

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DELITO E OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

CONSTITUTIONAL THEORY OF CRIME AND THE CRIMINALIZATION OFFICERS

Maria Olívia Capitelli DORNELLAS¹

RESUMO

O presente artigo científico aborda a Teoria Constitucional do Delito, que traz uma nova visão sobre conceitos tradicionais, e os delitos que constituem os chamados mandados de criminalização, especificamente os crimes de racismo e tráfico ilícito de entorpecentes. A escolha em estudar a Teoria Constitucional do Delito nos mandados de criminalização justifica-se, pois estes constituem condutas que o legislador tem a obrigatoriedade de legislar a respeito (imposição constitucional de tipificar) e porque, historicamente, na prática, observa-se que são crimes em que nem sempre são respeitados os valores constitucionais, seja no processo penal ou na execução penal. O problema resumiu-se em saber, basicamente, se a teoria abordada nesta pesquisa encontra aplicabilidade no meio jurídico e quais as consequências que a sua adoção geraria nos mandados de criminalização de racismo e tráfico de entorpecentes. O atual artigo propõe-se a equacionar

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Franca.

essas questões, demonstrando de que forma esta nova teoria poderia mudar os rumos da ciência penal no Brasil. Assim, observou-se que dentre as teorias do delito que surgiram no decorrer da história, a Teoria Constitucional do Delito parece a mais adequada para a realidade social da atualidade, pois coloca o delito como ofensa a um bem jurídico relevante e analisa os componentes do crime de maneira axiológica. A teoria em estudo é pouco difundida no mundo jurídico, mas já é adotada pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões quando este tribunal aplica o princípio da insignificância. Posto isto, acredita-se que, aos poucos, a Teoria Constitucional do Delito será adotada pelos tribunais brasileiros, dando ampla aplicabilidade a seus postulados no que tange aos mandados de criminalização.

Palavras-chave: Teoria do Delito. Direito penal constitucionalizado. Princípios constitucionais. Racismo. Tráfico de entorpecentes.

ABSTRACT

The present scientific article deals with the Constitutional Crime Theory, which brings a new vision about traditional concepts, and the crimes that constitute the so-called mandates of criminalization, specifically crimes of racism and illicit traffic in narcotics. The choice to study the Constitutional Theory of Crime in the mandates of criminalization is justified because these constitute acts that the legislator has the obligation to legislate about (constitutional imposition of typifying) and because, historically, in practice, it is observed that they are crimes in which constitutional values are not always respected, either in criminal proceedings or in criminal proceedings. The problem was basically to know if the theory addressed in this research finds applicability in the legal environment and what consequences its adoption would generate in the mandates of criminalization of racism and narcotics trafficking. The current article proposes to equate these questions, demonstrating how this new theory could change the directions of criminal science in Brazil. Thus, it was observed that among the theories of crime that have emerged throughout history, the Constitutional Crime Theory seems to be the most appropriate for today's social reality, since it places offense as an offense against a relevant legal good and analyzes the components of the crime. Crime in an axiological way. The theory under study is not widespread in the legal world, but is already adopted by the Federal Supreme Court in its decisions when this court applies the

principle of insignificance. Having said this, it is believed that little by little the Constitutional Crime Theory will be adopted by the Brazilian courts, giving wide applicability to its postulates regarding the mandates of criminalization.

Keywords: Crime Theory. Constitutionalised criminal law. Constitutional principles. Racism. Traffic of narcotics.

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema justifica-se porque no Brasil é impossível pensar em um Direito Penal que não esteja de acordo com a Constituição Federal, uma vez que esta é o fundamento de validade para as demais normas infraconstitucionais. Seria inadmissível um ordenamento jurídico com normas penais que não respeitassem os preceitos constitucionais.

Assim, é necessário estudar o Direito Penal não apenas como um conjunto isolado de normas, mas à luz da Constituição, como um conjunto sistemático, sendo os valores constitucionais essenciais ao Direito Penal.

Neste ínterim, a Teoria Constitucional do Delito traz uma perspectiva nova do Direito Penal, fundamentando-o em bases constitucionais e admitindo que os princípios, regras e valores constitucionais determinam os fins do Direito Penal.

Levando em conta esta teoria, o Direito Penal e o Direito Processual Penal não devem somente se preocupar em punir as condutas tidas como ilícitas, servindo como mero instrumento de controle social pelo Estado, sem observar os direitos e garantias fundamentais, mas devem, primeiramente, proteger os bens e valores constitucionais, pois estes representam o que há de mais relevante para toda a sociedade.

Ao longo do século XX, a teoria do delito passou por diversas mudanças. As contribuições da teoria clássica, neoclássica e finalista foram importantíssimas para a evolução do Direito Penal. Entretanto, o ordenamento jurídico passa constantemente por evoluções para poder acompanhar as mudanças sociais e, dessa forma, hoje se fala em um Direito Penal constitucionalizado, que observa não somente os aspectos técnicos e formais do crime, mas também os princípios e valores presentes na Constituição Federal. Assim, é imprescindível que o legislador e o jurista atendam

aos preceitos constitucionais, protegendo de forma eficaz e proporcional os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Além disso, este trabalho analisa como a Teoria Constitucional do Delito se aplica aos mandados de criminalização, que são matérias com as quais o legislador é obrigado a tratar, de forma a proteger determinados bens ou interesses indispensáveis a vida em sociedade.

Se os mandados de criminalização são as matérias definidas pelo legislador como as de maior interesse social e, justamente por isso, precisam ser obrigatoriamente tratadas, é nessas matérias que a Teoria Constitucional do Delito mais deveria ser aplicada pelo Poder Judiciário, levando sempre em consideração os valores sociais básicos e não apenas um punitivismo desenfreado.

Neste trabalho, foram utilizados diversos meios de pesquisa, sendo eles: doutrinário, jurisprudencial, virtual (internet), legislação, entre outros. Quanto à metodologia, recorreu-se aos métodos qualitativo e explicativo, através da análise e definição da Teoria Constitucional do Delito e dos Mandados de Criminalização, usando os referidos meios de pesquisas. Posteriormente, essa pesquisa busca obter resultados aprofundados através da averiguação com certo número de pessoas sobre a possibilidade de aplicação da citada teoria do delito ao Direito brasileiro e quais as possíveis modificações que podem ocorrer com a sua adoção.

Os objetivos desta Iniciação Científica visam entender como a Teoria Constitucional do Delito entende o crime e qual é a sua aplicação prática. Para tanto, pesquisou-se a respeito dos princípios constitucionais que mais são aplicados ao Direito Penal, estudaram-se as principais Teorias do Delito e sua evolução até chegar à Teoria Constitucional. Ao final, foi feita uma análise a respeito dos mandados de criminalização, principalmente nos delitos de racismo e tráfico ilícito de entorpecentes, tudo de modo a descobrir se a Teoria em análise já é aplicada pelos Tribunais brasileiros e como poderia ter utilizada nestes mandados de criminalização.

1 ASPECTOS GERAIS

A premissa fundamental dessa teoria é definir o delito como ofensa a um bem jurídico, conceito este, dotado de ampla base constitucional, uma vez que o delito deve sempre ofender um bem jurídico fundamental, como a vida, a honra, a liberdade etc.; só se pode admitir sua

aplicação (do delito) quando outro direito (de outra pessoa) de relevância igual ou superior tenha sido atacado.

A estreita ligação entre direito penal e o constitucionalismo moderno advém do fato que ambos surgiram através das ideias iluministas, cujo objetivo era limitar o poder do Estado, inclusive o de punir. Dessa forma:

O legislador, o interprete e o aplicador da lei penal, acham-se todos subordinados ao referido paradigma da ofensividade. Consequências praticas: o primeiro já não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias, reconduzíveis ao mero voluntarismo (à vontade) do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo o que é ou pela que pensa, se não pelo que faz ofensiva e intoleravelmente ao outros; os interpretes e aplicadores da lei tem a tarefa de interpretar todos os tipos penais em termos ofensivos: de todos os significados possíveis que se extraem da literalidade legal deve-se preferir sempre o que se ajusta ao modelo de delito como ofensa ao bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal.²

A partir desse conceito constitucional de delito, deve ser vedada toda prática intervencionista, que busca de algum modo diminuir as garantias individuais e coletivas no âmbito penal e processual penal. Devem-se refutar, também, os conceitos de delito que o analisam como mera violação da norma, destituídos da mínima valoração que é exigida ao intérprete e operador do direito. Um exemplo é o art. 59 da lei das contravenções penais (Dec-lei 3688/41: vadiagem), que determina:

Art. 59 "entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo valido para o trabalho, sem ter renda que

² GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Ver. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1. p. 82.

lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses".³

É inconstitucional que ainda hoje, mesmo com todas as liberdades asseguradas pela Constituição Federal, vigore uma lei que pune o modo de viver de um indivíduo e não uma conduta que ofenda um bem jurídico relevante.

2 BASES DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO

Para iniciar o estudo dessa teoria, faz-se necessário atentar-se à teoria do fato punível. Na história do direito penal, dois sistemas do fato punível (crime) predominam, a saber:

a) sistema bipartido: divide o crime em duas formas de estudo: tipicidade/antijuridicidade e culpabilidade;

b) sistema tripartido: fracionava o crime em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Este sistema foi adotado pelo modelo clássico, neokantiano e finalista.

A teoria constitucionalista do delito aderiu ao sistema tripartido, não como modelo clássico descrito acima, mas como novo sistema tripartido.

Assim, a teoria constitucionalista analisa três requisitos para configurar um crime, que são elaborados levando-se em conta as finalidades do direito penal, como proteção aos bens jurídicos. São eles:

Fato materialmente típico;

Antijuridicidade;

Punibilidade abstrata.

Nesta teoria, a culpabilidade não faz parte da teoria do delito, ela é configurada como fundamento da pena.

³ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

2.1 FATO MATERIALMENTE TÍPICO

Analisando-se separadamente cada um dos requisitos do fato punível, para a teoria constitucional tem-se que o fato materialmente típico, também chamado de tipicidade penal, se subdivide em:

a) Conduta: consiste na realização formal do fato previsto em lei, ou seja, é o ato voluntário de fazer ou não fazer, estando dominado ou dominável pela vontade. Ex: no crime de homicídio, a conduta é o ato de matar, como o disparo de uma arma de fogo.

b) Resultado naturalístico típico: é a modificação no mundo exterior produzida pela conduta. Ex: no crime de homicídio, o resultado é a morte da vítima.

c) Nexo de causalidade: é o liame entre a conduta e o resultado naturalístico. Ex: no crime de homicídio, deve haver ligação entre o disparo da arma de fogo feito pela agente (conduta) e a morte da vítima (resultado)

d) Tipicidade formal: o fato deve se adequar à descrição legal.

Nos requisitos listados acima, tem-se a configuração fática/naturalística/mecânica do fato materialmente típico. É preciso, também, analisar a dimensão axiológica ou normativa, que é possuidora do sentido material da tipicidade.

A dimensão axiológica constitui-se em síntese, nas questões relacionadas à imputação do fato ao agente. Tem como requisitos:

a) produção de um resultado jurídico relevante, que é a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido. Essa ofensa ao bem jurídico deve reunir duas características:

transcendentalidade: o resultado produzido deve afetar direitos de outras pessoas que não o agente causador do dano;

significatividades: o resultado deve ser significante e atingir o bem jurídico tutelado pela norma.

b) imputação objetiva da conduta: é a criação ou aumento de um risco proibido relevante;

c) imputação objetiva do resultado: deve ser analisada sob dois aspectos:

se a conduta foi praticada como um risco permitido ou proibido;

se o resultado tem ligação com o risco proibido criado.

d) imputação subjetiva: somente é admitida nos crimes dolosos.

Assim, conclui-se que a tipicidade é entendida em sentido material. A ofensa ao bem jurídico já não é mais valorada dentro da antijuricidade, mas sim na própria tipicidade.

Luiz Flávio Gomes defende, ainda, que em razão da tipicidade material:

Nem tudo que foi mecanicamente causado pode ser imputado ao agente, como fato pertencente a ele (como obra dele pela qual deva ser responsabilizado). Aquilo que se causa no contexto de um risco permitido (autorizado, razoável) não é juridicamente desaprovado, logo, não é juridicamente imputável ao agente. Na lesão esportiva (dentro das regras do esporte) há a causação de um resultado, mas isso não pode ser objetivamente imputado ao agente (porque se trata de risco permitido). Diga-se a mesma coisa em relação à intervenção cirúrgica, à colocação de ofendículos, ao exercício de um direito etc.. Tudo que se produz no contexto de riscos permitidos não é objetivamente imputável (não é fato típico, ou melhor, não é um fato material e normativamente típico).⁴

2.2 ANTIJURIDICIDADE

Para analisar a antijuridicidade deve-se partir da premissa de que não existe ilicitude penal sem tipicidade. Assim, para configurar o injusto penal, além do fato materialmente típico, deve haver a ausência de causas excludentes da antijuricidade, como a legítima defesa.

Para as teorias subjetivas, como o finalismo, por exemplo, antijuridicidade consistia na mera contradição do fato com a norma isolada, em outras palavras, a antijuridicidade era simplesmente formal. Infelizmente, o que se constata no dia-a-dia do mundo jurídico é a análise da tipicidade e da antijuridicidade como requisitos meramente formais, esquecendo-se de valorá-los, pois nem sempre a adequação entre uma conduta e

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade penal: tipicidade formal + tipicidade material + tipicidade subjetiva**. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br>>, Acesso em: 14 jul. de 2016.

um fato descrito em lei como crime constitui-se em uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado. Para ilustrar tal situação, segue o exemplo retirado da obra de Luiz Flavio Gomes:

Um exemplo muito claro dos reflexos práticos da comparação entre os dois sistemas (o legalista ou formalista e o material ou constitucionalista); durante varias décadas, a doutrina e a jurisprudência legalista e formalista admitiram que o simples ato de conduzir veículo sem habilitação já constituía infração penal (antiga redação do art. 32 da LCP, primeira parte). Trava-se, nessa perspectiva, de uma infração de perigo abstrato (segundo afirmava a doutrina dominante e a jurisprudência quase unânime). Bastava realizar a conduta. O injusto fundava-se no simples desvalor da ação (no ato de dirigir). Não se perguntava pelo bem jurídico protegido. A contravenção era entendida como simples infração da norma (infração do aspecto imperativo da norma). Não se considerava o aspecto valorativo de norma primaria (que existe para a tutela de um bem jurídico). Era uma inflação de simples atividade e de mera desobediência. Punia-se porque o sujeito desrespeitou a ordem (imperativa) de não dirigir. Não importava se dirigia bem ou mal ou se conduzia perigosamente (causando riscos proibidos) ou não. Não havia nenhuma preocupação de se verificar se algum bem jurídico teria entrado no raio de ação do risco proibido criado ou incrementado. Para o juízo de tipicidade (formal) bastava a (mera, simples e paupérrima) subsunção formal da conduta à letra da lei. Essa concepção do delito e do direito penal (formalista, legalista, método puramente subsuntivo, ou logico-formal, tecnicista) morreu com a constituição de 1988 e, se ainda não foi sepultada, deve sê-lo prontamente. Depois da ultima decisão STF sobre o tema (STF, RHC80.362-SP, relator Ministro Ilmar Galvão, informativa STF 230, de 28.05 a 1º .06.2001), no sentido de que o art. 309 do Código de Transito Brasileiro derogou o art. 32 da lei das contravenções penais (Súmula 720 do STF, tornou-se insustentável o posicionamento antigo. De outro lado, e tendo em vista a

nova configuração típica (art. 309) já não bastava o ato de conduzir, mister se faz colocar em risco concreto os bens jurídicos protegidos. Em outras palavras, não bastava o desvalor da ação; requer-se também o desvalor do resultado.⁵

Assim, a antijuridicidade passa a estar vinculada a este aspecto valorativo ou objetivo do delito e deixa de ser meramente subjetiva ou formal. Tanto a antijuridicidade como a tipicidade passaram a ser fundamentadas no resultado jurídico, que nada mais é do que a lesão ao bem jurídico, que deve ser objetivamente imputável ao agente.

2.3 PUNIBILIDADE

O requisito de punibilidade prevê que o fato seja ameaçado com a pena para ser crime.

A culpabilidade, para Luiz Flavio Gomes é vista como exigibilidade de conduta diversa, ou seja, um pressuposto que decorre da própria norma. Assim, a culpabilidade consiste na possibilidade que o agente infrator tem de agir de modo diferente do que agiu.

De acordo com o exposto pode-se inferir que:

As diferenças entre o sistema constitucionalista do delito que acaba de ser desenhado e as teorias do delito (legalistas e formalistas) subscritas por grandes setores dogmáticos no século XX (finalismo de Welzel, especialmente) são fundamentalmente, a seguintes: para além da subsunção formal da conduta à letra da lei (tipicidade em sentido formal), torna-se imprescindível: (a) que o fato seja objetivamente imputável ao agente; e (b) que seja ao mesmo tempo materialmente ofensivo ao bem jurídico protegido pela norma penal (primária).⁶

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** parte geral, volume 1 – 2. ed. Ver. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90-91.

⁶ *Ibidem.* p. 89.

3 APLICABILIDADE DA TEORIA CONSTITUCIONAL DO DELITO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Ao longo desta pesquisa, o que se constatou foi que o conceito de delito emanado por meio da Teoria Constitucional do Delito ainda é pouco difundido no Brasil, tendo como principal defensor Luiz Flávio Gomes.

O Código Penal, em vigor na atualidade, não adota expressamente nenhuma teoria do delito, apenas possui uma postura finalista. Não há uma sólida posição jurisprudencial consolidada a respeito. Da mesma forma, a doutrina majoritária também não adota esta teoria.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a aplicabilidade da Teoria Constitucional do Delito no tocante ao princípio da insignificância. As decisões emanadas por este órgão admitem a descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material, através a reunião dos seguintes requisitos:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Neste ínterim, o que se nota é que tais requisitos exigidos pelo STF guardam correspondência com os pressupostos da Teoria Constitucional do Delito e compreendem, talvez, o início de uma ampla aplicabilidade desta teoria ao sistema jurídico brasileiro.

A ementa transcrita abaixo exemplifica a adoção da Teoria Constitucional do Delito pelo STF ao aplicar o princípio da insignificância.

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO SIMPLES, EM SUA MODALIDADE TENTADA - “RES FURTIVA” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 5,26% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE

EM VIGOR) – DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

- O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.

Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”.

-O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expõem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante,

seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.⁷

Assim, o que se espera é que com o decorrer dos anos e da evolução do sistema penal brasileiro, a Teoria Constitucional do Delito seja mais aplicada por juízes e tribunais na elaboração de suas decisões e se estenda a todos os tipos de delito, sejam eles patrimoniais ou não. A aplicação desta Teoria ao Princípio da Insignificância demonstra, desde já, que o objetivo dela, qual seja, a efetivação do Direito Penal como *última ratio* e dos valores, princípios e regras constitucionais, está a caminho de ser alcançado.

4 CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO

A criminalização do racismo foi uma escolha legislativa em proteger um bem jurídico de suma importância à sociedade. Para que esta escolha fosse feita, a gravidade objetiva e subjetiva do racismo foi duramente analisada para que posteriormente se estabelecesse o crime em questão como um mandado de criminalização, ou seja, uma conduta típica que obrigatoriamente deve ser apenada, levando-se em consideração o problema histórico de discriminação que há no Brasil.

Neste sentido:

O primeiro passo para que se reconheça a questão racial como uma questão relevante em nível nacional é entendê-la como de responsabilidade de todos que lutam pela edificação de uma sociedade justa, igualitária e fraterna. Para isso é necessário o rompimento do histórico silêncio dos estudiosos, partidos políticos, intelectuais universitários e operadores do direito sobre a questão racial. A Constituição Federal de 1988 inovou em muitos dispositivos em distintas áreas. Ao criminalizar o racismo (art. 5º, inciso XLII)

⁷BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n.92.463**, Rel. Min. Celso de Mello, DF de 31 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jul. de 2016.

reconheceu também sua existência e, consequentemente, a existência de desigualdades raciais.⁸

Justamente pela discriminação ser tão impregnada na cultura brasileira é que o legislador abarcou no tipo penal de racismo as condutas preconceituosas e discriminatórias ocasionadas por motivo de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. São estes cinco elementos que ao longo da história, mais foram discriminados e por isto, foram incluídos no tipo de racismo.

Hoje se cogita a inclusão de novos elementos a este tipo penal, como a homofobia, o que poderá ser dado por emenda constitucional. Vale dizer também que outras formas de preconceito e discriminação são punidas através de outros meios, como nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) e nas indenizações por eventuais danos no Direito Civil.

Os crimes raciais são marcados por serem imprescritíveis e inafiançáveis, e reafirmavam a reprovabilidade da conduta. Inafiançáveis são os crimes em que não cabe fiança, que é o valor pago pelo acusado para garantir a sua liberdade. Imprescritíveis são os crimes que não prescrevem, ou seja, não deixam de ser punidos em razão do decurso do tempo.

A importância dessas notas especiais atribuídas a este delito é garantir a punição adequada e justa. Neste sentido, tem-se o seguinte entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

A Constituição de 1988 impôs aos agentes de delitos desta natureza [racismo], pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fiquem *ad perpetum rei memoriam*, verberado o repúdio e abjeção da sociedade nacional à sua prática. Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento. No estado de Direito Democrático deve ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Racismo**. Disponível em: <<http://aidpbrasil.org.br>> . Acesso em 05 jul. 2017.

atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre os iguais por motivos raciais de torpeza inominável. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a restauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.⁹

Pelo que se nota, o ordenamento jurídico brasileiro deu uma grande importância aos crimes raciais tanto ao defini-los como mandado de criminalização como por ter dado as características da imprescritibilidade e da inafiançabilidade; tudo para tentar erradicar do meio social, formas de preconceito e discriminação.

No entanto, apesar das boas intenções da lei brasileira, o cenário atual é bem distinto da intenção do legislador:

A violência letal e o encarceramento têm vítimas preferenciais: jovens negros. A situação se configurou de tal forma que os movimentos sociais têm chamado este cenário de encerramento de vidas de jovens negros de **Genocídio**.¹⁰

Além da violência proveniente de atos racistas, compreende-se que o racismo configura clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser objeto de reprovação social e jurídica, punindo-se adequadamente os que violarem tal dispositivo legal.

Como esta pesquisa parte do entendimento de que o Direito Penal é a *última ratio* para a punição de condutas ilícitas e que a Teoria Constitucional do Delito deve ser aplicada quanto ao mandado de criminalização de racismo, assim, entende-se que se devem encontrar formas de mudar a mentalidade do povo. E o meio mais efetivo para diminuir ou até mesmo extirpar do brasileiro os atos discriminatórios, é através de uma boa e sólida educação, que ensine a todos, desde o início da vida social, a entender que

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus n. 82.424/RS**, Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em <<http://www2.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

¹⁰ RAMOS, Paulo. **Sociologia e o mundo das leis: racismo, desigualdades e violência**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br>>. Acesso em 05 jul. 2017.

mesmo com as diferenças e pluralidade de manifestações, todos são humanos e devem ser tratados com a dignidade comum a todos os seres humanos.

Além disso, seria adequada a adoção de políticas públicas que, ao longo de uma geração, diminuam gradativa e progressivamente as diferenças e conflitos raciais no Brasil. O país tem adotado algumas ações afirmativas, como o uso de cotas raciais para ingresso em universidades públicas. No entanto, muito se discute sobre a legitimidade e efetividade de tais medidas, não havendo consenso sobre sua aplicação, pairando apenas a esperança de que, no futuro, o Brasil seja um país mais igualitário e livre de atos racistas.

5 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

A tipificação do tráfico ilícito de entorpecentes encontra fundamento constitucional, pois tem a finalidade de assegurar e defender a saúde pública. Trata-se de delito de perigo abstrato, comum, formal, unissubsistente, unissubjetivo, ou plurissubsistente.

Tem-se o seguinte entendimento de Nucci:

Comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde de alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneos (a consumação se dá em momento determinado), nas formas importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar e entregar ou permanente (a consumação se arrasta no tempo) nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar; de perigo abstrato (não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubsistente (praticado em um único

ato) ou plurissubsistente (cometido por intermédio de vários atos).¹¹

A Carta Magna considera o tráfico ilícito de entorpecentes um crime assemelhado aos hediondos, devido à alta periculosidade que oferece à sociedade. Dessa forma, estabelece a mesma restrição de direitos e garantias, tais como a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia. Nesse esteio, a Lei nº 8.072/90, reafirmou as vedações constitucionais e as ampliou para proibir que pudesse ser concedido indulto a este delito e qualquer modalidade de liberdade provisória, e, além disso, determinou que o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade seria o regime fechado.

Vale dizer que a periculosidade do delito em análise não decorre da quantidade da pena prevista na descrição penal, mas da própria Constituição Federal conforme estipulado no art. 5º, inciso XLIII, em que o legislador optou por restringir direitos e garantias de modo a assegurar a proteção de outros bens jurídicos também fundamentais e essenciais ao homem.

A grande questão do tráfico é que mesmo com as duras penas da lei e de todas as tentativas desenvolvidas para extirpá-lo do seio social, sua incidência é enorme, figurando, inclusive, como o crime que mais é cometido no Brasil atualmente.

O crime traz consigo uma série de desdobramentos graves que todos os dias perturbam a sociedade, especialmente nas grandes cidades, através da violência generalizada, homicídios, lesões, agressões, balas perdidas, tiroteios... Uma verdadeira guerra ao tráfico.

Neste sentido:

Nesses confrontos, os “soldados” são, de um lado, predominantemente compostos por jovens carentes do sexo masculino, analfabetos ou de pouca instrução, oriundos de grupos sociais historicamente marginalizados – prioritariamente negros e mestiços [...] – habitantes das periferias urbanas, formadores da mão-de-obra traficante e, do lado oposto, o aparato

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 358.

carcerário estatal [...] consubstanciado, principalmente, na polícia, civil, militar ou federal, e, no caso brasileiro, pairando como força a ser utilizada extraordinariamente, também no exército¹²

Questiona-se sobre o que seria realmente efetivo para combater o tráfico de drogas e se um dia ele de fato acabaria. Boa parte da doutrina é cética ao dizer que todas as tentativas realizadas e possíveis de serem realizadas para tentar erradicá-lo serão infrutíferas, uma vez que o comércio e consumo de drogas realizou-se por toda a história da humanidade e a descoberta de novos entorpecentes é constante.

Por outro lado, há quem acredite que há sim como diminuí-lo através da adoção de algumas medidas, como investimentos na educação, saúde e fiscalização nas fronteiras (principal meio de entrada de drogas), que são medidas fáceis de serem apontadas por doutrinadores e pesquisadores, mas que encontram sérios entraves para serem realizadas na prática.

Não é o objetivo central desta pesquisa definir o que é efetivo para o combate às drogas. O que se pode afirmar neste estudo é que atualmente o tráfico de entorpecentes é o crime responsável pela maioria das condenações no Brasil, isto sem mencionar os demais crimes que dele decorrem direta ou indiretamente. Sabe-se, também, que apesar de todo esse número de apreensões e condenações, elas ainda são ínfimas se comparadas com a quantidade de entorpecentes que de fato circula na sociedade.

Muito se diz a respeito dos desdobramentos do crime de tráfico nas favelas, associando a condição de traficante à figura do pobre e à do negro, mas passa despercebido que ele também ocorre nos bairros nobres, nas universidades e em setores do mais alto escalão da sociedade.

Assim, apesar da Lei 11.343/2006 e dos outros institutos jurídicos proibirem toda e qualquer conduta que esteja relacionada com o tráfico de entorpecentes, tem-se que, na prática, nem sempre estas medidas são eficazes, pois muitos passam impunes, como é o caso de grandes traficantes, foragidos há anos, enquanto outros, que apenas usam a droga para sanar um vício, sofrem as duras penas da lei.

¹² FERREIRA, André Martins. **A criminalização do tráfico de drogas: do discurso oficial a seus objetivos reais**. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em 05 jul. 2017.

Nota-se que a intenção do legislador em definir o tráfico de drogas como um mandado de criminalização e até mesmo de defini-lo como um crime hediondo equiparado, é louvável, mas na prática não é tão notável quanto na lei, pois, no atual momento da sociedade brasileira, ainda se está longe de se alcançarem os resultados pretendidos por estas iniciativas legais.

Acredita-se que uma possível adoção da Teoria Constitucional do Delito a este delito, seria uma nova tentativa em diminuir os efeitos do tráfico na sociedade, pois, através da adoção dos princípios e garantias fundamentais e da valoração axiológica proposta por esta teoria, pode-se chegar a uma justa aplicação da lei, de forma que a Teoria abarque o traficante, a vítima e todos aqueles que diariamente convivem com a guerra ao tráfico e seus efeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O foco deste trabalho é analisar a moderna teoria do delito nos crimes que constituem os chamados "mandados de criminalização", especialmente no que tange aos crimes de racismo e tráfico de entorpecentes, que são relevantes, pois são condutas que o legislador tem a obrigatoriedade de legislar a respeito (imposição constitucional de tipificar) e porque, historicamente, na prática, observa-se que são crimes em que nem sempre são respeitados os valores constitucionais, seja no processo penal ou na execução penal.

O que se observou é que dentre as teorias do delito que surgiram no decorrer da história, a Teoria Constitucional do Delito parece a mais adequada para a realidade social da atualidade, pois coloca o delito como ofensa a um bem jurídico relevante e analisa os componentes do crime de maneira axiológica.

A teoria, por ser recente, ainda é pouco difundida no mundo jurídico e encontra pouca aplicação prática. Porém, conforme demonstrado no Capítulo 4 deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal tem adotado em alguns julgados os postulados da Teoria Constitucional do Delito, especialmente quando tal órgão aplica o princípio da insignificância.

Quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, responsável pelo maior número de condenações no Brasil e por gerar tantos desdobramentos

cruéis, acredita-se que uma possível adoção da Teoria Constitucional do Delito a este crime seria uma nova tentativa de amenizar os efeitos do tráfico na sociedade, pois através da adoção dos postulados desta teoria e dos princípios e garantias fundamentais, pode-se chegar a uma justa aplicação da lei, de forma que o Direito Penal abarque o traficante, a vítima e todos aqueles que diariamente convivem com a guerra ao tráfico e seus efeitos.

Entende-se nesta pesquisa que a punição dos envolvidos no tráfico é de rigor e não deve deixar de ser feita. No entanto, somente colocar em cadeias não é o suficiente para diminuir os efeitos deste delito na sociedade, ou seja, mesmo com as punições, o consumo de drogas, a violência por ela desencadeada, mortes e perseguições continuam existindo em quantidade absurda, atingindo inocentes a cada dia. Princípios e garantias constitucionais são desrespeitados diuturnamente no cenário do tráfico. Por isso, a Teoria Constitucional do Delito é um meio eficaz de se tentar amenizar os efeitos aqui comentados, pois seus postulados tratam o crime de forma axiológica, material, de modo a garantir a maior aplicabilidade possível dos princípios constitucionais.

Já no que se refere ao mandado de criminalização de racismo, percebe-se que uma possível adoção desta Teoria contribuiria para conscientizar a população da importância de não propagar discursos racializantes e praticar atos racistas.

Como esta pesquisa parte do entendimento de que o Direito Penal é a *última ratio* para a punição de condutas ilícitas e que a Teoria Constitucional do Delito deve buscar ser aplicada, entende-se que antes de pensar em formas de criminalizar uma conduta tão arraigada ao seio social, qual seja, o preconceito e a discriminação por motivos de cor, raça, etnia, religião e procedência nacional, devem-se encontrar formas de mudar a mentalidade do povo. E o meio mais efetivo para diminuir ou até mesmo extirpar do brasileiro os atos discriminatórios, é através de uma boa e sólida educação, que ensine a todos, desde o início da vida social, a entender que mesmo com as diferenças e pluralidade de manifestações, todos são humanos e devem ser tratados com a dignidade comum a todos os seres humanos.

Ante ao exposto, é possível acreditar que, em um futuro bem próximo, os tribunais brasileiros começarão, aos poucos, a adotar a teoria aqui estudada e a fazer valer os seus postulados, aplicando de forma equânime os princípios e garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 jul. 2016
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n. 92.463**, Rel. Min. Celso de Mello, DF de 31 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jul. de 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus n. 82.424/RS**, Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em <http://www2.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- FERREIRA, André Martins. **A criminalização do tráfico de drogas: do discurso oficial a seus objetivos reais**. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br>. Acesso em 05 jul. 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Ver. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.
- _____. **Tipicidade penal: tipicidade formal + tipicidade material + tipicidade subjetiva**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br>, Acesso em: 14 jul. de 2016
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- RAMOS, Paulo. **Sociologia e o mundo das leis: racismo, desigualdades e violência**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br>. Acesso em 05 jul. 2017.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Racismo**. Disponível em: <http://aidpbrasil.org.br>. Acesso em 05 jul. 2017.

