

**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**



MANUAL DE  
**LEGISLAÇÃO**  
**CRIMINAL ESPECIAL**

VOLUME ÚNICO

**12<sup>a</sup>**  
**edição**

.....  
revista  
atualizada  
ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

LEI 12.037/2009

## 1. CONCEITO.

Para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade, sobretudo se considerarmos que a própria Constituição Federal prevê que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, 1ª parte). De fato, ainda que não haja qualquer dúvida quanto à autoria do fato delituoso, há situações em que pode haver certa incerteza quanto à verdadeira identidade do autor do crime: afinal, durante a coleta de dados de identificação, é bastante comum que o autor do delito omita seus dados pessoais, apresente informações inexatas, mentindo, usando documento falsos, ou atribuindo-se falsa identidade.

Sobressai daí a importância da identificação criminal, que desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado. Por meio dela, o Estado objetiva processar e condenar o verdadeiro autor do fato delituoso, evitando-se o calvário inerente à condenação e prisão de um inocente.

## 2. DISTINÇÃO ENTRE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, QUALIFICAÇÃO DO INVESTIGADO, RECONHECIMENTO DE PESSOAS E INDICIAMENTO.

A identidade humana é fator de segurança jurídica essencial à vida em sociedade. Sua ausência, imprecisão, falsidade ou dissimulação pode repercutir negativamente, notadamente em sede processual penal, quando, exemplificativamente, um inocente pode ser preso em virtude de o verdadeiro autor

do delito ter se identificado falsamente. Por conta disso, incumbe ao Estado desenvolver métodos e procedimentos capazes de individualizar e distinguir a pessoa, sem que isso represente violação a direitos fundamentais.

A identificação criminal não se confunde com a qualificação do investigado. A identificação criminal tem por finalidade tornar a pessoa humana exclusiva, e diz respeito à identificação datiloscópica, fotográfica e genética, sendo possível apenas nos casos previstos em lei quando o indivíduo se identificar civilmente (CF, art. 5º, LVIII). A qualificação do investigado deve ser compreendida como sua individualização através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc. A qualificação do investigado não traz qualquer forma de constrangimento, sendo que o art. 68 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/41) tipifica a conduta de recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência.

A Identificação criminal também não se confunde com o reconhecimento de pessoas. Naquela, notadamente nas hipóteses de identificação datiloscópica e do perfil genético, há o emprego de técnica científica de elevada complexidade, sendo que o ato de identificação pressupõe conhecimentos técnicos por parte do identificador. Tendo por objeto uma variedade de características físicas e biológicas, a identificação prioriza o estabelecimento de critérios científicos que permitem excluir um indivíduo do universo de pessoas, de modo objetivo e seguro. Por outro lado, o reconhecimento de pessoas (CPP, art. 226), fundado nos sentidos visuais, auditivos ou táteis proporcionados por uma experiência passada que é renovada no presente, não exige habilidade específica, cuidando-se de mera comparação leiga

feita com a finalidade de se encontrar semelhanças entre pessoas. Assim, enquanto a identificação é feita por um técnico, o reconhecimento é feito por uma pessoa leiga (ofendido ou testemunhas). Por consequência, o reconhecimento está submetido às impressões subjetivas que tendem a ser distorcidas de acordo com o passar do tempo ou por fatores de ordem emocional.

Por fim, como a Lei nº 12.037 faz menção à identificação criminal do *indiciado* (v.g., art. 3º, incisos II e III), também é conveniente apartar a identificação criminal do indiciamento. Enquanto a identificação criminal tem como objetivo apontar a individualidade e exclusividade de uma pessoa humana, a fim de se ter certeza de que o verdadeiro autor do delito está sendo punido, o indiciamento é um ato privativo da autoridade policial, por meio do qual se atribui a autoria (ou participação) de uma infração penal a determinada pessoa.<sup>1</sup>

### 3. LEIS RELATIVAS À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

Antes da Constituição Federal de 1988, a identificação criminal era tida como a regra, ainda que o indivíduo tivesse se identificado civilmente. Era esse, aliás, o teor do enunciado da súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Esse entendimento acabou dando ensejo a práticas policiais abusivas e autoritárias, notadamente em relação à famosa “prisão para averiguações”, por meio da qual o indivíduo era coercitivamente conduzido até a Delegacia de Polícia de modo a apurar sua identidade e antecedentes, sem nenhum mandado judicial.

Sob o argumento de que a persecução penal poderia ser levada adiante sem que fosse acompanhada da obrigatória identificação criminal do civilmente identificado, a Constituição Federal passou a dispor em seu art. 5º, LVIII, que *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*.

A razão histórica para a inclusão desse preceito no texto constitucional está relacionada à publicidade abusiva que foi conferida a identificações criminais realizadas em Delegacias de Polícia. Como observa Nucci, “simbólico foi o particular caso, envolvendo um general de projeção nacional,

que terminou indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro. Para acompanhar tal ato, vulgarmente conhecido por ‘tocar piano’ (os dedos, sujos de tinta, eram colocados um a um sobre uma planilha, semelhante ao teclado de um piano, para colher a impressão digital dos dez dedos das mãos), convidou-se a imprensa e houve filmagem e fotos suficientes para transformar algo natural (identificação criminal) em cena circense e teatral. Não há dúvida que um indiciamento é algo grave e, se realizado em público, constrange aquele que está sendo investigado. As cenas de indiciamentos ‘públicos’ chegaram ao Congresso Nacional, que, então, cuidou de introduzir dentre os direitos individuais, a proibição de identificação criminal para quem já fosse identificado civilmente”.<sup>2</sup>

Como se percebe, o que antes da Constituição Federal de 1988 era a regra passou a ser a exceção, estando a identificação criminal do civilmente identificado condicionada à previsão em lei.<sup>3</sup> Daí a importância de verificarmos os dispositivos legais que, ao longo dos anos, passaram a dispor sobre a identificação criminal:<sup>4</sup>

1) **art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente:** *o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada;*

2) **art. 5º da revogada Lei nº 9.034/95:** *a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.* Tinha-se, pois, hipótese de identificação criminal compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil. Em sentido diverso, a nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) deixou de prever a obrigatoriedade de identificação criminal para o civilmente identificado;

3) **Lei nº 10.054/00:** posteriormente revogada pela Lei nº 12.037/09, a Lei nº 10.054/00 passou a regulamentar de maneira específica a identificação criminal no ordenamento pátrio. Como o art. 3º, inciso I, da revogada Lei nº 10.054/00, enumerava,

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 410.

3. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, RHC 66.881/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 07/10/1988, DJ 11/11/1988.

4. De acordo com o art. 12, inciso VI, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, deverá a autoridade policial *ordenar a identificação do agressor*. A nosso ver, este dispositivo não criou uma nova hipótese de identificação criminal obrigatória além daquelas previstas na Lei nº 12.037/09. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor ao Capítulo referente à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

1. Para mais detalhes acerca do indiciamento, remetemos o leitor ao capítulo referente à “Investigação Criminal conduzida pelo Delegado de Polícia (Lei n. 12.830/13)”.

de forma incisiva, determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória – homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público –, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado estivesse envolvido com a ação praticada por organizações criminosas, concluiu a 5ª Turma do STJ, à época, que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/95 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/00;<sup>5</sup>

4) **Lei nº 12.037/09:** ao contrário da lei anterior (Lei nº 10.054/00), que estabelecia um rol taxativo de delitos onde a identificação criminal seria obrigatória, ainda que o investigado se identificasse civilmente, a Lei nº 12.037/09 deixou de estabelecer a espécie de crime como critério para a determinação da identificação criminal. Considerando-se que o art. 1º da Lei nº 12.037/09 preceitua que a identificação criminal só poderá ocorrer *nos casos previstos nesta lei*, e tendo em conta que a Lei nº 10.054/00 foi expressamente revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.037/09, há de se concluir pela revogação tácita do art. 5º da Lei nº 9.034/95, que inclusive já se tinha como revogado desde o advento da Lei nº 10.054/00. Raciocínio semelhante há de ser aplicado também ao art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, doravante, a identificação criminal somente será possível nas hipóteses estabelecidas no art. 3º da Lei nº 12.037/09;<sup>6</sup>

5) **Lei nº 12.654/12:** esse diploma normativo passou a prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal em duas hipóteses bem diversas:

**5.1. Lei da Identificação criminal:** consoante disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 12.654/12, se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético;<sup>7</sup>

5. STJ, 5ª Turma, RHC 12.965/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/10/2003, DJ 10/11/2003 p. 197. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 12.968/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/08/2004, DJ 20/09/2004, p. 303.

6. Na mesma linha é o entendimento de Eduardo Luiz Santos Cabette. *Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal (Lei nº 12.037/09). Jus navigandi*, ano 14, nº 2.288, Teresina, 6 out. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13628>. Acesso em: 15 maio 2011. E ainda: AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 185; ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito processual penal*. 8ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2013. p. 30.

7. Para mais detalhes acerca da coleta do material biológico para fins de identificação do perfil genético introduzida na Lei n. 12.037/09, remetemos o leitor aos comentários ao art. 5º, parágrafo único, do referido diploma normativo.

**5.2. Lei de Execução Penal:** por força do art. 9º-A, *caput*, da LEP, também incluído pela Lei n. 12.654/12, e alterado pelo Pacote Anticrime, o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.<sup>8</sup>

#### 4. DOCUMENTOS ATESTADORES DA IDENTIFICAÇÃO CIVIL.

No âmbito criminal, a identificação do indivíduo pode ser feita por meio de documentos civis, o que, em tese, supre a necessidade de individualizar a pessoa por outros métodos. Como deixa entrever o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, na hipótese de o indivíduo se identificar civilmente, não haverá necessidade de ser identificado criminalmente, salvo nas hipóteses previstas em lei.

O art. 2º da Lei nº 12.037/09 dispõe sobre o rol de documentos que podem atestar a identificação civil das pessoas, o que, por consequência, impede a identificação criminal, pelo menos em regra. São eles: carteira de identidade, carteira de trabalho (revogado pela Medida Provisória n. 905, de 2019), carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional, ou outro documento público que permita a identificação do indiciado (v.g., carteira nacional de habilitação, cujo atual *layout* permite a identificação civil da pessoa). Para as finalidades da Lei nº 12.037/09, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

As carteiras expedidas por órgãos fiscalizadores do exercício profissional, criados por lei federal, têm o mesmo valor do documento de identidade, diante do teor da Lei nº 6.206/75, servindo, portanto, como forma de comprovação da identidade das pessoas. Ademais, aos advogados e membros do Ministério Público, é assegurado que o documento de identidade profissional ou a carteira funcional sirvam como prova de identidade civil ou cédula de identidade, *ex vi* do art. 13 da Lei nº 8.906/94 e do art. 42 da Lei nº 8.625/93.

Apesar de o art. 2º, inciso VI, da Lei nº 12.037/09, fazer menção a qualquer *outro documento público que permita a identificação do indiciado*, queremos

8. Para mais detalhes acerca do referido dispositivo, remetemos o leitor aos comentários à Lei de Execução Penal.

crer que uma certidão de nascimento, por si só, não é capaz de identificar civilmente o indivíduo, haja vista não ser dotada de fotografia. Aliás, o próprio art. 3º, II, da Lei nº 12.037/09, autoriza a identificação criminal quando o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado.

A Lei nº 10.054/00 dispunha que o civilmente identificado por documento *original* não seria submetido à identificação criminal, exceto nas hipóteses discriminadas no art. 3º. A Lei nº 12.037/09, em seu art. 3º, fala apenas em apresentação de documento de identificação, sem dizer se tal documento teria que ser o *original* ou se bastaria uma cópia. A nosso ver, esse silêncio eloquente demonstra que a cópia de documento de identificação, desde que devidamente autenticada, é capaz de suprir a ausência do *original*, sobretudo se considerarmos que o próprio art. 232, parágrafo único, do CPP, dispõe que a fotocópia do documento devidamente autenticada tem o mesmo valor que o original.<sup>9</sup>

Caso o indiciado ou flagranteado não esteja com o documento de identificação civil em mãos, incumbe à autoridade policial conceder *prazo razoável* para que o apresente, ou para que pessoa de sua confiança o faça, evitando-se, assim, precipitada identificação criminal. Ao contrário da revogada Lei nº 10.054/00, que dispunha expressamente que este prazo seria de 48 (quarenta e oito) horas (art. 3º, VI), não consta da Lei nº 12.037/09 qualquer referência acerca do assunto. Este silêncio eloquente deve ser interpretado no sentido de que, doravante, por mais que a autoridade policial possa aguardar algumas horas para que um familiar possa apresentar um dos documentos listados no art. 2º, o indiciado não mais dispõe de 48 (quarenta e oito) horas para a comprovação de sua identificação civil. Com isso, o legislador visa evitar que alguém possa se evadir do distrito da culpa durante esse lapso temporal, prejudicando-se, conseqüentemente, não apenas as investigações criminais, como a própria deflagração da persecução penal *in iudicio*.

## 5. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, depreende-se que, na hipótese de não haver identificação civil através de um dos documentos listados no art. 2º

da Lei nº 12.037/09, será possível a realização da identificação criminal, quando o agente se envolver com alguma prática delituosa. Logo, se um indivíduo for preso em flagrante e não tiver nenhum documento de identificação civil, é perfeitamente possível a identificação datiloscópica e fotográfica, sem prejuízo da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético na hipótese do inciso IV do art. 3º.<sup>10</sup>

Se a regra é a identificação criminal daquele que não se identifica civilmente, raciocínio diverso aplica-se às situações em que o indivíduo identifica-se através de um dos documentos listados no art. 2º da Lei nº 12.037/09. Nesses casos, embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal apenas nas hipóteses previstas no art. 3º.

Antes de analisarmos cada uma dessas hipóteses, convém destacar que, em regra, a identificação criminal é levada a efeito pela autoridade policial independentemente de prévia autorização judicial, salvo na hipótese do art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, ou seja, quando a individualização do agente for essencial às investigações policiais. Como a hipótese do inciso IV do art. 3º é a única forma de identificação criminal que também autoriza a inclusão da coleta do material biológico para obtenção do perfil genético (Lei nº 12.037/09, art. 5º, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 12.654/12), conclui-se, *a contrario sensu*, que a autoridade policial só pode determinar a identificação fotográfica e datiloscópica.

Nas hipóteses em que a identificação criminal independe de autorização judicial (art. 3º, I, II, III, V e VI), nada diz a lei quanto à necessidade de fundamentação do ato. Não obstante, considerando que o art. 3º refere-se à identificação criminal do *indiciado*, parece-nos que a identificação datiloscópica e fotográfica determinada exclusivamente pela autoridade policial deve ser precedida de motivação, nos mesmos moldes do indiciamento, evitando-se, assim, eventuais questionamentos acerca de possível crime de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19, art. 13, II). Esta necessidade de motivação do ato pela autoridade policial é corroborada pela regra constante do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, segundo a qual “as cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do

9. Em sentido diverso, Norberto Avena (*Processo penal esquematizado*, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 193) sustenta que é inconcebível a identificação civil de quem apresentar cópia de documento, mesmo que autenticada, já que a lei não contemplou essa possibilidade.

10. Como já se pronunciou o STJ, “não havendo prova de que o réu seja civilmente identificado, não constitui constrangimento ilegal sanável pela via heróica, pois sequer atenta contra sua liberdade de locomoção, a determinação de identificação criminal pelo processo datiloscópico”. (STJ, 5ª Turma, RHC 12.126/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18/12/1001, DJ 25/03/2002 p. 298).

inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado”. Ora, se a Lei impõe a juntada aos autos dos documentos apresentados, mesmo que insuficientes para identificar o indiciado, assim o faz não só como forma de comprovar a licitude da identificação criminal determinada pela autoridade policial, mas também para se demonstrar que a adoção de tal procedimento era indispensável no caso concreto.

Vejamos, então, as hipóteses que autorizam a identificação criminal do civilmente identificado:

**I – rasura ou indício de falsificação no documento:** a rasura consiste em um risco ou raspagem feito na parte escrita de um documento, para tornar inválidas ou ilegíveis as palavras ali contidas, ou substituí-las por outras.<sup>11</sup> A falsificação, por sua vez, é a imitação enganosa da verdade. Pode ser material ou ideológica. A falsidade material se dá pela formação *ex novo* de um documento falso (formação ou contrafação), ou pela adulteração, mediante acréscimo ou supressão em seu conteúdo, de documento preexistente. Este *falsum* atinge sua configuração extrínseca, isto é, a modificação da verdade incide materialmente sobre o documento. A falsidade material tem pertinência com o aspecto externo do documento e pode ocorrer pela alteração física de um documento verdadeiro, ao qual se agregam dizeres ou símbolos ou se suprimem os existentes, bem como pela criação de um documento em sua íntegra, seja imitando um modelo de documento existente, que o agente copia (contrafação), seja constituindo um documento que sequer tem similar original (formação). De seu turno, a falsidade ideológica tem como característica o fato de incidir sobre o conteúdo intelectual do documento sem afetar sua estrutura material, de forma que constitui uma mentira aposta a um documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica. Essa modalidade de falsificação recai sobre um documento externamente verdadeiro, porém dotado de declarações mendazes. Além dessa distinção, a falsidade ideológica também se diferencia da material pela impossibilidade de constatação do *falsum* por exame pericial no documento alterado. De fato, como o falsidade ideológica recai sobre o conteúdo intelectual do documento, a prova pericial será de todo irrelevante para atestar

a falsidade do documento, diversamente do que se dá na falsidade material;<sup>12</sup>

**II – insuficiência do documento apresentado para fins de identificação cabal do indiciado:** a Lei nº 12.037/09 permite a identificação civil através de qualquer dos documentos listados no art. 2º. Ocorre que nem sempre a apresentação de um desses documentos será capaz de identificar cabalmente o indiciado. É o que ocorre, por exemplo, com documentos públicos que não são dotados de fotografia, como a certidão de nascimento ou a certidão de casamento;

**III – porte de documentos de identidade distintos, com informações conflitantes:** para que o indiciado possa ser identificado criminalmente, não basta o porte de documentos de identidades distintos. Para além disso, as informações constantes desses documentos distintos devem ser conflitantes entre si, não apenas em relação ao nome e prenome, mas também no tocante à data de nascimento, naturalidade, filiação, etc. A título de exemplo, suponha-se que, por ocasião da prisão em flagrante de determinado indivíduo, duas ou mais carteiras de identidade sejam com ele apreendidas, ambas com a mesma fotografia, porém com a qualificação diversa. Nesse caso, o porte de documentos distintos com informações conflitantes evidencia a tentativa do indiciado de se furta da responsabilidade criminal, o que autoriza a realização da identificação criminal, a ser determinada pela própria autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial;

**IV – essencialidade da identificação criminal para as investigações policiais:** como exposto anteriormente, a finalidade da identificação criminal é individualizar e distinguir pessoas, a fim de que um sujeito não se passe por outro, gerando insegurança nas relações sociais. Todavia, os métodos de identificação humana também podem ser empregados na produção de provas. Afinal, não é incomum que impressões digitais e/ou material biológico sejam encontrados no local do crime, de maneira que a autoridade policial tenha interesse em realizar o exame pericial naqueles vestígios, o que pode ser feito pelo método datiloscópico e, com o advento da Lei nº 12.654/12, também pelo teste genético. E é exatamente isso o que ocorre nessa hipótese do inciso IV do art. 3º da Lei nº

11. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 1613.

12. Em se tratando de documentos passíveis de comprovação posterior, de ofício ou a requerimento, não há falar em crime de falsidade ideológica nem tampouco de uso de documento falso, porquanto a presunção de veracidade de tais documentos é relativa. Nesse sentido, em relação à apresentação de declaração de pobreza: STJ, 6ª Turma, HC 217.657/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 02/02/2012.

12.037/09. Enquanto os demais incisos do art. 3º referem-se à identificação criminal para fins de individualização e distinção do agente, este inciso IV funciona, na verdade, como verdadeira medida cautelar de produção antecipada da prova. Por isso, diversamente dos demais incisos do art. 3º da Lei nº 12.037/09, a hipótese de identificação criminal prevista no inciso IV depende de prévia autorização judicial, que deve levar em consideração a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. A despeito da terminologia adotada pelo art. 3º, inciso IV, da Lei nº 12.037/09, – *despacho judicial* –, é evidente que este pronunciamento judicial não pode ser considerado um ato de mera movimentação processual, haja vista o evidente gravame que a identificação criminal pode causar ao investigado, daí por que se trata, na verdade, de verdadeira *decisão interlocutória*, que deve estar devidamente fundamentada em elementos informativos que demonstrem a imprescindibilidade do procedimento, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 93, IX). Apesar de o legislador referir-se apenas à representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, não se pode excluir a possibilidade de o ofendido representar pela identificação criminal nas hipóteses de crimes de ação penal privada. Isso porque, caso não seja determinada a identificação criminal, estar-se-á a inviabilizar o próprio exercício do direito de queixa, já que o ofendido não terá elementos precisos acerca da pessoa em relação à qual o processo criminal deva ser deflagrado. O art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, refere-se à possibilidade de a identificação criminal ser decretada *de ofício* pela autoridade judiciária competente, quando ela se mostrar essencial às *investigações policiais*. À evidência, esse agir de ofício do juiz competente na fase investigatória revela-se incompatível com a garantia da imparcialidade e com o sistema acusatório (CPP, art. 3º-A, incluído pela Lei n. 13.964/19). Por isso, o ideal é concluir que, como garante das regras do jogo, o juiz só poderá intervir se for provocado nesse sentido.<sup>13</sup> Nada diz a Lei nº 12.037/09 acerca de eventual recurso

contra a decisão judicial que defere (ou indefere) a realização de identificação criminal para auxiliar nas investigações policiais. Por isso, o ideal é a utilização dos remédios heroicos do mandado de segurança e do *habeas corpus* – neste caso, desde que haja risco à liberdade de locomoção do investigado. Outra diferença importante em relação a este inciso IV do art. 3º é que, nesta hipótese, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético (Lei nº 12.037/09, art. 5º, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 12.654/12). Como o inciso IV faz menção à identificação para auxiliar as investigações, é de se concluir que, nesse caso, o código genético será confrontado com amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc., eventualmente encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou roupas utilizadas para a prática do delito, a fim de se comprovar a autoria do delito. A título de exemplo, basta pensar na realização de exame de DNA feito a partir da comparação do material genético de determinado acusado com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por *perito oficial* devidamente habilitado – jamais por peritos não oficiais – que analisará a coincidência (“match”) – ou não – do perfil genético. Ante a gravidade da intervenção corporal, à autoridade judiciária incumbe demonstrar a impossibilidade de se obter a prova da autoria por método menos invasivo, funcionando a coleta de material genético como medida de *ultima ratio*, evitando-se, assim, sua banalização;

**V – uso de outros nomes ou diferentes qualificações:** no jargão policial, são conhecidos como “aliases” aqueles indivíduos que se utilizam de nomes diversos para se identificar perante órgãos públicos, vez por outra apresentando documentos pertencentes a familiares mais próximos. Logo, se registros policiais anteriores apontarem a utilização pelo mesmo indivíduo de outros nomes ou diferentes qualificações, a dúvida natural quanto à possível prática de falsa identidade autoriza a utilização da identificação datiloscópica e fotográfica como forma de individualização;

**VI – impossibilidade da completa identificação dos caracteres essenciais em virtude do estado de conservação ou da distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado:** o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 12.037/09, autoriza a identificação datiloscópica ou fotográfica do indivíduo em três hipóteses distintas: a) **estado de conservação do documento:** é extremamente

13. Na lição de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, “em mais uma grave violação do sistema acusatório-constitucional e da própria estética de imparcialidade exigida do julgador, permite a lei que a extração do DNA seja determinada de ofício pelo juiz. É mais um sintoma da ‘cultura inquisitória’ que ainda domina o processo penal brasileiro. Existe, também, uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz nesse caso, que é o requisito de ‘necessidade para as investigações’. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, é um erro a atuação de ofício do juiz nessa seara”. (*Investigação preliminar no processo penal*, 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 236).

comum que pessoas mais humildes carreguem a carteira de identidade no bolso da calça. Com o passar dos anos, os caracteres essenciais do documento podem se tornar ilegíveis; b) **distância temporal**: para conseguir um emprego, é muito comum que adolescentes obtenham seus documentos quando ainda muito jovens. Passados alguns anos, é possível que a fotografia acostada àquele documento não mais seja capaz de identificar cabalmente o agente, autorizando-se a realização de sua identificação fotográfica e datiloscópica; c) **distância da localidade da expedição do documento**: a princípio, parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao prever que a simples distância da localidade da expedição do documento seria capaz de impossibilitar a completa identificação dos caracteres essenciais. Afinal, o fato de alguém identificar-se civilmente na cidade de Pacaraima/RR com uma carteira de identidade em perfeitas condições expedida em Santa Maria/RS, por si só, não seria fundamento suficiente para sua identificação criminal, a não ser que presente uma das hipóteses anteriores. Todavia, se a autoridade policial conseguir demonstrar que esta distância geográfica impossibilita qualquer ação policial para uma consulta imediata ao banco de dados de modo a ter certeza da autenticidade do documento apresentado (v.g., identidade estrangeira), é perfeitamente possível a realização da identificação criminal.

Em conclusão, convém destacar que, de acordo com o art. 23 do CPP, ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

### **5.1. Identificação criminal e o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*).**

Recusando-se o investigado a colaborar, a despeito da presença de uma das hipóteses do art. 3º da Lei nº 12.037/09, é perfeitamente possível sua condução coercitiva, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelo delito de desobediência. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 260 do CPP que se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou *qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado* – é o caso da identificação criminal – a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. A propósito, levando-se em consideração o princípio do *nemo*

*tenetur se detegere*, o Plenário do Supremo, por maioria, julgou procedente o pedido formulado nas ADPF's 395/DF e 444/DF<sup>14</sup> para declarar a não recepção da expressão “para o interrogatório” constante do art. 260 do CPP, e a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou que a condução coercitiva objeto da decisão seria tão somente àquela destinada à condução de investigados e acusados à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados, é dizer, não foi analisada a condução de outras pessoas como testemunhas, ou mesmo de investigados ou acusados para atos diversos do interrogatório, não abrangidos pelo princípio que veda a autoincriminação, como, por exemplo, aquela decretada pela autoridade judiciária quando houver dúvida sobre a identidade civil do imputado (CPP, art. 313, §1º), ou aquela determinada para fins de qualificação do acusado, já que esta primeira parte do interrogatório não está abrangida pelo direito ao silêncio.

Na mesma linha, consoante disposto no art. 313, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Como a identificação criminal não importa em aceitação de culpa, não se pode objetar que a sua realização contra a vontade do agente viole o direito à não autoincriminação, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, “g”). Afinal, a mesma Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio também prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei* (art. 5º, LVIII). Logo, pelo princípio da concordância prática ou da harmonização,<sup>15</sup> não

14. STF, Pleno, ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/2018.

15. De acordo com Dirley da Cunha Júnior, esse princípio de interpretação constitucional impõe ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens jurídicos constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Segundo o autor, “o que fundamenta este princípio é a idéia de que todos os bens jurídico-constitucionais ostentam igual valor, situação que impede a negação de um em face de outro ou vice-versa e impõe limites e condicionamentos recíprocos de modo a alcançar uma harmonização ou concordância prática entre eles, através de

se pode querer emprestar valor absoluto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, inviabilizando que o Estado possa colher as impressões digitais de alguém com a finalidade de registrar os dados da identidade física do provável autor do delito. Portanto, como se trata de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, evitando-se, assim, o indesejado erro judiciário, o ideal é concluir que o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com o Estado para sua individualização.

A assertiva de que o direito contra a autoincriminação não tem natureza absoluta é confirmada pelo próprio entendimento jurisprudencial acerca da impossibilidade de o direito ao silêncio abranger o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal. Com efeito, para os Tribunais Superiores, tipifica o crime de falsa identidade previsto no art. 307 do CP o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes.<sup>16</sup> A propósito, eis o teor da súmula n. 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

## 6. PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS PARA FINS DE SE EVITAR O CONSTRANGIMENTO DO IDENTIFICADO.

A nosso juízo, submeter alguém à identificação fotográfica e datiloscópica não é causa de qualquer constrangimento ilegal, até mesmo porque tal procedimento é expressamente autorizado pela Lei nº 12.037/09. O problema, na verdade, diz respeito às hipóteses em que a autoridade policial empresta publicidade ampla a tal procedimento, sujeitando o agente a um constrangimento desnecessário diante da exposição pública por meio da imprensa.

Hoje em dia, não são raros os procedimentos investigatórios acompanhados ao vivo pela imprensa que, *coincidentalmente*, está sempre presente no lugar e hora marcados para registrar tudo. Tais imagens,

depois, são exploradas à exaustão nos telejornais pelos *doutrinadores do direito penal e processual penal*, o que é feito, supostamente, a título de *informar a população*. Sob os holofotes da mídia, coloca-se em segundo plano a finalidade de toda e qualquer identificação criminal, qual seja, a de individualizar o indivíduo de modo a se evitar um erro judiciário. Assim, nos mesmos moldes que o emprego de algemas, as identificações criminais passam a ser utilizadas como instrumento indevido de constrangimento.

Especificamente em relação à divulgação da imagem de procedimentos de identificação criminal, o que se vê no dia a dia é uma crescente degradação da imagem e da honra produzida pelos meios de comunicação de massa com a conivência das autoridades estatais, por meio da reprodução da imagem do indivíduo “tocando piano” sem que haja prévia autorização do indiciado, nem tampouco um fim social na sua exibição. Utilizam sua imagem, pois, como produto da notícia, a fim de saciar a curiosidade do povo. Os programas sensacionalistas do rádio e da televisão saciam curiosidades perversas extraíndo sua matéria-prima da miséria de cidadãos humildes que aparecem algemados e exibidos como verdadeiros troféus.<sup>17</sup>

Por tais motivos, queremos crer, com base na lição de Ana Lúcia Menezes Vieira,<sup>18</sup> que a reprodução pública da imagem de pessoas envolvidas em crimes deve ser vedada se ela resulta de modo antissocial, aflitivo ou degradante, a não ser que haja autorização do titular da imagem, ou se necessária à administração da justiça – exemplo seria o retrato falado ou a própria fotografia, para fins investigativos. Ora, a condição de indiciado não lhe retira o direito ao respeito à integridade moral e à dignidade.<sup>19</sup> Seus direitos personalíssimos devem ser tutelados de forma mais eficaz, não só por jornalistas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), como também por autoridades policiais e membros do Ministério Público, que devem se abster de exibir procedimentos de identificação criminal à mídia. E isso não só para preservar os direitos personalíssimos do indiciado, como também para evitar que inocentes sejam indevidamente identificados pela população como autores de delitos.

uma ponderação dos interesses em jogo à luz do caso concreto”. (*Curso de direito constitucional*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 225).

16. STF, 2ª Turma, HC 72.377/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/06/1995 p. 271. E também: STF, 1ª Turma, RE 561.704, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 64 02/04/2009. O STJ tinha entendimento em sentido contrário: STJ, 6ª Turma, HC 97.857/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 10/11/2008. Porém, acabou alterando seu entendimento a partir da decisão proferida pelo Supremo no RE 640.139 (STF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/09/2011, DJe 198 13/10/2011), no qual o Supremo concluiu que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente. Sinalizando a mudança do entendimento do STJ: STJ, 5ª Turma, HC 151.866/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2011, DJe 13/12/2011.

17. Nesse sentido: BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 156. Apud VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

18. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 153.

19. SUANES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 181.

Daí a importância do dispositivo constante do art. 4º da Lei nº 12.037/09, que determina que, havendo necessidade de identificação criminal, a autoridade policial deve tomar as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado. Essa restrição à publicidade das investigações também encontra normatização através de Portarias e Regulamentos dos próprios órgãos policiais. A título de exemplo, o art. 11 da Portaria nº 18 da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo dispõe que as autoridades policiais devem zelar pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal ou a sua disposição na condição de vítimas, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração. Após orientadas sobre seus direitos constitucionais, tais pessoas somente serão fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito ou por termo devidamente assinado.

## 7. ESPÉCIES DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.<sup>20</sup>

Consoante disposto no art. 5º da Lei nº 12.037/09, a identificação criminal é o gênero do qual são espécies:

a) **identificação datiloscópica:** feita com base nas saliências papilares da pessoa. Suas vantagens são destacadas pela doutrina:<sup>21</sup> o desenho digital é perene, acompanhando o homem durante toda a vida, sendo notada a formação de pontos característicos a partir do 3º mês de vida fetal, os quais se consolidam, ainda na fase intrauterina, por volta do 6º mês de gestação, podendo ser encontrados, mesmo depois da morte, até a desagregação da matéria. A imutabilidade é a propriedade da inalterabilidade do desenho digital, desde sua formação até a putrefação cadavérica. Ademais, não é possível a localização de digitais idênticas nos diferentes dedos de um mesmo indivíduo ou

entre duas pessoas diferentes. Não se trata, todavia, de método infalível, vez que a criação artificial de uma impressão digital pode ser feita facilmente, inclusive por meio da coleta de fragmentos de impressões latentes deixados por quaisquer pessoas nos mais variados lugares;

b) **identificação fotográfica:** deve ser seguido o padrão fotográfico exigido para a cédula de identidade civil, ou seja, a foto de frente, tamanho três por quatro centímetros, prevista na Lei nº 7.116/83. Diante da mutabilidade da fisionomia das pessoas e a impossibilidade da formação de um cadastro fotográfico acessível, a fotografia deve ser usada como método auxiliar de identificação, não sendo possível que a autoridade policial a utilize de maneira exclusiva, dispensando a identificação datiloscópica;<sup>22</sup>

c) **identificação do perfil genético:** objetivando conferir ainda mais segurança à identificação criminal, a Lei nº 12.654/12 passou a permitir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do indivíduo.

### 7.1. Identificação do perfil genético (Lei nº 12.654/12).

Por conta da forma de execução, crimes violentos têm grande probabilidade de deixar vestígios biológicos no local do crime. Por isso, a depender do grau de preservação do local do crime, os instrumentos do delito, o corpo da vítima, as peças de roupas por ela usadas à época, ou outros objetos que tiveram contato físico com o autor do delito, podem fornecer informações decisivas para inocentar um possível suspeito ou identificar o verdadeiro autor do delito.

Daí a importância da nova forma de identificação criminal introduzida pela Lei nº 12.654/12: a identificação genética.<sup>23</sup> Afinal, o exame de DNA possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, possivelmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios. Como todo ser vivo possui informação genética, havendo variabilidade dessas informações entre seres de uma mesma espécie, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde

20. Quanto à utilização da biometria como técnica de autenticação, e não como meio de identificação em si, vide adiante comentários ao art. 7º-C da Lei n. 12.037/09, introduzido pelo Pacote Anticrime.

21. SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 49. Ainda segundo o autor (op. cit. p. 185), "a identidade do homem é determinada pelo emprego de um sistema de identificação mediante a realização de um conjunto técnico (comparação) dos traços físicos ou orgânicos imutáveis (imutabilidade), obtidos nos registros inicial e posterior, individualizando-o dentro do universo das demais pessoas (unicidade) mediante método prático, simples e eficiente (praticabilidade e classificabilidade)."

22. Na visão do STJ, a aposição de fotografia do acusado na denúncia viola normas constitucionais, como o direito à honra, à imagem e à dignidade da pessoa humana, sobretudo se já constar dos autos da ação penal a identificação civil e criminal do acusado. Não haveria, assim, necessidade de, novamente, inseri-la na peça acusatória da denúncia: STJ, 6ª Turma, HC 88.448/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06/05/2010, DJe 02/08/2010.

23. Para mais detalhes acerca da (in) constitucionalidade da identificação do perfil genético à luz do princípio que veda a autoincriminação, remetemos o leitor aos comentários à Lei de Execução Penal, mais precisamente ao capítulo que versa sobre a classificação do condenado e do internado.

ele partiu, identificando sua origem. Aliás, mesmo quando um perfil genético não pode ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do DNA informações úteis para as investigações criminais, como, por exemplo, o sexo da pessoa. De mais a mais, como a molécula do ácido desoxirribonucleico é robusta e tem alta estabilidade química e térmica, este alto grau de resistência do DNA a fatores ambientais contribui sensivelmente para a obtenção de perfis genéticos, mesmo após longos períodos de tempo.<sup>24</sup>

Por isso, se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético (Lei nº 12.037/09, art. 5º, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. da Lei nº 12.654/12).

Quando o dispositivo sob comento exige autorização judicial para a coleta de material biológico, refere-se à hipótese em que há uma pessoa certa e determinada (fonte conhecida) sobre a qual recaem suspeitas da prática de determinada infração penal. Por consequência, quando a fonte do material biológico for desconhecida, não há necessidade de prévia autorização judicial. É o que ocorre quando vestígios como sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material genético são encontrados no local do crime. Nessa hipótese, como o material a ser analisado está destacado do corpo humano, o que possibilita a realização do exame de DNA sem qualquer tipo de intervenção corporal, a própria autoridade policial deverá determinar a realização da perícia, nos termos do art. 6º, inciso VII, do CPP, independentemente de prévia autorização judicial.

Nesse contexto, ao dispor sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, compreendida como qualquer forma de atividade sexual não consentida, os §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei nº 12.845/13 dispõem expressamente que, no tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal, cabendo ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor. Como se percebe, como se trata de exame pericial em material biológico coletado no corpo da vítima, desde que esta concorde

com a realização do exame, não há necessidade de prévia autorização judicial.

Em conclusão, convém destacar que parte da doutrina sustenta que há uma *vinculação causal* (princípio da especialidade da prova) da identificação do perfil genético, no sentido de que a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso concreto, sendo possível a preservação dos perfis genéticos apenas até o advento da prescrição em relação àquele crime – vide abaixo comentários em relação à nova redação do art. 7º-A da Lei n. 12.037/09. Como observa a doutrina, “tanto há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a prescrição do crime. Ou seja, o uso está relacionado a esse crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição”.<sup>25</sup>

Nesse ponto, a identificação do perfil genético introduzida pela Lei nº 12.654/12 no texto da Lei nº 12.037/09 diferencia-se daquela inserida na Lei de Execução Penal, já que, consoante disposto no art. 9º-A, *caput*, da LEP, com redação alterada pelo Pacote Anticrime, a identificação do perfil genético compulsória dos condenados por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será armazenada em banco de dados sigiloso e poderá ser utilizada para o futuro, de forma aberta e indeterminada.

## 8. BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS.

Os dados obtidos a partir da identificação do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. À exceção da determinação genética de gênero, as informações obtidas a partir da identificação do perfil genético não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas. O objetivo do legislador é evitar que análises inconclusivas acerca do temperamento, do caráter e da personalidade do identificado, sejam utilizadas para se criar um infundado estereótipo do homem delinquente a que se referia Cesare Lombroso.

Com o objetivo de se evitar que as informações genéticas constantes desse banco de dados sejam utilizadas para fins alheios à identificação criminal, o art. 5º-A, § 2º, da Lei nº 12.037/09, dispõe que os dados aí armazenados terão caráter sigiloso, sendo possível a responsabilização civil, penal e administrativa daquele que permitir ou promover

24. Nesse contexto: SILVA, Emílio de Oliveira. *Identificação genética para fins criminais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014. p. 2-40. Como observa o autor (op. cit. p. 45), à semelhança da dactiloscopia, “o exame genético é um método biométrico que singulariza características físicas, porém, em dimensões moleculares. Sua finalidade é a obtenção do perfil genético do sujeito, o qual será representado por codificações alfanuméricas que possibilitam individualizar a pessoa. Em uma simples metáfora: é o ‘CPF genético’ do ser humano”.

25. LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit. p. 237.

sua utilização para fins diversos do previsto na referida Lei ou em decisão judicial. Especificamente quanto à responsabilidade criminal, a conduta do funcionário de unidade oficial de perícia criminal que violar o sigilo inerente ao banco de dados de perfis genéticos tipifica o crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325, § 1º, I, do Código Penal.

Na eventualidade remota de os dados obtidos com a coleta do material biológico revelarem a coincidência de perfis genéticos, tais informações deverão constar de laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. Como o dispositivo refere-se a laudo firmado *por perito oficial*, o ideal é concluir que tal exame não poderá ser realizado por peritos não oficiais.

## 9. SIGILO DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

Face o constrangimento que pode ser causado ao identificado em virtude da utilização indevida de sua identificação criminal, o art. 6º da Lei nº 12.037/09 deixa claro que a identificação fotográfica, datiloscópica e, se necessária, do perfil genético, deverá ser preservada em sigilo. Logo, não se admite qualquer menção à identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

## 10. RETIRADA DA IDENTIFICAÇÃO DOS AUTOS DO PROCESSO.

Objetivando preservar a imagem da pessoa identificada criminalmente, no caso de não oferecimento da denúncia (ou da queixa), ou sua rejeição, ou absolvição (sumária ou ao final do processo), é facultado ao indiciado ou ao réu, por meio de advogado regularmente constituído, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer ao juízo competente a retirada da identificação *fotográfica* do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil. Perceba-se que a lei previu apenas a retirada da identificação *fotográfica*. Logo, a identificação datiloscópica e genética deve permanecer nos autos do inquérito ou processo criminal, pelo menos em regra – vide adiante comentários ao art. 7º-A.

Quanto ao arquivamento do inquérito como hipótese que autoriza o pedido de retirada da identificação fotográfica, parece-nos que tal pedido só deve ser deferido pelo juiz quando tal decisão for capaz de produzir *coisa julgada formal e material* (v.g., arquivamento com base na atipicidade

material). Prova disso é o fato de o art. 7º da Lei nº 12.037/09 referir-se expressamente ao arquivamento *definitivo* do inquérito. Logo, quando o arquivamento produzir apenas coisa julgada formal (v.g., falta de lastro probatório), sujeitando-se, pois, a possível desarquivamento diante do surgimento da notícia de provas novas (CPP, art. 18), e subsequente oferecimento de denúncia se tais provas forem capazes de alterar o contexto probatório dentro do qual se deu o arquivamento do inquérito (Súmula nº 524 do STF), a identificação fotográfica do investigado deve ser preservada nos autos do procedimento investigatório.

Especificamente em relação à identificação do perfil genético, o art. 7º-A da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 12.654/12, em sua redação original, previa que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorreria apenas ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Como o dispositivo não fazia qualquer ressalva, entendia-se que o decurso de qualquer espécie de prescrição (prescrição da pretensão punitiva abstrata, retroativa, ou intercorrente, ou prescrição da pretensão executória) teria o condão de autorizar a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados. O dispositivo em questão sempre foi alvo de fortes críticas por parte da doutrina em virtude de nada dispor acerca das consequências decorrentes de eventual arquivamento do inquérito policial, rejeição da peça acusatória, absolvição do acusado ou declaração da extinção da punibilidade. Ante o silêncio legal, a solução ficava ao alvedrio do intérprete. Com a vigência do Pacote Anticrime, a controvérsia em questão foi solucionada. Isso porque, de maneira mais objetiva, o art. 7º-A da Lei n. 12.037/09 passa a dispor que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados deverá ocorrer:

**I – no caso de absolvição do acusado:** como exposto anteriormente, a Lei n. 12.037/09 prevê a possibilidade de o magistrado determinar a identificação criminal por meio do perfil genético quando esta for imprescindível para as investigações policiais (art. 5º, parágrafo único, c/c art. 3º, inciso IV, ambos da Lei n. 12.037/09. Colhido o perfil genético do investigado, este deverá ingressar no banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal (Lei n. 12.037/09, art. 5º-A, *caput*). Pois bem, se o investigado em questão vier a ser denunciado pelo Ministério Público, sendo, porém, absolvido, é de todo evidente que seu perfil genético deve ser excluído do banco de dados. Se a sentença absolutória acarreta a colocação imediata do acusado em liberdade e a cessação das medidas cautelares em curso (CPP, art. 386, parágrafo único,

# TRÁFICO DE DROGAS

LEI 11.343/2006

## 1. SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD).

A Lei nº 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD –, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Entre os arts. 3º e 17, a Lei de Drogas trata não apenas das finalidades do SISNAD, como também de seus princípios e objetivos, de sua composição e organização, regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006, e da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

De acordo com o Decreto nº 5.912/2006 (art. 2º), integram o SISNAD: a) o Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; b) a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; c) o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como de repressão ao tráfico de drogas no âmbito do Poder Executivo federal e dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; d) as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

O art. 1º da Lei nº 11.343/06 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o

problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública – e não “de polícia” –, a Lei nº 11.343/06 inovou em relação à legislação pretérita, abolindo a possibilidade de aplicação de tal espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Noutra giro, entre os arts. 20 a 26, a Lei de Drogas também busca implementar ações destinadas à redução dos riscos e dos danos à saúde através da controversa política da *redução de danos* (v.g., distribuição de seringas aos usuários de drogas). Em outra vertente, a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas é objeto de um Título autônomo (Título IV), no qual a Lei de Drogas não apenas tipifica os crimes relativos ao tráfico, como também estabelece um procedimento especial e dispõe sobre a apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado.

## 2. DEFINIÇÃO DE DROGAS.

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*, a Lei nº 11.343/06 optou por fazer uso da expressão *drogas*, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definida pela própria Lei em seu art. 1º, parágrafo único, como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se *drogas* as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998.<sup>1</sup>

1. Para mais detalhes acerca da Portaria SVS/MS 344/1998, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 66 da Lei de Drogas.

Como a compreensão do conceito de *drogas* e, conseqüentemente, do próprio preceito primário dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, demanda uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco.

### 2.1. Norma penal em branco (primariamente remetida).

Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc., para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal.<sup>2</sup>

É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de drogas. O termo *drogas* constante dos diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há um verdadeiro *branco* que precisa ser complementado por norma específica. Ou seja, somente após a leitura da Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é que poderemos saber se esta ou aquela substância é considerada *droga* para fins de aplicação dos tipos penais constantes da Lei nº 11.343/06. Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria SVS/MS 344/98, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei nº 11.343/06.

As normas penais em branco subdividem-se em dois grupos:

a) **normas penais em branco homogêneas (em sentido amplo ou homólogos)**: seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 237 do Código Penal (“Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta”), já que as causas de impedimento de casamento previstas no art. 1521, incisos I a VII, do Código Civil, provêm da mesma fonte de produção responsável pela elaboração do Código Penal, ou seja,

pelo Congresso Nacional. Essas normas penais em branco homogêneas, por sua vez, subdividem-se em: a.1) **homovitelina**: são aquelas cuja norma complementar é do mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal (ex: o preceito primário do crime de uso de documento falso previsto no art. 304 do CP é complementado pelos arts. 297 a 302, que se referem aos papéis falsificados ou alterados que podem ser objeto de uso); e a.2) **heterovitelina**: têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito (v.g., o art. 178 do CP, que trata do crime de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*, é complementado pelas normas comerciais que disciplinam esse título de crédito);

b) **normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogos)**: seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. É o que ocorre com os crimes de drogas, vez que o complemento necessário é produzido por uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde (ANVISA), logo, ligada ao Poder Executivo (v.g., art. 33 da Lei nº 11.343/06 e Portaria nº 344 da ANVISA). A propósito, o art. 14 do Decreto nº 5.912/2006, que regulamenta a Lei de Drogas, dispõe expressamente: “Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD: I – do Ministério da Saúde: a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência”.

Na medida em que o complemento das normas penais em branco heterogêneas é fornecido por fonte estranha ao Congresso Nacional, discute-se na doutrina até que ponto essa *administrativização da lei penal* seria (ou não) compatível com o princípio da legalidade.

De um lado, parte minoritária da doutrina entende que haveria violação ao princípio da legalidade, porquanto essa transferência da regulamentação de tipos penais incriminadores a funcionários e órgãos do poder executivo caracterizaria violação ao art. 22, inciso I, que permite apenas à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Direito Penal. De mais a mais, também haveria violação à garantia da *lex populi*, consectário lógico do princípio democrático, do valor dos direitos fundamentais e do sentido liberal e garantista do Estado de Direito, por força do qual o monopólio normativo, no âmbito das escolhas criminalizantes ou penalizantes (ou seja:

2. Nessa linha: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Niterói/RJ, Impetus, 2012. p. 20. Ainda segundo o autor, as normas penais em branco não se confundem com as normas penais incompletas ou imperfeitas (secundariamente remetidas), que são aquelas cujo preceito secundário demanda complementação, ou seja, para que se possa saber a sanção imposta, a lei nos remete a outro texto legal (v.g., art. 304 do CP).

do Direito Penal incriminador), recai apenas sobre o Poder Legislativo, porque lei ('penal') é o que o povo manda e constitui (*lex est quod populus jubet atque constituit*).<sup>3</sup>

Prevalece, todavia, o entendimento de que a utilização de normas penais em branco heterogêneas não caracteriza violação ao princípio da legalidade, desde que o *núcleo essencial da conduta* seja descrito no tipo penal incriminador que demanda complementação, tal qual ocorre em relação aos crimes de drogas.

Outra polêmica decorrente da classificação dos crimes de drogas como espécies de normas penais em branco heterogêneas diz respeito à possível alteração do complemento da norma e retroatividade em favor do acusado, tal como pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de exclusão de determinada droga da lista de substâncias entorpecentes fornecida pela ANVISA. Nesse caso, parece haver consenso na doutrina quanto à possibilidade de retroatividade da norma complementar mais benéfica, já que se trata de verdadeira *abolitio criminis*, nos termos do art. 2º do Código Penal.

### 3. RESSALVAS À PROIBIÇÃO DAS DROGAS.

O art. 2º da Lei nº 11.343/06 estabelece uma proibição em todo o território nacional do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, estabelecendo, todavia, duas ressalvas: **a)** plantas de uso estritamente ritualístico-religioso; **b)** quando houver autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos.<sup>4</sup>

Quanto ao cultivo de plantas para uso em rituais mágicos ou religiosos, o art. 2º, *caput*, da Lei de Drogas, faz menção expressa à Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. O art. 32.4 da Convenção de Viena dispõe sobre as reservas que os países podem fazer em relação ao conteúdo da Convenção, e sobre as substâncias utilizadas em rituais religiosos, regulamentando que: "O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições

relativas ao comércio internacional" (Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977).

Importante notar que o art. 2º, *caput*, não autoriza, *de per se*, o cultivo de plantas de uso ritualístico-religioso. Para tanto, também se faz necessária a concessão de autorização legal ou regulamentar. É o que ocorre, por exemplo, com o chá *Ayahuasca*, produto da decocção do cipó *Banisteriopsis caapi* e da folha *Psychotria viridis*, utilizado pelo movimento religioso conhecido como *Santo Daime*. A respeito dessa bebida, um relatório apresentado por Grupo Multidisciplinar de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas concluiu que "o uso ritualístico religioso da *Ayahuasca*, há muito reconhecido como prática legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2º, *caput*, Lei 11.343/06 e art. 215, *caput* e § 1º c/c art. 216, *caput* e §§ 1º e 4º da Constituição Federal" (Resolução nº 1/2010 do CONAD).

### 4. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.

Sem dúvida alguma, uma das principais novidades introduzidas pela Lei nº 11.343/06 diz respeito à mudança da política criminal em relação ao usuário de drogas. Se, à época da vigência do art. 16 da Lei nº 6.368/76, o usuário de drogas estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, com o advento da Lei nº 11.343/06, o preceito secundário do art. 28 passou a cominar as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência

3. Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2, p. 36-37.

4. Para mais detalhes acerca dessa licença prévia para a produção de drogas para fins medicinais ou científicos, vide adiante comentários ao art. 31.

química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos.

A propósito, eis o teor da justificativa final do Senado ao Projeto de Lei nº 115, convertido na Lei nº 11.343/06, veiculado pelo parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do Senado: “O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer”.

## 5. NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS.

A partir do momento em que a nova Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Basicamente, há 3 (três) posições distintas:

a) **descriminalização formal e transformação em infração *sui generis***: considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. É nesse sentido o entendimento de Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como “crime”, passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo;<sup>5</sup>

b) **descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador**: sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, há quem entenda que o art. 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final;<sup>6</sup>

c) **despenalização e manutenção do status de crime**: despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 – pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão *entre outras* constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De

5. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111. Segundo o autor, descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato

e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente.

6. BIANCHINI, Alice. *Lei de Drogas comentada*. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30).<sup>7</sup>

Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime doloso da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado, é de se concluir que o flagrante de porte de drogas para consumo pessoal cometido no interior de estabelecimento prisional caracteriza falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal.<sup>8</sup> Nesse caso, é imprescindível a confecção do laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior do presídio.<sup>9</sup>

Quanto à possibilidade de anterior condenação irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal ser utilizada para fins de reconhecimento da *reincidência*, autorizando, assim, a aplicação da agravante genérica do art. 61, I, do CP, e o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, à falta de preenchimento do requisito legal relativo à primariedade, há 2 correntes:

**a) 1ª corrente:** não há ilegalidade na utilização de anterior sentença condenatória irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal para aplicação da agravante genérica da reincidência, nos termos dos arts. 63 e 64 do Código Penal;<sup>10</sup>

7. Para o Supremo, teria havido mera “despenalização”, entendida como a exclusão, para o tipo do art. 28 da Lei de Drogas, das penas privativas de liberdade, sendo inviável cogitar-se de *abolitio criminis*: STF, 1ª Turma, RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJe 004 26/04/2007. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, também pesou o fato de que, fosse considerado o art. 28 mera infração *sui generis*, a conduta praticada pelo menor de 18 (dezoito) anos não poderia ser considerada um ato infracional, já que o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) considera ‘ato infracional’ apenas a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Logo, o menor poderia cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que fosse possível a imposição de qualquer medida socioeducativa.

8. No sentido de que, por se tratar de crime doloso, o porte de drogas para consumo pessoal caracteriza falta grave: STJ, 6ª Turma, HC 201.083/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 09/08/2011, DJe 24/08/2011; STJ, 5ª Turma, HC 167.848/RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 06/09/2011, DJe 10/10/2011. E ainda: STJ, 6ª Turma, HC 462.612/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/09/2018, DJe 03/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 452.232/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2018, DJe 17/09/2018; STJ, 6ª Turma, HC 166.458/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07/02/2012, DJe 29/02/2012.

9. A propósito: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 448.115/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/04/2019, DJe 07/05/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 407.301/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05/06/2018, DJe 12/06/2018; STJ, 6ª Turma, HC 406.154/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/11/2017, DJe 04/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 394.873/MG, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 21/09/2017, DJe 04/10/2017; STJ, 6ª Turma, HC 394.872/MG, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

10. STJ, 5ª Turma, HC 113.645/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/10/2010, DJe 22/11/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 275.126/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/9/2014; STJ, 6ª Turma, HC 292.292/SP, Rel. Min. Rogerio

**b) 2ª corrente (nossa posição):** é desproporcional o reconhecimento da reincidência que tenha por fundamento a existência de condenação com trânsito em julgado por crime anterior de posse de droga para uso próprio. Como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência, pois o art. 63 do CP é expreso ao se referir à prática de novo crime. Assim, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que, conquanto seja crime, é punida apenas com *advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*, mormente se se considerarmos que, em casos tais, não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635.659** para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. Há precedentes do STF e do STJ nesse sentido.<sup>11</sup>

## 6. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Trata-se de crime contra a saúde pública. Em termos genéricos, o bem jurídico “saúde pública”

Schiatti Cruz, j. 05/06/2014, DJe 25/06/2014; STJ, 5ª Turma, HC 297.854/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 14/10/2014, DJe 20/10/2014.

11. STF, 2ª Turma, RHC 178.512 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22.3.2022; STJ, 6ª Turma, REsp 1.672.654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/08/2018, DJe 30/08/2018; STJ, 5ª Turma, HC 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/10/2018, DJe 15/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.778.346/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/04/2019, DJe 03/05/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 475.304/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/03/2019, DJe 29/03/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.776.781/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 26/02/2019, DJe 13/03/2019; STJ, 5ª Turma, HC 478.757/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/02/2019, DJe 11/02/2019.

tem base constitucional expressa prevista no art. 196 e seguintes da Carta Magna, em que se reconhece a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Cuida-se de crime de perigo abstrato, e não de dano. Crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio. De seu turno, crimes de perigo são aqueles em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano. Há duas espécies de crimes de perigo:

a) **crimes de perigo abstrato:** nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar (v.g., porte ilegal de arma de fogo);<sup>12</sup>

b) **crimes de perigo concreto:** a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (“Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”), cujo juízo de

tipicidade demanda a comprovação, no caso concreto, que a condução de veículo automotor pelo agente trouxe risco à vida ou à saúde de outrem (v.g., motorista em zigue-zague, na contramão, em alta velocidade, etc.).

Conquanto parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado,<sup>13</sup> tais crimes são amplamente admitidos pela jurisprudência pátria. Para o Supremo, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

A propósito, pronunciando-se em relação ao crime de embriaguez ao volante (Lei nº 9.503/97, art. 306), que passou a ser crime de perigo abstrato, o Supremo concluiu que a objetividade jurídica desse delito transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. Assim, é de todo irrelevante indagar se o comportamento do agente atinge, ou não, algum bem jurídico tutelado, sendo legítima a opção legislativa por objetivar a proteção da segurança da própria coletividade. Não há necessidade de se comprovar risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.<sup>14</sup>

13. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. Série “As Ciências Criminais no Século XXI”. Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

14. STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 175.385/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011. Em sentido semelhante, reconhecendo a legitimidade da criminalização do crime de perigo abstrato de porte de arma de fogo desmuniada porquanto, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), a danosidade é intrínseca a tal objeto, daí por que absolutamente necessária a tipificação dessa conduta para a tutela da segurança pública (art. 6º e 144, CF)

12. Na visão do STJ, o delito do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro é espécie de crime de perigo abstrato. A propósito, eis o teor da súmula n. 575 do STJ: “Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo”.

## 6.1. Princípio da insignificância.

Hodiernamente, a tipicidade não é mais estudada tão somente sob um ponto de vista formal. Para além da adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal – tipicidade formal –, só se pode admitir a intervenção do Direito Penal quando estritamente necessária à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, e apenas naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade – tipicidade material. Afinal, por sua natureza fragmentária e subsidiária, o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. Daí a importância do princípio da insignificância, que funciona como causa excludente da tipicidade material, quando presentes os seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Se os Tribunais Superiores têm admitido a aplicação do princípio da insignificância a diversos crimes, inclusive contra a administração pública,<sup>15</sup> ainda paira certa controvérsia acerca da possibilidade de aplicação do referido postulado aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é firme o entendimento no sentido de que a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de porte de drogas para consumo pessoal, não afasta a tipicidade da conduta. Se se trata de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, dificilmente o agente será surpreendido com grande quantidade de droga. Portanto, ainda que ínfima a quantidade apreendida, não se admite a aplicação do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade material.<sup>16</sup>

O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28

da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. Além disso, a reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de

e, indiretamente, da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica do indivíduo: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

15. Admitindo a aplicação do princípio da insignificância em relação a crime de peculato praticado por militar, *in casu*, um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais: STF, 1ª Turma, HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/08/2006, DJ 23/02/2007.

16. STJ, 5ª Turma, HC 158.955/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/05/2011, DJe 30/05/2011. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 158.938/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/02/2011, DJe 21/03/2011.

caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.<sup>17</sup>

Inicialmente, o Supremo também entendia que o princípio da insignificância não podia ser aplicado ao crime comum de porte de drogas para consumo pessoal. A uma porque presente a periculosidade social da ação, uma vez que se trata de crime de perigo presumido. A duas porque a Lei nº 11.343/06 já teria abrandado as penas a serem impostas ao usuário de drogas, impondo medidas de caráter educativo com o objetivo de prevenir o uso indevido de drogas e buscar a reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Logo, ainda que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, há de ser reconhecida a tipicidade material do delito pelo menos para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente.<sup>18</sup>

Mais recentemente, porém, nota-se uma mudança de orientação da Suprema Corte, pelo menos no âmbito de sua 1ª Turma, que já tem alguns precedentes no sentido da aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, desde que ínfima a quantidade de droga apreendida com o usuário – *in casu*, 0,6 g de maconha, quantidade equivalente a um único ou menos de um cigarro da droga.<sup>19</sup>

## 6.2. Constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Apesar da despenalização produzida pela Lei nº 11.343/06 em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, afastando-se a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, a legislação brasileira ainda incrimina a conduta do indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para muitos, essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal seria incompatível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, Maria Lúcia Karam sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Logo, como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete concretamente direitos de terceiros.<sup>20</sup>

Em sentido semelhante, Luiz Flávio Gomes advoga que, à luz do princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real (não se admite a punição por crimes de perigo abstrato), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável. Logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais (v.g., tentativa de suicídio, autolesão, etc.). Por isso, como o porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal de tal conduta.<sup>21</sup>

A despeito desse entendimento, ainda prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a Constituição Federal. Por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutro

17. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 35.920/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/5/2014.

18. STF, 1ª Turma, HC 81.734/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26/03/2002, DJ 07/06/2002. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 102.940/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/02/2011, DJe 65 05/04/2011.

19. STF, 1ª Turma, HC 110.475/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012, DJe 54 14/03/2012.

20. KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 167, p. 7, out., 2006.

21. *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 122. De acordo com o autor, outros países latino-americanos já deixaram de punir o usuário de drogas, seja pelo reconhecimento judicial da inconstitucionalidade (v.g., Argentina e Colômbia), seja pela opção legislativa em descriminalizar o ato (v.g., México).

giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do Direito Penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vem surtindo os efeitos desejados, infelizmente.

Prova disso, na lição de Mendonça e Carvalho, é a situação das “Cracolândias” espalhadas por todo o território nacional, onde grupos de cidadãos transformam-se em flagelados por conta da dependência química gerada pelo uso descontrolado de drogas, passando a praticar uma infinidade de crimes de modo a sustentar o vício. Para os autores, “embora se saiba que, para essas hipóteses, é mais útil a intervenção estatal a partir de políticas públicas voltadas ao tratamento e principalmente à reinserção social dos dependentes, visando trazê-los de volta ao seio social, não se pode privar o Estado de todos os meios preventivos e repressivos dessa verdadeira catástrofe social, dentre os quais a perspectiva de punição penal ao usuário”.<sup>22</sup>

De todo modo, convém destacar que a matéria deve ser apreciada em breve pelo Supremo Tribunal Federal. Consoante notícia de 22 de dezembro de 2011, o Plenário do Supremo admitiu a existência de repercussão geral em Recurso Extraordinário (RE 635.659) no qual um acusado foi condenado à pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade pelo Juizado Especial Criminal de Diadema/SP. A Defensoria Pública de São Paulo questiona a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas à luz do direito à intimidade e à vida privada e diante do princípio da ofensividade.<sup>23</sup>

## 7. SUJEITOS DO CRIME.

O crime de porte de drogas para consumo pessoal pode ser praticado por qualquer pessoa. Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade, e não em função da proteção à saúde do próprio usuário,

porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade.

## 8. CONDUTAS TÍPICAS.

O art. 28 da Lei de Drogas incrimina as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo*. Cuida-se de tipo misto alternativo. Logo, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena. Pouco importa que o autor tenha adquirido determinada substância entorpecente para consumo pessoal, transportado-a para determinado lugar onde foi mantida em depósito para uso posterior. Terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

São 5 (cinco) as condutas típicas do art. 28, a saber:

a) **adquirir**: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado;

b) **guardar**: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;

c) **trazer consigo**: transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior. Trata-se de crime permanente;

d) **ter em depósito**: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público, pouco importando o local de armazenamento da droga. Cuida-se de crime permanente;

22. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 62.

23. Após o deferimento do ingresso de diversas entidades como *amicus curiae*, os autos do RE 635.659 estão conclusos ao Relator (Min. Gilmar Mendes) desde o dia 22 de abril de 2013.

e) **transportar**: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade “trazer consigo”. Portanto, se um indivíduo levar a droga para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo “transportar”, ao passo que, na hipótese de apreensão da droga junto ao próprio corpo, o correto enquadramento típico deve ser feito no “trazer consigo”. Também se trata de crime permanente.

### 8.1. Atipicidade do uso de drogas.

Dentre os cinco verbos nucleares do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não consta a conduta de mero *uso da droga*. Aliás, não por outro motivo, grande parte da doutrina prefere se referir ao art. 28 com o *nomen iuris* de *porte de drogas para consumo pessoal*, e não simplesmente *uso de drogas*.

Pelo menos em regra, se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente, deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do “uso da droga”, que é uma conduta atípica, mas sim porque é muito provável que, antes do uso, já tenha praticado uma das condutas incriminadas pelo art. 28, como por exemplo, o *adquirir* ou *trazer consigo*. Nesse caso, a fim de se comprovar a materialidade delitiva por meio do exame toxicológico, é imprescindível que parte da substância entorpecente seja apreendida.

No entanto, o uso de drogas nem sempre será precedido das condutas de *adquirir* ou *trazer consigo*. Com efeito, é perfeitamente possível que determinado indivíduo, sem ter consciência de que uma pessoa de seu relacionamento havia adquirido determinada substância entorpecente, trazendo-a consigo, resolva simplesmente anuir ao uso da droga. Nesse caso, como o uso da droga não consta do art. 28 como uma das condutas típicas, o ideal é concluir pela atipicidade do fato, até mesmo porque o perigo à saúde pública substanciado pelo fato de o agente trazer a droga consigo teria desaparecido com o consumo da substância entorpecente. De mais a mais, fosse o *uso da droga* considerado crime, não haveria necessidade de tipificação autônoma da conduta daquele que auxilia, instiga ou determina alguém a usar a droga (art. 33, § 2º), pois a norma de extensão do art. 29 do Código Penal seria suficiente para abranger o concurso de agentes para esse suposto “uso de droga”.<sup>24</sup>

Na vigência da antiga Lei de Drogas, cujo art. 16 também não incriminava o *uso de drogas*, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “(...) É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de entorpecentes (L. 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, *incontinenti*, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo a doutrina subjacente à lei – como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que “acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas” (Hungria). De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso”.<sup>25</sup>

## 9. TIPO SUBJETIVO.

O crime é punido exclusivamente a título doloso. O dolo abrange a consciência e a vontade de praticar uma das condutas típicas descritas no art. 28, com a consciência de que se trata de substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A caracterização do crime do art. 28 da Lei de Drogas também depende da presença do elemento subjetivo especial do tipo representado pela expressão “para consumo pessoal”. Logo, é de todo relevante aferir se a droga era destinada ao consumo pessoal do agente ou se, do contrário, sua finalidade era fomentar o uso da substância entorpecente entre terceiros. Portanto, além do dolo, que pressupõe a consciência e vontade de, por exemplo, trazer consigo a droga, o tipo penal sob comento também faz referência a uma intenção especial do agente: “para consumo pessoal”.

Face a necessidade desse especial fim de agir de o agente trazer a droga consigo *para consumo pessoal*, o art. 28 da Lei de Drogas é considerado um tipo incongruente (ou congruente assimétrico).

24. Nesse contexto: JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei Antitóxicos anotada*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 89. Na mesma linha, segundo Mendonça e Carvalho (op. cit. p. 60), “não poderia ser punido o

atleta cujo exame antidoping demonstre o uso de droga, como ocorreu, há alguns anos, com um jogador de vôlei da seleção brasileira”.

25. STF, 1ª Turma, HC 79.189/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2000, DJ 09/03/2001.

Diferencia-se, pois, dos crimes de tráfico de drogas, que são espécies de tipos congruentes, vez que, nesse caso, há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, isto é, são infrações desprovidas de qualquer outro elemento subjetivo – o chamado *dolo específico* da doutrina tradicional (ou especial fim de agir).<sup>26</sup>

## 10. DISTINÇÃO ENTRE O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO DE DROGAS.

Pelo menos no momento inicial da persecução penal, incumbe à autoridade policial e ao próprio Ministério Público fazer um juízo de valor acerca da conduta delituosa praticada pelo agente, sobretudo de modo a diferenciar eventual porte de drogas para consumo pessoal do crime de tráfico de drogas. Tanto é verdade que o próprio art. 52, inciso I, da Lei de Drogas, prevê que, por ocasião da apresentação do relatório do inquérito, deverá a autoridade policial justificar as razões que a levaram à classificação do delito, *indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente*.

A despeito da importância dessa classificação provisória inicialmente formulada pela autoridade policial para fins de lavratura de auto de prisão em flagrante – no caso do tráfico de drogas –, ou do termo circunstanciado – na hipótese do porte de drogas para consumo pessoal –, é evidente que o magistrado não fica a ela vinculado, podendo corrigir a adequação do juízo de subsunção feita pelo Delegado ou pelo Promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir, por exemplo, quanto ao cabimento da liberdade provisória. Afinal, não faria sentido manter o acusado preso ao longo de toda a instrução processual penal para, ao final, desclassificar a imputação para porte de drogas para consumo pessoal e, somente então, poder colocá-lo em liberdade.

Se a tipificação do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 depende da presença da intenção especial do agente “para consumo pessoal”, mister se faz

distinguir o crime de porte de drogas para consumo pessoal do delito de tráfico de drogas. São dois os sistemas legais utilizados pelos diversos ordenamentos jurídicos para distinguir o usuário do traficante:

a) **sistema da quantificação legal:** nesse caso, é fixado um *quantum* diário para o consumo pessoal. Logo, se a quantidade de droga apreendida com o agente não ultrapassar esse limite diário, não há falar em tráfico de drogas, pois estará caracterizado objetivamente o crime de porte de drogas para consumo pessoal;

b) **sistema da quantificação judicial:** ao contrário do sistema anterior, incumbe ao juiz analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e decidir se se trata de porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas.

Apesar das críticas de parte da doutrina, o legislador brasileiro adota o critério da quantificação judicial, recaindo sobre a autoridade judiciária a competência para deliberar se a droga encontrada com o agente era para consumo pessoal ou para o tráfico. De modo a auxiliar o magistrado nessa árdua tarefa, o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, dispõe: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente”.

Como se percebe, há uma série de critérios que devem ser sopesados para que se possa fazer a distinção entre o usuário e o traficante. Antes de passarmos à análise de cada um deles, convém destacar que tais critérios devem ser analisados em conjunto, globalmente, jamais de maneira separada. Vejamos, então, cada um dos critérios apontados pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06:

1) **natureza e quantidade da substância apreendida:** é evidente que o critério da natureza e da quantidade da droga apreendida não pode ser utilizado como fator exclusivo para se distinguir o tráfico do porte de drogas para consumo pessoal. Afinal, até mesmo para descaracterizar o tráfico de drogas, é muito comum que traficantes tenham à disposição pequena quantidade de drogas. No entanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, na hipótese em que houver a apreensão de 100 (cem) pedras de crack, a conclusão inevitável é a de que se trata de tráfico de drogas. Ora, atento à realidade em que vive e observando aquilo que as regras de experiência demonstram que normalmente acontece, o intérprete

26. Como já se pronunciou o STJ, o tráfico de drogas é congruente (ou congruente simétrico), esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo, sendo que, para sua adequação típica, não se faz necessário qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Noutro giro, o crime de porte de drogas para consumo pessoal apresenta a estrutura de congruente assimétrico (ou incongruente), visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo consumo pessoal: STJ, 5ª Turma, REsp 282.728/GO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/11/2002, DJ 16/12/2002 p. 359. E ainda: STJ, 5ª Turma, REsp 846.481/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/03/2007, DJ 30/04/2007 p. 340.