se verifica o aproveitamento da concepção significativa da ação para a declaração da inconstitucionalidade dos delitos de posse, uma vez que os critérios político-criminais e as tradicionais teorias da ação não são suficientes para determinar com precisão sua legitimidade dentro de um Estado de Direito que se pretende democrático.

REFERÊNCIAS

- ABERLE, David F. **The Peyote religion among the Navaho**. 2. ed. Londres: Aldine, 1991.
- ACKERKNECHT, Erwin H. **Natural diseases and rational treatment in primitive medicine**. Bulletin of the History of Medicine, Baltimore, v. 19, n. 5, p. 467-497, mai.1946.
- ACOSTA, José de. **Historia natural y moral de las Indias**. Createspace Independent Publishing Platform, 2016.
- ADIALA, Julio Cesar. **Drogas, medicina e civilização na primeira república**. 2011. Tese (Doutorado em História). Faculdade de História, Fundação Oswaldo Cruz, 2011.
- ADOVASIO, James M.; FRY, Gary F. Prehistoric psychotropic drug use in Northeastern Mexico and Trans-Pecos Texas. **Economic Botany**, v. 30, n. 1, p. 94-96, jan./mar. 1976.
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. de Lorenzo Mammi. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- AHMAD, Diana. **The Opium Debate and Chinese Exclusion Laws in the Nineteenth-Century American West**. University of Nevada Press, 2007.
- ALMEIDA, Candido Mendes de (ed.). **Codigo Philippino**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Phylomatico, 1870.
- ALVAREZ, Marcos César Alvarez; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 97-130, 2003.
- AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. Tradução de Pablo Rodrigo Alfren. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, jan./mar. 2014.
- ARRAES, Rhayssam Poubel De Alencar, CAUDURO, Roberta Martinic; GONÇALVES, Guilherme Henrique. O Direito Penal Deve Ser Encarado Enquanto Ciência? Um Breve Debate Entre As Ideias De Tomás S. Vives Antón E Urs Kindhäuser . in: BUSATO, Paulo César; Arraes, Rhayssam P. (Coord.). **A linguagem do sistema criminal**. Tirant lo Blanch, 2024, p. 42-62.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abedelo-Perrot/ Editorial Sudamericana, 1958.
- BALSDON, John Percy Vyvian Dacre (ed.). **The romans**. Londres: C. A. Watts & CO, 1965.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **Presença dos Estados Unidos no Brasil**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2007.

BASAGLIA, Franco; BASAGLIA ONGARO, Franca. **La maioria marginada**. Barcelona: Editorial Laia, 1973.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de Sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, outubro-dezembro de 1997.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ed. Paidós, 2006.

BELING, Ernst Ludwig von. **Die Lehre Vom Verbrechen**. Tübingen: P. Siebeck, 1906.

BERNER, Albert Friedrich. **Die Strafgesetzgebung in Deutschland: Vom Jahre 1751 Bis Zur Gegenwart**. Berlim: Leipz. 1867.

BILDING, Karl. **Die Normen Und Ihre Übertretung: Eine Untersuchung Über Die Rechtmässige Handlung Und Die Arten Des Delikts**. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOITEUX, Luciana. Breve histórico do controle internacional de drogas. In. ____ *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição: um estudo jurídico social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais**. Rio de Janeiro/Brasília: Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade de Brasília, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

____. **Curso de Direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008.

____. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 35, n. 68, p. 59–90, 2014. DOI: 10.5007/2177-7055.2013v35n68p59. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2013v35n68p5>. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Imperio do Brazil. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 7, 1824.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1934.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988.

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 7, 20 out. 1823.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830: Manda executar o Codigo Criminal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830.

BRASIL. Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851. Manda executar o regulamento da Junta de Hygiene Publica. **Coleção de Leis do Império do Brasil de 1851**, Rio de Janeiro, 29 set. 1851.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. **Coleção de Leis do Império do Brasil de 1888**, Rio de Janeiro, 13 mai. 1888.

BRASIL. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como fórmula de governo da Nação Brasileira a Republica Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes. **Coleção de Leis do Brasil de 1889**, Rio de Janeiro, 1889.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890: Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil de 1890**, Rio de Janeiro, 11 out. 1890.

BRASIL. Decreto nº 2.861 de 08 de julho de 1914. Aprova as medidas tendentes a impedir os abusos do opio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaina constantes das resolucoes aprovadas pela Conferencia Internacional do Opio, realizada, em 10/12/1911, em Haia. **Coleção de Leis do Brasil de 1914**, Rio de Janeiro, 08 jul. 1914.

BRASIL. Decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro de 1915. A Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocollo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 10 fev. 1915.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1916.

BRASIL. Decreto nº 4.294 de 6 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaina, opio, morphina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os credits necessarios. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1921.

BRASIL. Lei nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comité Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1932.

BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1932.

BRASIL. Decreto nº 22.950, de 18 de julho de 1933. Promulga a Convenção Internacional do Opio, firmada em Genebra, a 19 de fevereiro de 1925. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1933.

BRASIL. Decreto nº 24.505, de 29 de junho de 1934. Modifica as arts. 1º, 3º, 5º, 14, 22, 25, 26 e 58, do decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1934.

BRASIL. Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1936.

BRASIL. Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1938.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1940.

BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1964.

BRASIL. Decreto-lei 159, de 10 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1967.

BRASIL. Portaria nº 22, de 8 de maio de 1967. Adota as listas de entorpecentes da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. Brasília: **Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF)**, 1967.

BRASIL. Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1968.

BRASIL. Decreto-lei nº 753, de 11 de agosto de 1969. Dispõe sobre a fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, distribuição de amostras desses produtos e dá outras providências, Brasília: **Diário Oficial da União**, 1969.

BRASIL. Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1971.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1976.

BRASIL. Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1977.

BRASIL. Decreto nº 85.110, de 2 de setembro de 1980. Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1980.

BRASIL. Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986. Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1986.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1990.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1991.

BRASIL. Lei nº 8.764, de 20 de dezembro de 1993. Cria a Secretaria Nacional de Entorpecentes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1993.

BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2002.

BRASIL. Decreto nº 4.345, de 26 de agosto de 2002. Institui a Política Nacional Antidrogas e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2002.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2006.

BRASIL. Lei nº 11.754, de 23 de julho de 2008. Acresce, altera e revoga dispositivos da Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, cria a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, cria cargos em comissão; revoga dispositivos das Leis nos 10.869, de 13 de maio de 2004, e 11.204, de 5 de dezembro de 2005; e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2008.

BRASIL. Ministério de Estado da Saúde. Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: **Diário Oficial da União**, 2011.

BRASIL. Resolução nº 1, de 19 de agosto de 2015. Regulamenta, no âmbito do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), as entidades que realizam o acolhimento de pessoas, em caráter voluntário, com problemas associados ao uso nocivo ou dependência de substância psicoativa, caracterizadas como comunidades terapêuticas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2015.

BRASIL. Ministério de Estado da Saúde. Portaria Interministerial nº 2, de 21 de dezembro de 2017. Institui o Comitê Gestor Interministerial para atuar no desenvolvimento de programas e ações voltados à prevenção, à formação, à pesquisa, ao cuidado e à reinserção social de pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Resolução nº 1, de 9 de março de 2018. Define as diretrizes para o realinhamento e fortalecimento da PNAD - Política Nacional sobre Drogas, aprovada pelo Decreto 4.345, de 26 de agosto de 2002. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2018.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Portaria nº 562, de 19 de março de 2019. Cria o Plano de Fiscalização e Monitoramento de Comunidade Terapêutica no âmbito da Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas - SENAPRED. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Portaria nº 563, de 19 de março de 2019. Cria o cadastro de credenciamento das comunidades terapêuticas e das entidades de prevenção, apoio, mútua ajuda, atendimento psicossocial e ressocialização de dependentes do álcool e outras drogas e seus familiares, e estabelece regras e procedimentos para o referido credenciamento no âmbito do Ministério da Cidadania. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019.

BRASIL. Lei nº 13.840, de 05 de junho de 2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019.

BRASIL. Resolução nº 8, de 27 de setembro de 2022. Aprova o Plano Nacional de Políticas sobre Drogas 2022-2027. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 19.918/PE**. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Diário da Justiça: Brasília, DF, 31 maio 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial nº 32.161/SP**. Relator: Ministro Cid Flaquer Scartezini. Diário da Justiça: Brasília, DF, 31 maio 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial nº 49.715/SP**. Relator: Ministro Jesus Costa Lima/ Ministro José Dantas. Diário da Justiça: Brasília, DF, 6 fev. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 45.211/SP**. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça: Brasília, DF, 5 jun. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 70.445-0/RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça: Brasília, DF, 25 fev. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 10.971/MS**. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça: Brasília, DF, 17 abr. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 8.707/RJ**. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça: Brasília, DF, 5 mar. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 15.434/SP**. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Diário da Justiça: Brasília, DF, 15 abr. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 17.384/SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Diário da Justiça: Brasília, DF, 3 jun. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 303.315/SP**. Relator: Ministro Ericson Maranhão. Diário da Justiça: Brasília, DF, 6 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 1.500.884/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Diário da Justiça: Brasília, DF, 7 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 360.123/SP**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Diário da Justiça: Brasília, DF, 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça: Brasília, DF, nº 81, 26 abr. 2007.

BRAU, Jean-Louis. **Histoire de la drogue**. Paris: Tchou, 1968.

BRITO, Lemos. **Succincte Exposition sur l'Evolution Pénale au Brésil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. Sobre o tipo no direito penal. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 87, n. 755, p. 791-803, set. 1998.

BUSATO, Paulo César. Actio libera in causa y action significativa. *In*: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas actuales del derecho penal y de la criminología**: estudios penales en memoria de la professora Maria del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 479-516.

_____. **Direito Penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. **La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de acción**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. A imprudência a partir do conceito significativo de ação. *In*: _____. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 255-310.

_____. **Derecho penal y acción significativa**: la función del concepto de acción em derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje, Buenos Aires: Didot, 2013.

_____. (ed.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. *In*: _____. (org.). **Neurociência e Direito Penal**, São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, jan. 2015.

_____. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos *Besitzdelikte* a partir da Concepção Significativa da Ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2016v37n73p7>. Acesso em: 8 de fev. 2023.

_____. **Direito penal**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blach, 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, **Dolo y lenguaje**: hacia una neva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung. *In*: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (coords.). **Festschrift für Günther Jakobs zum 70.** Berlin: Geburtstag, 2007, pp. 27-52.

CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno de la imputación del dolo y la imprudencia. *In*: UBIETO, Emilio et al (coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

CARO BAROJA, Julio. **Las brujas y su mundo.** Madrid: Alianza Editorial, 1966.

_____. **Inquisición, brujería y criptojudaismo.** Barcelona: Ariel, 1970.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. A emergência da política mundial de drogas no Brasil: O Brasil e as primeiras conferências internacionais do ópio. **Oficina do Historiador**, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 7, n. 1, jan./jun. 2014.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTELO BRANCO, Bruno Cortez Torres. **Culpa grave e culpa leve no direito penal: um critério objetivo-subjetivo do desvalor de ação.** 2023. 224 p. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CHAVES, Luiz Antonio. **O opio, de sua acção sobre a economia animal, e dos casos que reclamam seu uso, precedida de considerações geraes sobre o systema nervoso.** Tese. Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, 1839.

CLOYD, Jerald W., **Drogas y control de información.** Buenos Aires: Ediciones Três Tiempos, 1985.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Evolução Histórico-dogmática da Teoria do Injusto. **Revista da EMERj**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, p. 77-111, 2006.

COSTA, Nilson do Rosário. **Lutas Urbanas e controle sanitário: origens das políticas de saúde no Brasil.** Petrópolis: Vozes, 1985.

COTIC, Dusan. Drug and Punishment. An up-to-date Interegional Survey Drug-Related Offenders, **United Nations Social Defense Research Institute**, Roma, 1988.

COX LEIXELARD, Juan Pablo. **Delitos de posesión: bases para una dogmática.** Montevideo: B de F Ltda, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista**

de Estudos Criminais, ano XII, Porto Alegre, n. 54, jul./set. 2014, p. 141. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

DE ROPP, Robert S. **As drogas e a mente**. 2. ed. Trad.: José Geraldo Vieira. São Paulo: IBRASA, 1976.

DEMUTH, Heinrich. **Der normative Gefahrbegriff**. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte. Bochum: Brockmeyer, 1980.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. Coleção textos de Direito Tributário, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIÉZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**: v. 3. 7. ed. Madrid: Imprenta, 2001.

DODDS, Eric Robertson. **Os Gregos e o Irracional**. Trad.: Paulo Domenech Oneto. São Paulo: Escuta, 2002.

DONNA, Edgardo Alberto ¿Es posible el derecho penal liberal? In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco José (coord.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo**: "*Cedant arma togae*". Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 99-122.

DUBBER, Markus Dirk. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Evanston, v. 91, n. 1, p. 829-994, 2001.

ECKSTEIN, Ken. **Besitz Als Straftat**. Berlim: Duncker & Humblot, 2001.

_____. **Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte**. In: ZTStw, n. 117, 2005.

_____. Fundamentos e problemas atuais dos delitos de posse. EDV, EU, leis jurídico-penais modificadores, concursos. In: LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse**: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, pp. 31-56.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. São Paulo: Record, 1984.

ELIADE, M. **Le chamanisme et les techniques archaïques de l'extase**. Paris: Payot, 1968.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 14. ed. Barcelona: Espasa, 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Harmelin v. Michigan**. U.S. Reports, v. 501, U.S. 957, 27 jun. 1991.

FELICE, Philippe de. **Poisons sacrés, ivresses divines**. Paris: Albin, 1936.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAZ, Sérgio Valadão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro**: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Gießen: Heer, 1828.

FLETCHER, George P. The right and the reasonable. **Harvard Law Review**, v. 98, 1985, pp. 949-982.

_____. **Basic concepts of criminal law**. Oxford University Press: New York, 1998.

_____. **Rethinking criminal law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2000.

FORNÉ, Diego Silva. Regulación de la marihuana: **Drogas y Estado de Derecho**. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación em España. Madrid: Dykinson, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Forense, 1. ed., Rio de Janeiro, 1977.

_____. **Lições de Direito penal**, Parte geral. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCK Jr., Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 98, set. 2012.

FREDA, Hugo. **Seminário para una Clínica de Drogadictos**, Ateneo de Caracas, 12-16 de junho de 1986.

FREE, Gary Ia; PERLMAN, Bruce J. La evolución de las gestiones realizadas por USA para controlar el narcotráfico a nivel internacional y sus repercusiones en Latinoamérica: Investigación preliminar. In: **Seminário sobre la Criminologia en Latinoamérica**, CENIPEC, ULA, Mérida, nov. 1985.

FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried *et al* (eds.). **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70**. Heidelberg: C. F. Müller, 993.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova Lei sobre drogas**: Lei no. 11.343/2006 comentada. Campinas: Russell Editores, 2006.

GARCIA MENDEZ, Emilio. **La dimenzione política deli abolizionismo**: Un punto de vista periférico. In: *Dei Delitti e delle Penne*, 3/85.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARY LA FREE, Gary la; PERLMAN; Bruce J. La evolución de las gestiones realizadas por USA para controlar el narcotráfico a nivel internacional y sus repercusiones en Latinoamérica: Investigación preliminar. **Seminário sobre la Criminología en Latinoamérica**, CENIPEC, ULA, Mérida, nov. 1985.

GARZA, Mercedes de la. **Sueño y alucinación en el mundo náhuatl y maya**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? *In*: ASÚA, Luis Jiménez de (ed.). **Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Pannedile, 1970.

GORRIZ ROYO, Elena Maria, **El concepto de autor em derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GRAVES, Robert. **Los dos nacimientos de Dionisos**. Barcelona: Seix Barral, 1980.

GRECO, Luís. Tipos de autor e Lei de tóxicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 43, p.226-238, abr./jun. 2003.

_____. **As razões do direito penal**. Quatro estudos. Tradução de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. V. I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. de Manuel Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

HART, Carl. **Drogas para Adultos**. Tradução: Pedro Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. Fundamento del legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos. Marcial Pons: Madrid-Barcelona, 2007.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, in Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva (orgs). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim/PPG - Ciências Sociais PUC-SP, 1997.

HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización: los límites del derecho penal**. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997.

_____. Criminalización en el estadio previo a la lesión de um bien jurídico. **Estudios de Derecho Penal**, Madrid, 1997.

_____. **Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____.; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

JENSEN, Adolphe E. **Myths et cultes chez les peuples primitifs**. Paris: Payot, 1954.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4. ed. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993.

KINDHAUSER, Urs. **Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte**. Frankfurt: Verlag Vittorio Klostermann, 1989.

KRAMER, John Frederick; CAMERON, Dale Corbin. **Manual sobre dependencia de las drogas**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 1975.

KUHLEN, L. ¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de um concepto material de delito? In: WOLTER, J.; FREUND, G. (eds.). **El sistema integral del Derecho penal**. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

LA BARRE, Weston. **The peyote Cult**. New Haven: Yale University Press, 1938.

LA BARRE, Weston; LABIN, Suzanne. Églises de drogues. **Monde et Vie**, v. 194, ago. 1969.

LAGODNY, Otto. **Strafrecht Vor Den Schranken Der Grundrechte: Die Ermächtigung Zum Strafrechtlichen Vorwurf Im Lichte Der Grundrechtsdogmatik Dargestellt Am Beispiel Der Vorfeldkriminalisierung**. Tübingen: Mohr, 1996.

LAÍN ENTRALGO, Pedro. **História Universal de la Medicina**. Barcelona: Salvat Editores, 1972.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Aurelino A. **Germens do crime**. Bahia: J.L.F.Magalhães, 1896.

LEARY, Timothy. The religious experience: its production and interpretation. **The Psychedelic Review**, v.1, n. 3, p. 3-23, 1964.

LEARY, Timothy; METZNER, Ralph; ALPERT, Richard. **The psychedelic experience**. A manual based on the Tibetan Book of the Dead. Nova Iorque: University Books, 1964.

LIMA, Marcellus Polastri. Critério de classificação dos delitos e técnica legislativa de elaboração da parte especial do Código Penal brasileiro. **Rev. Dir. Proc.-Geral de Justiça**, Rio de Janeiro, v. 28, 1988.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito penal alemão**. Vol. 1. Trad: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p.51-68, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/141-ARTIGO>. Acesso em: 29 nov. 2023.

_____. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 105. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013>. Acesso em: 06 jan. 2024.

MACAGNO, Mauricio Ernesto. La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal Argentino. **Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**: Universidad Nacional de La Plata, La Plata, n. 41, p.179-192, 2011.

MACHADO, Alcântara. Discurso proferido na sessão de instalação. In: **Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia**, v. I, fasc. 1, p.13-17, fev. 1922.

MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Brasil.**

MANZANI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal: Teorías generales, v.2.** Trad. Sentís. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Campinas: Millenium, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La 'concepción significativa de la acción' de T. S. VIVES y su correspondência sistemática con las concepciones teleológico funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC).** Granada, v. 1, n. 2, p. 233–279, nov., 1999.

_____. **Derecho Penal económico y de la empresa - parte general.** 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. **La expansión, la reducción y la legitimidade del Derecho penal económico.** Revista Penal México, n. 5, p. 61-75, set. 2013 – fev. 2014.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? *In:* Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva (orgs). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva,** São Paulo, IBCCrim/PPG - Ciências Sociais PUC-SP, 1997.

MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho penal, v. I.** Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

_____; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal.** Parte General 1. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MAYER, Max Ernst. **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch.** Heidelberg: C. Winter, 1915.

MCDONALD, Alexander Hugh. La Roma prerrevolucionaria. *In:* BALSDON, John Percy Vyvian Dacre. **Los romanos.** Madrid: Gredos, 1966.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo.** Madrid: Civitas, 2001.

_____. Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro. *In:* ROMEO CASABONA, C.M. (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho.** Granada: Editorial Comares, 2004.

MERTON, Robert K. **Teoría y Estruturas Sociales.** 4. ed. Trad. de Florentino M. Torner e Fufina Borques. Ciudad de México: Fundo de Cultura Economica, 2002.

MESTIÉRI, João. **Manual de Direito penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad: José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MIGUEL, Juan Blázquez. **La inquisición en Castilla-La Mancha**. Madrid: Pub. Univ. de Córdoba, 1986.

MINISTERIO HOLANDÉS DE ASUNTOS EXTERIORES - QQA DROGAS. **Preguntas y respuestas acerca de la política holandesa sobre drogas**. Departamento de Información y Comunicación con el Extranjero del Ministerio de Asuntos Exteriores, en colaboración con el Ministerio de Sanidad, Bienestar y Deportes, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino de los Países Bajos, 2008.

MOMMSEN, Theodor. **Historia de Roma**. Madrid: Góngora, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Trad. de Cristina Muracho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOORE, Michael. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. New York: Oxford University Press, 1993.

MOREL, Alain; HERVÉ, François; FONTAINE, Bernard. **Cuidados ao toxicodependente**. Lisboa: Climepsi, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999.

___.; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

___.; CHIESA, Luís Ernesto. A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico em Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE, n. 1. Tradução de Rodrigo Jacob Cavagnari e Paulo César Busato, 2009.

MUSTO, David F. **One Hundred Years of Heroin**. Westport: Auburn House, 2002.

NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. *In*: CASABONA, Romeo; MAIA, Carlos. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

NESTLER, Cornelius. O princípio da proteção de bens jurídicos e a punibilidade da posse de armas de fogo e substâncias entorpecentes. *In*: LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, pp. 11-20.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. Trad: J. Guinsburg. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOGUEIRA, André Luis Lima. Saberes terapêuticos nas Minas coloniais: diálogos entre a medicina oficial e as curas não licenciadas (séc. XVIII). **História Unisinos**, v. 18, n. 1, p. 15-26, 2014.

OLMO, Rosa del. **La sociopolítica de las drogas**. Caracas: Universidad de Venezuela, 1975.

_____. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013>.

PÉRIAS, Gilberto Rentz. **Leis Antitóxicos N° 6.368/76 e N° 10.409/02**: Comentários, Legislação, Jurisprudência e Prática. 4. ed. Santa Cruz da Conceição : Vale do Mogi, 2005.

POIARES, Carlos Alberto. Contribuição para uma análise histórica da droga. **Revista Toxicodependências**, v.5, n.1,p. 3-12, 1999.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. In: QUIROGA, Jacobo López Barja; ZUGARLDÍA, José Miguel (coord.). **Dogmática Y Ley Penal** - libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo. Madrid: Espinar, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

_____. **El hombre en el derecho**. Tradução de Aníbal del Campo. Granada: Comares, 2020.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant, 2007.

_____. Un 'processo interno' necesita 'criterios externos': algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo, in **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal** (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del professor Tomas Salvador Vives Antón), Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Armando. Discurso pronunciado na sessão de instalação da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia. **Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia**, fasc.1, v.I, 1922, p.27-30, fev. 1922.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Tiago. **Política e Drogas nas Américas**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2004.

ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução: Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

_____. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva**. 3.ed. Trad. e introdução Luís Greco. Rio Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Grijley, 2007.

_____. ¿Es La protección de biens jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Ronald (ED.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. **Delitos de tenencia**. Seminario en Sevilla, mar. 2008.

_____. Crimes de posse. In: LOBATO, José Danito Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, André (orgs.) **Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia**. São Paulo: LiberArs, 2016, pp. 81-95.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANTOS, Adilson dos. **A tragédia grega na visão de Friedrich Nietzsche**. Revista Letras, v. 68, out. 2006. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/letras/article/view/6135>>. Acesso em: 14 out. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

_____. **Direito penal**. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2008.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHEERER, Sebastian. The Popularity of the Poppy, Selective Politization and Criminalization of Opium Use in XIX Century USA. **Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social**, Barcelona, 9-12 de setembro, 1977.

SCHIVELBUSCH, Wolfgang. **Histoire des stimulants**. Paris: Le Promeneur, 1991.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian *et al.* **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Das 27. Strafrechtänderungsgesetz - Kinderpornographie. München: C. H. Beck, n. 40, 1993.

_____. La posesión como hecho punible. **Revista de Derecho penal y Criminología**. Madrid: UNED, n. 14, 2. época, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Editora Tecnos, 1991.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. in HEFENDEHL, Ronald (ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SECRETARIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Single Convention on Narcotic Drugs**. Nova Iorque, 30 mar. 1961.

SECRETARIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 21 fev. 1971.

SECRETARIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 20 dez. 1988.

SECRETARIADO DA LIGA DAS NAÇÕES. **International Opium Convention**. Haia: 23 jan. 1912.

SECRETARIADO DA LIGA DAS NAÇÕES. **International Opium Convention**. Genebra: 19 fev. 1925.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. **Emergencia y crisis del estado social: Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación**. Barcelona: PPU, 1998.

SHLEIFFER, Hedwig (coord). **Narcotic plants of the New World: An anthology of text from ancient times to the present**. Monticello: Lubrecht & Cramer, 1979.

_____. (coord). **Sacred narcotic plants of the New World Ind-dianns**. Nova Iorque: Hafner Press, 1974.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2. ed. Madrid: IBdeF, 2001.

_____. *et al.* La ideología de la seguridad em la legislación penal española presente y futura. In: DA GRÃ, C. et al (eds). **La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Iuscrim Barcelona, 2003.

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada: Lei no. 11343/ 2006**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno. 2012.

SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

SILVEIRA, Dartiu; MOREIRA, Fernanda. **Panorama Atual de Drogas e Dependências**. São Paulo: Editora Atheneu, 2005.

SINCLAIR, Andrew. **Era of Excess: A social history of the prohibition movement**. Nova Iorque: Harper, 1964.

SLOTKIN, James Sydney. **The peyote religion**. Nova Iorque: Free Press, 1956.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006): comentários e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2006.

STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofía del Derecho**. Trad. de W. Roces. Madrid: Reus, 1930. LASK, Emil. **Filosofía Jurídica**. Trad. de Roberto Goldschmidt. Buenos Aires-Montevideo: BdeF. 2008.

STRUNSEE, Eberhard. Besitzdelikte. In: SAMSON, Erich et al. **Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag**. Nomos: Baden-Beden, 1999.

_____. Os crimes de posse. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p. 56-69, jan./abr. 2013, p. 59.

SZASZ, Thomas Stephen. **Droga y ritual: la persecución ritual de drogas, adictos e inductores**. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 1990.

SZNICK, Valdir. **Lei anti-tóxico comentada: Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02**. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Teoria do injusto penal.** Belo horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Fundamentos da teoria do delito.** 3. ed. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República.** 2016. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

VIEIRA, João. **O homem e as drogas: o penoso caminho do retrocesso.** Vol. 1. São Paulo: Letras & Letras, 1996.

VIVEIROS, Carlos. **Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Pensar la libertad: Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

WASSON, Robert Gordon. **Soma, divine mushroom of immortality.** Nova Iorque: Harcourt, 1964.

WASSON, Robert Gordon; WASSON, Vanessa. **Mushrooms, Russia and History.** Nova Iorque: Pantheon Books, 1975.

WEBER, Hellmuth Von. **Lineamentos del Derecho penal.** Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediard, 2008.

WELZEL, Hans. Die deutsche strafrechtliche Dogmatike der letzten 100 Jahren und die finale handlungslehre. **Juristische Schulung**, [s.l.], p. 421-425, 1966.

_____. **Introducción a la filosofía del Derecho.** Derecho natural y justicia material. Trad. de Felipe Gonzáles Vicén. Madrid: Aguilar, 1977.

_____. **Teoría del tipo penal.** Tipos abiertos. 1979.

_____. **Derecho penal alemán.** 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez-Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em torno de la cuestión penal.** Buenos Aires: BdeF, 2005.

____. **O inimigo do direito penal.** Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

____. *et al.* **Direito penal brasileiro:** segundo volume – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

____. El sistema penal deve devolver al sistema de salud lo que es propio. In: TOUZE, Graciela; GOUTZMAN, Paula (comp.). **América Latina debate sobre drogas:** I y II Conferencias Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas. 1 ed. Buenos Aires: Intercambios Asociación Civil; Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2011.

ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 185/2021, p. 43 – 81, nov. 2021.

ZORRILLA, Carlos González. **Drogas y control social.** Poder y control. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1987.