

SOBRE O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

ABOUT THE ANALYTICAL CONCEPT OF CRIME

Fernando Muniz da Silva

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-MG);

Promotor de Justiça no MPMG

RESUMO

A noção jurídica de crime decorre de longo processo histórico, mas só na modernidade surgiu a preocupação de isolar o conceito, em relação a outras espécies de transgressão normativa. A uma reflexão crítica, pode se revelar enganosa a impressão de obviedade que ainda se tem sobre o conceito. Na doutrina criminal brasileira, existe certa inconsistência na formal caracterização do que seja uma conduta criminosa: o conceito costuma estar associado à noção de pena, mas ela não é mencionada nas abordagens sobre o conceito analítico de crime. No pensamento jurídico atual, o que determina a identificação essencial para os crimes é a cominação das penas consideradas as mais severas do ordenamento, que, atualmente, são as penas privativas de liberdade. Mas isto pouco se diz, claramente. A consequência das inconsistências e hesitações é a instabilidade conceitual, que fica bem evidenciada nas dúvidas sobre a natureza jurídica da figura típica do artigo 28 da Lei 11.343/06. Ao decidir que este tipo normativo tem natureza criminal, o STF falhou na pretensão de se explicar, apresentando argumentação com vício epistêmico.

Palavras-chave: conceito analítico de crime; natureza jurídica; característica diferencial; pena privativa de liberdade; posse de drogas para consumo próprio.

ABSTRACT

A notion of crime traces back to a long historical process. The concern of isolating the concept arises in modernity. But a critical and logical reflection may reveal the impression of obviousness about the concept as misleading, even though it is usually presupposed in legal theories. There is a formal inconsistency in the characterization of crime made by Brazilian criminal doctrine: the concept is usually associated with the notion of punishment, but the punishment is not mentioned in the approaches about the analytical concept of crime. In the current thinking, the conceptual essence for crimes is determined by the prison, the punishment considered the more severe in law. But this is not usually clearly said. As a result, there is a conceptual instability, which is clearly evidenced by the doubts in Brazil about the criminal nature of the article 28 of the Law 11.343/06. When decided that the article has a criminal nature, the Brazilian Court has failed to explain itself, providing a false argumentation.

Key-words: analytical concept of crime; criminal nature; differential characteristic; prison; drugs for personal use.

INTRODUÇÃO

O conceito de *crime* é daqueles que pertencem ao conhecimento geral, do tipo que acena com uma aparente simplicidade a torná-lo acessível mesmo aos estágios mais iniciais do conhecimento. A ciência jurídica, ao construir suas teorias, pressupõe o conceito, deixando pressuposta também a sua distinção em relação a outras espécies de transgressão normativa. O objetivo deste artigo é propor alguma reflexão crítica a esta impressão de obviedade, mostrando que ela pode se revelar enganosa quando o que está em questão é saber as razões exatas pelas quais um crime se identifica, para alertar que algumas definições técnico-jurídicas elementares ainda preservam, surpreendentemente, alguma obscuridade.

1 BREVE HISTÓRICO CONCEITUAL

Para se ocupar de um problema tipicamente jurídico, este artigo utiliza uma abordagem de tipo formal. Trata-se de uma explanação sobre o modo de ser de um objeto do mundo jurídico, sobre algo que “é”. Quer-se conhecer o que está dado na noção jurídica de *crime* e depois chamar a atenção para necessidade de se observarem as exigências lógicas que submetem as definições em geral. Isto não impede que se direcione alguma atenção ao longo processo de formação do conceito no tempo histórico, para perceber que o seu isolamento conceitual é uma preocupação relativamente recente no pensamento jurídico.

Em épocas remotas, nos estágios iniciais de organização social, cada indivíduo possuía funções e, direta ou indiretamente, poderia interferir na sobrevivência do grupo. O comportamento desviante era tomado como algo que punha em risco o próprio grupo de indivíduos. As formas primitivas de repúdio a comportamentos desviantes, com atenção aos objetivos primordiais de sobrevivência coletiva, atendiam à dependência do grupo por cooperação entre seus integrantes. As exigências de reparação, de purificação, eram geradas para restabelecimento de uma situação anterior, considerada adequada para a sobrevivência. A intensidade do repúdio se dava pelo sentimento de contrariedade à vontade coletiva, como se algo natural tivesse sido violado. A noção de justiça aceitava a força como a violência necessária, simbolizada pela espada ou pela lança nas mãos de Diké, Themis e Atena, as deusas da justiça em Grécia e Roma.

No âmbito da filosofia, é interessante o estudo de Michael Bakaoukas, sobre quando e como surgiu a noção primeira de crime entre gregos e romanos, antes do surgimento do cristianismo. Ele se ocupa de descrever como a noção se desenvolveu em três etapas, desde tempos mais remotos, junto das noções de comportamento desviante, reprovável e merecedor de alguma forma de punição. Na época mais remota, o crime era a violação de uma lei divina, o que faz o homem transcender os limites de sua natureza; por consequência, era necessário um castigo de Deus. Depois, a política passou a ter precedência sobre a religião e o crime passou à violação de um direito humano, com um duplo sentido: o de um erro, ou ofensa contra a comunidade, e o de *julgamento* da comunidade contra este erro. Por fim, na era da conquista romana e do cristianismo, a religião voltou a ter precedência sobre a política e o governo e a justiça dos homens tornou-se mais uma vez um assunto divino. O crime era principalmente um pecado contra a vontade de Deus ou o julgamento de Deus.¹ Ou seja, do princípio religioso, passou a prevalecer o interesse da *polis*. E depois, na era cristã, voltou à religião.²

Esta noção inicial de crime, entre gregos e romanos, era estranha, ou pelo menos diferente, da noção moderna. Tinha conotação mais moral, ligada ao sentimento de ofensa à comunidade. Era uma espécie de erro voluntário e grave contra a comunidade, com um caráter algo político.³ O crime surgia como um comportamento desviante, de alguém que está à margem, envolvendo a capacidade de separar, de distinguir, com uma certa preponderância para a noção de julgamento. Em boa medida, algo deste desenvolvimento se reflete na etimologia. Segundo registram os dicionários, o termo *crime* vem do latim “*crimen*”, que é uma forma reduzida cuja base é “*cernere*” (“separar, discernir”).⁴ Seu primeiro significado teria sido “aquilo que serve para ordenar, decidir”, e depois “decisão”. Passando para a linguagem do direito, especializou-se no sentido de “decisão judicial” e “objeto sobre o qual a decisão, a queixa, a acusação devem se referir”.⁵ A origem mais antiga está no grego “*krísis*” (“ponto decisivo”), de “*krínein*” (“separar”).⁶ Aí se constata o parentesco íntimo de alguns termos

¹ BAKAOUKAS, Michael. The conceptualisation of “crime” in classical greek antiquity: from the ancient greek “crime” (*krima*) as an intellectual error to the christian “crime” (*crimen*) as a moral sin. *ERCES* (European and International research group on crime, Social Philosophy and Ethics), 2005.

² BAKAOUKAS, Michael. Op. cit..

³ BAKAOUKAS, Michael. Op. cit.. A expressão “crime político” (“*political crimes*”) deve ser entendida no contexto mencionado por Bakaoukas, no sentido de uma ação política capaz de influir, direta ou indiretamente, na formação da vontade da *polis* ou nos seus rumos.

⁴ ONIONS, C.T (Ed.). *The oxford dictionary of english etymology*. Oxford: Oxford at the Clarendon Press, 1985; REY, Alain (Éd.). *Le dictionnaire historique de la langue française*. Paris: Dictionnaires le Robert, 1992. Vê-se, no ponto, o erro de Damásio, quando diz que “*Crimen* vem do grego *cerno*, indicativo dos mais graves delitos.” (sic JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149).

⁵ ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4. ed. Paris: Klincksieck, 1994.

⁶ Do indo-europeu “*krei-men-*”, com o sentido de “ação ou efeito de crivar, separação”: de “*krei-*”, uma variante de “*skeri-*” (“separar, crivar, selecionar”) e “*-men-*” (“produto ou resultado de uma ação”). A respeito, ver: ONIONS, C.T (ed.). Op. cit.; SILVA, Guido Gómez de. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

modernos, que preservam na sua raiz etimológica o sentido original de “julgamento” ou “separação”, tais como *crise*, *critério*, *crítica*, *crivo*, *discernir*, *discriminar*, *conscrito* e *proscrito*.⁷ Também em *hipócrito*, onde o prefixo “*hypo*”⁸ é acrescentado para dar o sentido de “julgamento fingido”, “separação fingida”. Ou ainda em *escrever*,⁹ onde a mesma raiz etimológica grega se manifesta associada ao sentido de “deixar marcado”. No inglês, o mesmo ocorreu com as palavras cognatas “*crime*” e “*crisis*”, que têm uma história conceptual comum. Seu primeiro sentido judicial, segundo Michael Bakaoukas, não era “erro” (“*wrongdoing*”), mas sim um julgamento sobre ele (“*a judgement of it*”). Na Grécia e Roma clássicas, significavam “julgamento”, “convicção”, “má conduta ou erro contra a comunidade”, “errar na mente”, sentido também preservado na raiz de algumas outras palavras do inglês moderno, derivadas de “*crimen*”, que vêm do grego ou do latim.¹⁰

Por longo período, enquanto as leis eram consideradas componentes de um equilíbrio natural, preconcebido, que deveria ser apenas protegido e mantido, não surgiu a preocupação de se fazerem distinções entre diferentes modalidades de ofensa ou de separar questões de direito público ou privado. Assim, o que inicialmente significava um mau comportamento em geral, algo julgado destoante dos interesses de preservação coletiva, desenvolveu-se por longo período com as noções mais gerais de conduta desviante, reprovável e punível. O sentimento inicial de *erro contra a vontade coletiva* era certamente mais próximo da noção geral de *injustiça* (em latim “*iniuria*”; em grego “*adikia*”),¹¹ ou do que um jurista moderno chamaria de *ilicitude* – termo que aqui é tomado como sinônimo de *transgressão normativa*.

Na modernidade, a legislação surge como um fenômeno de interesse jurídico. Iniciam-se as preocupações com a edição de leis enquanto produto de uma capacidade do Estado. São próprios desta época os estudos sobre a função de comando da norma jurídica, que dão destaque ao castigo e à pena, noções que depois teriam repercussão nos estudos sobre as especificidades de fenômeno criminal. Nesta evolução, o conceito de crime preservou algo de seu histórico. Disto são evidências as definições atuais no direito consuetudinário, que costumam remeter à

Neste ponto, é pertinente a ressalva de Michael Bakaoukas, citando Riggsby, de que tanto o grego, quanto o latim, não têm um termo coletivo para “crime” no sentido moderno da palavra, mas uma variedade de palavras para “erro”, “injustiça” ou “julgamento e convicção” em geral: no grego clássico *krima*, *hybris*, *egklema*, *adikia*, *kakia*; no latim republicano *crimen*, *scelus*, *maleficium*, *facinus*, *iniuria*, *mores*, *mala tractatio* (BAKAOUKAS, Michael. Op. cit.).

⁷ A respeito, ver: CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1982; DEVOTO, Giacomo. *Avviamento alla etimologia italiana*. 14. ed. Florença: Felice le Monnier, 2002; FONTINHA, Rodrigo. *Novo dicionário etimológico da língua portuguesa*. Porto: Domingos Barreira, [1998?]; SILVA, Guido Gómez de. Op. cit..

⁸ Do grego “*hypo*” (“debaixo de, secretamente, inferior”), e “*krinein*” (SILVA, Guido Gómez de. Op. cit.).

⁹ Do indo-europeu “*skribh-*” (“raspar”), de “*skeri-*” (“cortar, separar”). Em culturas primitivas, escrevia-se em pedras ou madeira, e depois em tábuas de cera (SILVA, Guido Gómez de. Op. cit.).

¹⁰ BAKAOUKAS, Michael. Op. cit.

¹¹ Conf. BAKAOUKAS, Michael. Op. cit..

violação de um direito, em relação à comunidade em geral, a demandar punição.¹² E nos países de tradição romano-germânica, os estudos criminais que costumam receber maior atenção são os que se fazem pelas noções de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, categorias analíticas que guardam alguma relação com o longo processo de desenvolvimento do conceito.

2 INCONSISTÊNCIAS ANALÍTICAS DA MODERNA CONCEPÇÃO

Na linha de comparação das noções clássica e moderna de crime, Michael Bakaoukas diz que, apesar de ser uma categoria específica para o mundo contemporâneo, e das semelhanças, o antigo conceito de *ato criminoso* entre gregos e romanos não era tão claro como o acadêmico moderno desejaria.¹³ É este o ponto. Será mesmo que o conceito jurídico atual possui clareza técnica suficiente? Um olhar mais atento, especialmente direcionado ao ambiente jurídico brasileiro, parece pôr em evidência o sentido contrário: que o conceito ainda não tem uma extensão suficientemente delimitada.

Na atualidade, o modo comum de responder à indagação teórica quanto à delimitação do conceito está na sua associação com a noção de *pena*. Ao mesmo tempo, porém, as abordagens sobre o *conceito analítico de crime* fazem-se apenas pelas categorias da tipicidade, da ilicitude (ou antijuridicidade) e da culpabilidade – sem, portanto, fazerem menção à pena. Do modo de pensar que se quer assinalar, as *Lições* de Heleno Cláudio Fragoso podem ser tomadas como representativas. Depois de afirmar que não há diferença de substância entre um ilícito penal e um cível,¹⁴ Heleno Cláudio Fragoso diz que a sanção característica do direito penal é a *pena*.¹⁵ E quando se refere ao conceito analítico de crime, ele o define como uma “ação ou omissão típica, antijurídica e culpável”.¹⁶ O problema nesta caracterização é que ela não menciona a pena, que havia sido destacada como o elemento constitutivo diferencial dos crimes. Ou seja, a autonomia conceitual acaba sendo determinada por uma característica

¹² OXFORD UNIVERSITY. *Dictionary of Law*, 5. ed., MARTIN, Elizabeth A. (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2003. Veja-se, v.g., a definição de *crime* no Oxford Dictionary of Law: “an act (or sometimes a failure to act) that is deemed by statute or by the common law to be a public wrong and is therefore punishable by the state in criminal proceedings.”

¹³ BAKAOUKAS, Michael. Op. cit.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 142-143.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., pp. 3, 279.

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., pp. 145-148. No mesmo sentido, Aníbal Bruno menciona a existência de dois grupos de teorias, objetivas e subjetivas, propostas para diferenciar ilícitos criminais e civis; e depois de afirmar que nenhuma delas se sustenta, diz que o que afinal diferencia é a pena (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 179-181). No mesmo sentido: NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4. Noutro momento, a doutrina brasileira discute se o conceito analítico de *crime* pode ser definido apenas com as categorias analíticas de *tipicidade* e *culpabilidade*, ou se a elas deve-se acrescentar também a *culpabilidade*. A respeito, ver a compilação de José Geraldo da Silva (SILVA, José Geraldo da. *Teoria do crime*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2010, pp. 102-104).

analítica que a definição não apresenta. Mas se é verdade que a pena constitui o elemento diferencial dos crimes em relação a outras espécies de transgressão normativa, não há razão para que ela deixe de constar numa abordagem de tipo analítica.

A inconsistência se acentua quando se considera o alcance comumente dado ao conceito de *pena*. Para usar ainda aquelas *Lições* como exemplo, diz Heleno Cláudio Fragoso que as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa,¹⁷ deixando possível cogitar que a cominação isolada de penas restritivas de direitos ou de multa seria suficiente para conformar a noção de crime.¹⁸

O que tem passado despercebido neste tradicional modo de caracterizar os crimes é que ele possui uma abrangência excessiva, que acaba não delimitando por ser muito inclusivo. Não se percebe que a cominação isolada de pena restritiva de direitos ou de multa é uma característica que se pode observar numa gama muito ampla de ilícitos. Na legislação brasileira, a propósito, a nomeação de cônjuge ou parentes próximos para cargos públicos de livre nomeação é uma conduta que se pode dizer típica, ilícita e culpável, e para ela há a cominação de penas de restrição de direitos ou multa.¹⁹ Num quadro definicional em que *crime* resulte ser a “ação ou omissão típica, ilícita e culpável, punível com pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa” pode-se perguntar: qual destas características analíticas a figura do nepotismo também não tem? O mesmo se pode perguntar sobre a conduta de “avançar no trânsito o sinal vermelho do semáforo”, que é legalmente prevista como uma “infração gravíssima e sujeita a multa”.²⁰ Se não se aceita que os tipos normativos destes exemplos

¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., pp. 283-318. Especificamente sobre a multa, Fragoso diz que ela consiste na obrigação imposta de pagar ao estado determinada soma em dinheiro (Op. cit. p. 315). Conquanto se tenha em mente a doutrina jurídica brasileira, a mencionada caracterização dos crimes não lhe é exclusiva. Na doutrina alemã, v.g., Jescheck caracteriza o crime como um injusto merecedor de pena, e diz que a pena é o poder mais rigoroso de que dispõe a coação estatal; mas admite entre as penas a restrição de direitos e a multa. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução ao espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, pp. 2-15 e 813-862). No mesmo sentido: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução por José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, pp. 209 e 373-402. Cernelutti propõe a caracterização dos crimes pelo “poder de castigar” (CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução ao espanhol por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002. v. II, p. 149). Esta proposta, porém, nada mais faz que equiparar as noções de *castigo* e de *pena*; ela ignora que restrições de direito e multas nada mais são que castigos, que não se aplicam exclusivamente a crimes.

¹⁸ Em defesa de Heleno Cláudio Fragoso, deve-se dizer que nas suas lições consta que “a pena de multa é sempre cominada na forma alternativa ou cumulativa”. Contra, deve-se mencionar que elas também dizem que a pena de multa “aparece, por vezes, isoladamente, nas contravenções”, que são uma espécie de ilícito criminal (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 315).

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 3 jun. 1992. Art. 11, XI; art. 12, III. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 30 out. 2025.

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 24 set. 1997. Art. 208. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503Compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2025. Como figuras normativas que formalmente satisfazem à definição de *conduta típica, ilícita, culpável e punível com pena de multa*, ainda se podem mencionar os atos lesivos à administração pública (Lei 12.846/2013), as propagandas eleitorais irregulares (Lei 9.504/97), as infrações ambientais administrativas (Lei Federal 9.605/98, capítulo VI) e as multas processuais por ato atentatório à dignidade da justiça ou por litigância de má-fé (CPC, artigos 77, § 2º e 81). A quem a exemplificação eventualmente surpreenda, deve-se lembrar que Nelson Hungria já afirmava que nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e penal. Segundo ele, a tentativa de Goldschmidt, de mostrar que haveria diferença fundamental entre

configurem *crime*, o que fica em questão é saber exatamente o que tem em mente a doutrina criminal quando faz referências às características analíticas de um conceito.

No plano analítico, a premissa para o conhecimento é que todas as características essenciais sejam encontradas. E que, dentre elas, saiba-se qual é a característica exclusiva, diferencial, que faz com que o objeto seja um e não outro. Para ter sentido analítico, uma caracterização descritiva dos crimes deve pôr a expósito o conteúdo conceitual, subministrando informações suficientes para a determinação *a priori* de significação. No mínimo, deve propiciar facilidade para identificar o conceito, distinguindo-o daquilo de que não se trata. Se um modo de apresentar o conceito não serve para significar universalmente, ele não é inteiramente adequado. Mas esta exatidão não parece acompanhar a tradicional abordagem sobre o conceito analítico de crime. A um exame atento, o que se nota são inconsistências formais, que se apresentam como sintomas de que nem sempre a doutrina jurídica diz exatamente em que consistem os conceitos que utiliza. Tal como consta na advertência feita com superior propriedade por Tércio Sampaio Ferraz Jr., de que a grande maioria dos juristas costuma falar, como de fato fala, que as suas investigações têm um caráter científico, mas sem se preocupar muito com as justificações requeridas pelo ponto de vista proposto ou suposto.²¹

3 SINALIZANDO UM CAMINHO POSSÍVEL PARA A CARACTERIZAÇÃO, COM SENTIDO ANALÍTICO

Aperfeiçoamento do conhecimento não se obtém sem rígida delimitação conceitual. Como lembra Felix Kaufmann, o esclarecimento de um significado sempre implica a sua separação com respeito a outros significados geralmente associados com ele.²² De um modo geral, o método comum das ciências é buscar as diferenças num sistema de identidades e as identidades num sistema de diferenças. No conhecimento sobre duas linhas retas concorrentes, por exemplo, estabelecer que *estar uma na horizontal, outra na vertical* define o formato em *cruz* e deixa determinada a diferença para o *xis*. No campo jurídico, afirmar que um tipo normativo se enquadra em uma classe especial denominada *crime* pressupõe que se possa dizer exatamente o que determina a identificação. Se o conceito existe como uma forma especial de

direito penal administrativo e direito penal comum, é um “artificialismo que não pode ser dissimulado” (HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 1, n. 1, pp. 24–31, 1945).

²¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 6-7.

²² KAUFMANN, Felix. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução de José Augusto Guilhon de Albuquerque. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977, p. 31.

transgressão normativa, as suas respectivas características diferenciais devem ser encontráveis. Trata-se, como é manifesto, de pura determinação do conteúdo objetivo de um conceito jurídico. E não se trata de propor ou resgatar algum tipo de pureza ao tema, mas de aplicar as premissas de que a inteligibilidade da estrutura jurídica e de seus conceitos depende de um mínimo de racionalidade, e que a validade de decisões judiciais precisa de amparo em razões juridicamente válidas. Afinal, o direito pretende ser compreendido, pretende legitimidade.²³ Então, quais são as exatas razões pelas quais um crime se diferencia de seus congêneres?

A questão pode ser bem visualizada com atenção à estrutura lógica em que o conceito se apresenta. Quando é mencionado como um modo específico de transgressão normativa, o crime está sendo pensado na forma de uma classe lógica. Subjacente a esta forma de pensar está o modo formal de como se faz uma classificação.²⁴ Isto pressupõe o conhecimento de como se procede a uma definição, a partir de critérios lógicos.²⁵ Para estabelecer-se como uma classe especial, a classe dos *crimes* demanda justificação em ordem de gênero e em ordem de especificação. Em ordem de gênero, os conceitos genéricos devem compartilhar entre si características ditas *genéricas*, que os faz pertencer a uma única e mesma classe superior. Abaixo deles, em ordem de especificação, os conceitos específicos devem possuir, além das características próprias do gênero a que pertencem, também algumas características adicionais, ditas *específicas*. Dentro de um mesmo gênero, as características específicas determinam a especificação porque elas não estão presentes nos membros de outras espécies – elas configuram o que em lógica se chama *elemento diferencial*.

²³ Neste sentido, lembra Tercio Sampaio Ferraz Jr. que a exigência de sistematização e coerência da comunicação normativa, mediante soluções identificadas pelo intérprete, impõe uma racionalização do material normativo (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 298).

²⁴ Uma classificação, em síntese, é uma operação mental que reduz multiplicidades indefinidas de seres a padrões intuitivamente reconhecíveis. Cada classe lógica é, em si, um conceito ideal, que totaliza as singularidades que dela participam. *Classe* é sinônimo de *categoria*; e *classificação* é sinônimo de *categorização*. Sobre classificação lógica, ou teoria das classes, dentre outros: DAHLBERG, Ingtraut. Teoria da classificação, ontem e hoje. In: CONFERÊNCIA BRASILEIRA DE CLASSIFICAÇÃO BIBLIOGRÁFICA, 1972, Rio de Janeiro. *Anais*. Brasília: IBICT/ABDF, 1979. v. 2, pp. 352–370; ECO, Umberto. *Da árvore ao labirinto*. Tradução de Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Record, 2013. pp. 13–101.; LANGRIDGE, Derek. *Classificação: abordagem para estudantes de biblioteconomia*. Tradução de Rosali P. Fernandes. Rio de Janeiro: Interciência, 2006; PFÄNDER, A. *Lógica*. Tradução ao espanhol de J. Pérez Bances. Madrid: Revista de Occidente, 1933. pp. 159–184; POMBO, Olga. Da classificação dos seres à classificação dos saberes. *Revista da Biblioteca Nacional de Lisboa*, n. 2, 1998. pp. 19–33; ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugenio. *Lógica*. Buenos Aires: Espasa, 1951. pp. 44–45.; TARSKI, Alfred. *Introducción a la lógica*. Tradução ao espanhol de T. R. Bachiller e J. R. Fuentes. 2. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1968, pp. 95–115.

²⁵ Sobre os vários tipos de definição lógica, dentre outros: BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, pp. 105–136; PFÄNDER, A. *Lógica*. Op. cit., pp. 177–184; ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugenio. *Lógica*. Op. cit., pp. 67–74; SALMON, Wesley C. *Lógica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, pp. 120–130. Sobre a definição lógica no direito: MÁYNEZ, Eduardo García. *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959. pp. 64–79.

3.1 O *locus* do problema: o crime como modalidade especial de ilícito

O direito regula a conduta humana. As normas jurídicas dispõem como o homem deve agir, qualificando suas ações como “obrigatórias”, “proibidas” ou “permitidas”. Do confronto entre cada agir humano e a ordem jurídica surgem relações de adequação ou inadequação, e daí se obtêm as noções relacionais de *lícito* e *ilícito*. Esta predicação de valor é binária porque, dentro do gênero dos atos jurídicos, apresenta-se necessariamente em uma das duas formas possíveis, reciprocamente excludentes. Em outras palavras: segundo corresponda ao que foi juridicamente ordenado, a conduta humana estará sujeita a uma de duas possibilidades: do lícito ou do ilícito.

Ao âmbito do lícito pertencem o exercício de uma conduta permitida e o cumprimento de um dever. Enquanto se limite ao campo do juridicamente permitido, o agir humano estará no campo da licitude, pelo exercício de um direito. Enquanto se submeta ao que foi normativamente imposto, por obrigação ou proibição, tem-se o cumprimento de um dever. E assim, lícita é a conduta humana que está de acordo com as normas que lhe são aplicáveis, no momento de sua prática. A alternativa é o agir humano violar o juridicamente ordenado, pelo descumprimento de um dever, seja violando uma proibição, seja deixando de observar uma obrigação. Surge a transgressão normativa, o ilícito, com o sentido de “conduta humana contrária ao direito”.²⁶ Assim se alcança entendimento sobre a noção de *ilicitude* como uma classe superior genérica. Para a qualificação genérica, o essencial é uma significação relacionante: a contrariedade da conduta humana com referência a uma norma. Por isto se pode falar, sinonimamente, em *transgressão normativa*. De tal modo, a noção de *crime* integra o gênero das *condutas ilícitas*.²⁷

O próximo passo é justificar os crimes em ordem de especificação. Para que seja lógica, uma proposta de divisão da noção genérica de *ilícito* também deve estar orientada por um princípio de organização, um critério, a determinar aquela que seria a característica diferencial em relação a outras espécies de transgressão normativa. É por este critério que se pode obter o

²⁶ Em acréscimo, pode-se também dizer que um ilícito não tem existência por si. Porque ele pressupõe um juízo judicativo sobre a correspondência da conduta humana a um conteúdo normativo. Ou seja, o juízo de ilicitude é referencial, no sentido de que decide sobre *esta* conduta com referência *àquela* norma. Dito ainda de outro modo: o juízo de ilicitude é sintético-relacional. É relacional porque põe uma conduta humana concreta em referência a uma norma. É sintético porque sintetiza o resultado da relação conduta-norma.

²⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 125. Com este mesmo sentido, diz Kelsen, o princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* vale não só para o direito penal, mas sim para todos os ilícitos.

grupo especial dos *crimes*, ficando os demais caracterizados negativamente – como *ilícitos não criminais*.

3.2 Em busca do elemento diferencial: o critério da lei de introdução ao código penal como opção classificatória

Nem sempre é possível dar inteligibilidade a sarrafações legislativas. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Criminal do Império de 1830 (art. 2º, §1º) continha definição circular, dispondo que crime era toda ação ou omissão voluntária, contrária às leis penais – um defeito formal repetido no Código Penal de 1890 (art. 7º).

O Decreto-Lei 3.914/41, conhecido como “Lei de introdução do código penal” (LICP), representou algum avanço, ao tomar como critério objetivo para a distinção a cominação da pena privativa de liberdade (por “reclusão ou detenção”), um tipo de pena que ainda é considerado o mais severo do ordenamento,²⁸ independentemente da cominação de multa.²⁹ No ponto em que falha, a LICP diz mais que o pretendido, ao dispensar a cominação da privação de liberdade para a caracterização das *contravenções*, apesar de considerá-las também uma espécie de ilícito criminal. Como já se demonstrou supra, admitir a cominação isolada da pena de multa para determinar a natureza criminal de um tipo normativo conduz a uma abrangência excessiva. Neste ponto, o critério da LICP é demasiado amplo e não pode ser aceito.

Conquanto não assegure contra todas as dúvidas, o critério da LICP possui objetividade e generalidade suficientes para estabelecer segura qualificação para os crimes, com sentido analítico: no seu sistema, *crime* é espécie de *ilícito*; e a *cominação da prisão* é o elemento diferencial. Com a linguagem da lógica, pode-se dizer que *crime* é a classe formada pelo conjunto de todos os atos ilícitos, aos quais o direito comina a pena privativa de liberdade isolada, alternativa ou cumulativamente. Ou, o que dá no mesmo: que entre a classe dos *crimes* e a dos *atos ilícitos* há uma relação lógica de inclusão, do tipo gênero-espécie, continente-conteúdo, onde a cominação da prisão é a característica adicional que especifica. Uma implicação desta relação de inclusão lógica é que, ao cominar a pena privativa de liberdade a apenas a alguns ilícitos, e não a todos, o direito os classifica em, no mínimo, duas espécies

²⁸ A respeito, vide Constituição Federal, art. 5º, XLVII (que, aliás, não exclui a ainda mais grave pena de morte, para situação excepcional aqui não abordada).

²⁹ Assim também a *contravenção*, que se define pela cominação de prisão simples ou multa, alternativa ou cumulativamente. Na LICP, como é manifesto, o termo *infração penal* é aplicado com o mesmo sentido de *ilícito criminal*.

lógicas, que são a classe dos *ilícitos criminais* e a dos *ilícitos não criminais*. Ou seja, concomitante ao fenômeno criminal, um sem número de atos ilícitos permanece formando o grupo dos atos que são sancionados pelo direito com penas diferentes da prisão. Equivale a dizer que a classe dos *crimes* é formada por todos os *atos ilícitos* que possuem cominada a pena privativa de liberdade isolada, alternativa ou cumulativamente, e o seu complemento é a classe dos *ilícitos não criminais*, que não têm a mesma cominação.

Este modo de classificar os ilícitos atende adequadamente ao que é mais comum no modo atual de se pensar o tema. Uma resposta conceitual com sentido analítico dirá que, no pensamento jurídico atual, o *logos* (ou a *ratio*) que determina a inclusão ou exclusão na classe especial dos crimes é a cominação das penas consideradas as mais severas do ordenamento – que, atualmente no Brasil, são as penas privativas de liberdade.

Esta é, pois, a característica analítica diferencial que aparece nos crimes, como modalidade específica de ilícito. Isto, porém, pouco é dito claramente. Nos estudos criminais brasileiros, mais comuns são as críticas à LICP, sob o argumento de que não deveria haver uma definição positivada para o conceito jurídico.³⁰ Mais realista, entretanto, é pensar que a doutrina tem assimilado surdamente as influências do critério legal, embora nem sempre revele consciência dos pressupostos lógicos de suas teorias. Nas preconcebidas referências que a doutrina faz ao conceito analítico de crime, a noção que aparece fundando a distinção conceitual é justamente a possibilidade jurídica de que em algum momento a prisão acabe imposta ao agente infrator. É nada além disto, aliás, que justifica a construção de um regime jurídico mais protetivo de direito criminal: confere-se proteção adicional aos acusados em geral, dado o risco de aplicação das penas consideradas as mais severas do ordenamento. Ao menos no que diz respeito à analítica dos crimes, coube ao legislador fornecer ao jurista as indicações de como o seu trabalho deve ser feito.

Assim se pode apontar uma falha importante no pensamento jurídico atual. Ao não mencionar dos crimes o qualificativo que os especifica essencialmente, a teoria jurídica deixa de cumprir uma das finalidades das definições em geral, que é aclarar significados para delimitar a aplicabilidade, e isto compromete parcialmente a sua utilidade e precisão. Enquanto não se obtém segura e racional definição, a delimitação conceitual permanece restrita ao campo da intuição. Mas a intuição tem falhado. Como se destaca no tópico seguinte, as dúvidas sobre

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 279. *V.g.*: “Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável”.

a natureza jurídica da figura típica do artigo 28 da Lei 11.343/06 são boas evidências das incertezas que ainda reinam no tema.

3.3 Consequência evidente da instabilidade conceitual: as dúvidas sobre a natureza do artigo 28 da Lei 11.343/06

No ordenamento brasileiro, a conduta de possuir drogas para consumo próprio era tradicionalmente punida com detenção e multa (Lei 6.368/76, artigo 16). Em 2006 a lei anterior foi revogada e substituída pela Lei 11.343/06. A conduta continuou a ser prevista num capítulo intitulado “Dos crimes e das penas” (artigo 28), só que sem a cominação de pena privativa de liberdade. Isto fez surgir a dúvida se teria sido preservada a sua natureza criminal. Provocado a se manifestar, o STF decidiu que o “novo” tipo normativo tem natureza criminal; mas, falhando na pretensão de se explicar, deixou transparecer também como suas as dificuldades para dizer claramente em que consistem os conceitos que utiliza.

3.4 O julgamento sem critério

No julgamento realizado logo em 2007, o STF decidiu que o caso não era de *abolitio criminis*, afirmando que a cominação da privação de liberdade não é um critério determinante para a qualificação de crimes.³¹ Ou seja, ao decidir que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é um crime, o STF descartou o critério da LICP. Na síntese de sua argumentação, no que mais importa considerar, o Supremo quis claramente deixar assentado que um tipo normativo pode ter natureza criminal mesmo sem a cominação da pena privativa de liberdade. Conforme deixou afirmado, a LICP não possui exclusividade para fornecer os critérios que definem o que é um crime e nada impede que uma lei superveniente adote outros critérios gerais de definição ou estabeleça para determinado crime pena diversa da prisão. Esta é a mais destacada premissa aplicada naquele julgamento: outros critérios de definição de crime podem ser estabelecidos por novas leis.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REQO 430.105-9-RJ, 1ª Turma, julgado em 13 fev. 2007. Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

O problema é que, depois da premissa anunciada, a pergunta que logo se apresenta diz respeito aos critérios que teriam sido então considerados no julgamento, para decidir sobre a natureza do tipo normativo. Pois há uma diferença importante entre aceitar que novas leis estabeleçam outros critérios de definição de crimes e apontar quais teriam sido os critérios adotados pela Lei 11.343/06. Aí se vê que o Supremo até ensaiou alguma argumentação, mas, pragmaticamente, perdeu-se num ato discursivo alheio ao problema e deixou em aberto o crucial, que seria validar racionalmente os critérios de definição para os crimes em geral.

3.4.1 Remissão a outras leis: o rito procedimental e o regime de prescrição tomados de empréstimo

Na parte em que supostamente indicaria os critérios considerados para decidir pela natureza criminal do artigo 28 da Lei 11.343/06, a argumentação do Supremo apresentou duas razões. A primeira delas diz que se trata de crime porque para o tipo foi disposto o mesmo rito procedimental que a Lei 9.099/95 estabelece para os crimes de menor potencial ofensivo. E a segunda diz que o caso é de crime porque a punibilidade está submetida às regras de prescrição do Código Penal. Ou seja: seriam dois os novos critérios de definição, supostamente fixados por remissão a leis preexistentes. Assim, a partir da decisão também se qualificariam como *crime* os tipos normativos: (a) que devam ser processados segundo um rito procedimental próprio para o processamento de crimes; (b) que estejam submetidos a um regime de prescrição próprio de crimes.

Conquanto pareça simples, a argumentação do Supremo possui um vício epistêmico pouco sutil. O que ela apresenta são pseudoargumentos. Isto se revela tão logo se indague pela complementação que ela supõe. Pois ao invés de apontar quais seriam os novos critérios que definem o que é um crime, as razões do Supremo apenas fazem remissão a outras duas leis, deixando sugerido que a ampliação conceitual decorreria de extensão à Lei 9.099/95 e ao Código Penal. Mas quando se consultam estas duas leis, percebe-se que elas apenas pressupõem o conceito e que por isso não fornecem qualquer apoio para a definição.

Veja-se o primeiro caso, em que a argumentação remete ao rito procedimental da Lei 9.099/95. O problema é que esta lei não diz o que é um crime. O que ela faz é dispor sobre o rito procedimental (que denominou *sumaríssimo*) para o processamento de um determinado

grupo de crimes, ditos de “menor potencial ofensivo”.³² Ou seja, a Lei 9.099/95 apenas pressupõe o *crime* como um conceito jurídico. De tal modo, quem eventualmente pretenda aplicar o critério do Supremo logo verá que ele enreda um raciocínio que não se completa, que é mais ou menos o seguinte: para saber se um ilícito tem natureza criminal, deve-se consultar se para ele foi previsto o rito sumaríssimo; mas a lei que dispõe sobre o rito sumaríssimo diz que ele se aplica a crimes. Ao final, o critério falha por incompletude e o conceito continua indefinido.

Do mesmo tipo é o erro no segundo caso, em que a argumentação remete ao regime de prescrição: enquanto o critério proposto pelo Supremo diz que um tipo normativo terá natureza criminal quando o seu regime de prescrição for o mesmo do Código Penal, o Código Penal dispõe que o seu regime de prescrição se aplica a crimes.³³

E assim se percebe que na Lei 9.099/95, e no Código Penal, a noção de crime é apenas admitida. Estas leis não podem contribuir para a definição de um conceito que elas apenas pressupõem. Portanto, aqueles que seriam os dois outros critérios de definição de crimes não foram realmente indicados pela decisão do Supremo. Os critérios para a definição de crime utilizados no julgamento não foram apresentados e a qualificação dada ao art. 28 da Lei 11.343/06 não tem fundamento racional conhecido. Sem apoio em raciocínio lógico, o que foi apresentado na argumentação é qualquer outra coisa diferente de fundamentação. Se este encobrimento se harmoniza com o princípio constitucional da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, certamente só o faz por alguma perspectiva peculiar também não revelada.

3.4.2 Precauções contra a retórica

Constatada a ausência de critérios no julgamento do Supremo, o restante da argumentação passa a carecer de sentido. E não parece demandar verdadeiramente refutação. Isto se nota, por exemplo, no ponto em que a argumentação diz que teria ocorrido “despenalização sem descriminalização”, uma afirmação que faz surgir a curiosa figura de um

³² Na lei, como é manifesto, os termos *infração penal de menor potencial ofensivo* e *crime de menor potencial ofensivo* se equivalem e remetem a um grupo especial de *crimes*: aqueles considerados de gravidade relativamente inferior, porque possuem pena cominada de privação de liberdade em até dois anos.

³³ Tanto quanto a Lei 9.099/95, o CP não contém uma definição de *crime*. Quanto ao regime de prescrição do CP, veja-se em especial: “Art. 109 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.”

“crime sem pena” e consegue contrariar, a um só tempo, a experiência histórica e a intuição. Não obstante, pode-se ainda considerar o que teria sido um argumento de reforço do julgamento, que buscou apoio em interpretação sistemática da Lei 11.343/06.

É que o Supremo, apontando para o aspecto topográfico do texto legal, já que o artigo 28 foi inserido em um capítulo denominado “Dos crimes e das penas”, disse que não se pode pressupor o despreço do legislador pelo rigor técnico. Neste caso, se é verdade que o ideal de sistematização depende de coerência analítica, é menor a força do argumento, já que ele é apresentado na sequência de um vício de argumentação pouco sutil. Mas se o argumento for considerado apenas pelo que diz, o mais urgente é indagar a que tipo de “rigor técnico” teria sido a referência. Porque a lei não parece se conciliar bem com a noção de sistematização de crimes.³⁴

No ponto, porém, o principal é precaver-se quanto a aspectos meramente terminológicos. Uma qualificação normativa pode envolver, ou até demandar, a constituição de uma nomenclatura. Mas não pode violar princípios formais de base. Incoerências analíticas, além de não servirem a fins teóricos, ainda podem perturbar o entendimento e levar a perplexidades. E este é um caráter pernicioso que não se altera pelo uso de rótulos impróprios. Um tipo normativo não pode ser reconhecido como crime apenas porque assim foi chamado pela lei. O nome é um rótulo, um signo distintivo baseado em caracteres acessórios, extrínsecos ao fenômeno, e por isto está num nível superficial de conhecimento. Já a natureza jurídica é determinada pelas características que são próprias à essência conceitual e isto não deveria escapar a olhares mais treinados. Se uma coisa perdeu uma das características essenciais que lhe determinavam a existência, não é correto afirmar que ela permanece sendo o que era. Seria um absurdo, alerta Susana de Castro, aceitar que Sócrates possa ser homem durante o dia e se transformar em lobo durante à noite; mas absurdo maior seria continuar a chamar esse lobisomem de Sócrates.³⁵

³⁴ O artigo 28, por exemplo, está no capítulo III, nominado “Dos crimes e das penas”, por sua vez inserido no título III: “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”. Mas todos os demais preceitos incriminatórios da lei estão em outro título (estão no capítulo II, do título IV: “Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”). Ou seja: se a posse de drogas para consumo próprio for tomada como um crime, a lei teria tratado ilícitos da mesma espécie em títulos diferentes. Já no capítulo III, do título III, onde é anunciado o tratamento de uma pluralidade (“Dos crimes e das penas”), a lei dispõe sobre uma mesma classe de ações (que é a posse de drogas para consumo próprio). E o capítulo II, do título IV, anuncia o tratamento apenas “dos crimes”, apesar de que também dispõe sobre penas. Ou seja, as designações da lei para seus tópicos não correspondem exatamente aos respectivos conteúdos.

³⁵ CASTRO, Susana de. *A teoria aristotélica da substância*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 47.

4 SOBRE A ATRIBUIÇÃO DE NATUREZA *SUI GENERIS* AO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

Considerados os objetivos e limites deste artigo, é ainda pertinente direcionar alguma atenção à opinião expressada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, em artigo que foi citado e parcialmente transcrito pela decisão do STF.³⁶ Em síntese, aqueles autores qualificam o artigo 28 da Lei 11.343/06 como uma infração penal *sui generis*, dizendo que ele é uma peculiaridade decorrente de uma “descriminalização formal”.³⁷

No que mais importa constatar, aqueles autores dizem que ainda se trata de um ilícito, de uma conduta proibida, que deixou de ser crime e que também não é contravenção porque não possui cominada a pena de prisão.³⁸ Ou seja, o critério da LICP é aceito para decidir que o tipo normativo não é crime e quanto a isto nada precisa ser dito. A opinião expressada, porém, merece oposição quando passa a cogitar que o artigo 28 da Lei 11.343/06 seria uma excepcionalidade, o que aparece condensado na seguinte afirmação: “o fato foi transformado de crime para infração penal *sui generis*”.³⁹

De início, uma exigência de refinamento pode ser direcionada ao uso do termo “fato ilícito”, que no artigo aparece reiterado, mas que a rigor não tem sentido técnico preciso. Como já se mencionou supra, *ilicitude* é predicado qualitativo exclusivo do agir humano, quando relevante juridicamente. Apenas a ação do homem pode ser conforme ou disforme ao direito. Apenas um *ato* pode ser lícito ou ilícito, nunca um *fato*. Mas a objeção que precisa constar diz respeito à falta de justificação racional para enxergar o caso como algo *sui generis*. Para se justificar logicamente, esta qualificação teria que fornecer as razões pelas quais um tipo normativo pode ser considerado incluído no grupo das *infrações penais* e depois apresentar a causa da afirmada excepcionalidade.

Quanto ao primeiro ponto, os autores apenas mencionam a alteração legislativa como uma “descriminalização formal”, um fenômeno por eles explicado como algo “que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do campo do direito penal”.⁴⁰ Depois eles dizem que a natureza “é penal porque o art. 28 não foi retirado do mundo do direito penal”. O problema é

³⁶ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 110–142. O entendimento de Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches foi também desenvolvido em livro. As referências que a seguir se fazem consideram a publicação em livro.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 120.

³⁸ A LICP é expressamente mencionada como fundamento pelos autores: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Op. cit., p. 121.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 124.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 120.

que estas proposições enunciam tautologias e não algo significativo.⁴¹ Elas deixam sem explicação a pergunta sobre quando um ilícito pode ser considerado “no campo do direito penal” – e aí o que fica para ser notado é o caráter contraintuitivo do conteúdo proposicional que diz que *o tipo normativo deixou de ser crime sem sair do campo penal*.

No segundo ponto, o erro formal parece ser ainda mais claro. Os autores afirmam que o tipo é *sui generis* porque ele não se adequa à classe dos *crimes*, das *contravenções* ou dos *ilícitos administrativos*. Este falso raciocínio aparece sintetizado no trecho em que os autores afirmam que o artigo 28 da Lei 11.343/06 “[...] não é ‘crime’, não é ‘contravenção’ e tampouco é um ‘ilícito administrativo’: é um ilícito *sui generis*.”⁴² Neste caso, o erro é causado pela não percepção de que as classes consideradas na divisão não são completamente exaustivas quanto à classe de origem. Só que os ilícitos não se dividem apenas em *crimes*, *contravenções* ou *ilícitos administrativos* e quanto a isto já se forneceu o exemplo dos atos de improbidade administrativa – uma espécie de ilícito que também não se adequa a qualquer das classes mencionadas.

Alguém disposto a defender a qualificação “*sui generis*” poderia acaso dizer que o peculiar do artigo 28 da Lei 11.343/06 seria o fato de *ser uma conduta não criminal que deve ser processada perante o JECRIM*, uma característica não presente nos demais ilícitos não criminais. Os autores sugerem tal possibilidade quando (aproximando-se da argumentação do Supremo), afirmam que “O art. 28 é penal também em outro sentido: caso não haja transação penal, as penas são impostas em sentença final, dentro do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais”.⁴³ Só que isto levaria o entendimento ao campo da irrelevância ou superficialidade. Porque a característica que estaria sendo considerada não é intrínseca do tipo normativo que está sendo qualificado. Ela é acidental, sujeita a variação. É algo externo, que não representa a essência, e que por isso rebaixa o nível do conhecimento. Regras de processamento, como a competência, são contingências e não fazem o ilícito ser o que é, verdadeiramente. Elas existem por uma causa transeunte: uma previsão do direito positivo, que poderia ser qualquer outra.⁴⁴

⁴¹ Pode-se imaginar que, no texto, o uso da expressão “infração penal” (utilizada pelos autores como sinônimo de “ilícito penal”) estaria fazendo referência a “direito penal”, assim entendido o ramo jurídico ligado à aplicação de penas. Mas como já deve ter ficado claro, a expressão “direito penal” soa equívoca quando se percebe que a aplicação de penas está presente em áreas do direito em que não atua a noção de crime. Qualquer que seja a interpretação dada ao texto, entretanto, não é possível livrá-lo de toda contradição. Ele não cultiva a preocupação de trabalhar com classes lógicas mutuamente exclusivas, apesar de lidar com classificação. Veja-se, a propósito: o tópico que diz que a alteração legislativa é um caso de “descriminalização”, e não de “legalização” ou de “despenalização”, é o mesmo onde se lê que “o art. 28 retrata mais uma hipótese de despenalização” (GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 119-120).

⁴² GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

⁴⁴ A título de exemplo: se for admitido que muitas aplicadas pelo JECRIM por litigância de má-fé sejam por ele mesmo processadas, esta característica já não seria uma exclusividade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Quando se trata de conhecer a natureza de um objeto qualquer, devem-se considerar as suas características essenciais. Antes de saber se um objeto possui determinadas características, interessa conhecer o objeto em si, enquanto unidade substancial livre de características acidentais.

Ao final, na suma das suas afirmações, os autores acabam dizendo que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é um *ilícito penal punido com sanções não privativas de liberdade*.⁴⁵ Mas isto foi o que disse o STF. Em última análise, conquanto tenham se apresentado em oposição ao julgamento do Supremo, os autores acabam incidindo no mesmo tipo de erro, que é propor qualificação lógica para o tipo normativo sem fornecer a correspondente justificação.

Em verdade, o tipo do artigo 28 da Lei 11.343/06 nada tem de *sui generis*. Quando deixa de ser crime, por ausência da cominação de privação de liberdade, a conduta de possuir drogas para consumo pessoal apenas passa ao campo dos ilícitos não criminais; e, dado o tipo de penas a que está sujeita, equipara-se a tantas outras. O órgão judiciário perante o qual deva ocorrer o processo é questão secundária. A crença de que aquele tipo normativo tem alguma peculiaridade *a priori* decorre de erros lógico-formais, muito comuns na teoria jurídica, e tem sua causa mais evidente no empenho para discutir classificações sem uma incursão na lógica. Na base de boa parte das ingenuidades e erros formais que amiúde se constata no discurso jurídico, está a desconsideração, quando não o desconhecimento, de leis e princípios formais que constituem os fundamentos apriorísticos do direito. Encontrar a *natureza* de conceitos, jurídicos ou não, é uma operação mental que demanda classificação, e o modo de se fazer uma classificação é, basicamente, um assunto de lógica. Qualquer proposta de classificação precisa respeitar a legalidade ideal de essências que rege a compatibilidade e a conexão entre sínteses categoriais. Diferenciar por classes (ou por categorias) é uma típica distinção por forma, que pertence ao campo da lógica, que por isso não pode ser descurada.

5 SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO PRECEDENTE

Há um problema de racionalidade na decisão do Supremo, sobre a natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06. Conquanto tenha afirmado que um tipo normativo pode ter a

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 120. *V.g.*: “o fato descriminalizado formalmente só perde (‘formalmente’) a característica de ‘crime’, mas é punido com outras sanções”. Ou, ainda: “*Re melior perperse*: aprofundando e esclarecendo nosso posicionalmente lançado na primeira edição deste livro, não se operou a *abolitio criminis*, no sentido de que o fato foi retirado do direito penal. Isso não ocorreu. De acordo com nossa opinião, o fato foi transformado de crime para infração penal *sui generis*.” (Op. cit., pp. 123-124).

natureza criminal mesmo sem a cominação de prisão, ele não estabeleceu as novas significações possíveis do conceito jurídico de crime, que constituía o objeto do seu julgamento. Esta é a sua mais destacada falha: afirmar a existência de outros critérios de definição que ele próprio não foi capaz de apresentar.

Aparentemente, o Supremo percebeu que era sua a incumbência indicar os novos critérios do que seja uma ação criminosa, já que negou aplicação ao critério da LICP. Na sua decisão até ressoa a promessa de que em seu próprio horizonte seria possível avistar o surgimento dos novos critérios de definição. Mas, desnudadas as suas razões, o Supremo aparece aplicando critérios que ele supostamente determinou, mas não apresentou. E enunciando uma espécie de significação subjetiva, uma atribulada e não justificada alternativa que agrega instabilidade ao sistema e compromete a segurança jurídica. Ao final, o que ele não disse é por quais razões o artigo 28 da Lei 11.343/06 é crime. O julgamento, em boa medida, põe a questão de saber se o Supremo identifica alguma contribuição da lógica para as suas decisões. É natural supor que o entendimento quanto ao que seja um critério lógico participe de discussões quanto à natureza jurídica de conceitos jurídicos. Noções elementares utilizadas por qualquer classificação, tais como *conceito*, *classe*, *natureza*, *gênero* e *espécie*, são conceitos lógicos, dos quais não se pode tratar fora das leis e dos princípios da lógica.

A um olhar atento, a impressão que fica é que uma conduta típica pode ter natureza criminal apenas pela vontade da jurisprudência. E que o discurso jurídico pode ser alógico. Pelo que foi decidido naquele julgamento, o tipo normativo do artigo 28 da Lei 11.343/06 é crime. Mas retira a justificação da sua natureza criminal de um argumento de força. Se existiam razões lógicas para que ele possa ser considerado crime, não se sabe. Já quando se desloca o foco do que o STF quis dizer para o que foi dito, a impressão que fica é que o desejo de que tais razões existissem foi maior que a capacidade de apresentá-las. Neste ponto, a impressão que fica é que o nome dado à coisa pode ser mais temido que a própria coisa. Exatamente como já havia sinalizado o legislador da Lei 11.343/06. Ao mesmo tempo em que não realizou uma função jurídico-científica, que seria indicar com nitidez uma linha divisória fixa para a noção de crime, o STF também não teve coragem para declarar a descriminalização da conduta, furtando-se à realização de uma função jurídico-política – que aparentemente tem exercido em outras ocasiões, nem sempre nos limites do desejável.

As implicações do precedente vão além do tema das drogas, que possui um conjunto de ilícitos historicamente relacionados a classes sociais menos favorecidas. O que o STF fez foi atribuir vagueza a um conceito basilar de direito criminal, a ponto de tornar indeterminada a

sua extensão denotativa. Bem ou mal, a LICP dispõe um critério objetivo para determinar o conteúdo que um tipo normativo precisa ter para possuir natureza criminal. A partir do precedente, o que se sabe é que um crime pode vir a ter qualquer outro conteúdo.

Saber por que decisões como esta não resgatam os temores de épocas primevas do direito criminal não é tarefa para uma análise formal. Aqui, no máximo, pode-se apontar que o caso também interessa por fazer notar como se comporta certo “garantismo” brasileiro, na sua formidável capacidade de não se vexar por suas oscilações grosseiras. Especificamente quanto ao dever de motivação das decisões judiciais, não há “garantista” brasileiro que se furte a apontá-lo como uma garantia constitucional fundamental. Mas a convicção parece não ser sempre a mesma. Desta vez, foram poucos e menos convictos os seus textos, normalmente oferecidos no tom de quem está perdendo para alguma conspiração. Mas quando não estão envolvidas as gostosas expectativas que garantem as castas mais elevadas do estrato social, acaba faltando quem diga à jurisprudência que ela não pode mudar por conta própria as estacas de divisas conceituais. Enquanto se acirra no Brasil a aborrecida disputa entre garantistas e não garantistas, questões como a legitimação do Poder Judiciário, os limites da interpretação criativa do ordenamento ou a sistematização racional do direito seguem adiadas como empreitadas não urgentes. Nutrida pelo gosto nacional por teorias vagas, a justiça criminal brasileira segue deixando sinalizado que se considera imune a pecados de racionalidade, e anunciando que não precisam ser temidas as implicações da reconstrução interpretativa do ordenamento. Mil indícios sugerem que este é só mais um, nos casos em que ela imita uma renhida doutrina, no emprego de razões impertinentes como forma de ocultar engajamento. Um dos objetivos deste artigo é se apresentar como uma forma de reação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de *crime* é fundamental para um ramo jurídico, que é o direito criminal. A modernidade se propôs a isolar o conceito, em busca de maior proteção aos acusados em geral, por conta da cominação das penas consideradas as mais severas num dado ordenamento. Nem por isso ele tem sido sempre caracterizado de modo preciso, o que deixa sugerido que o tema é permeado por considerável descuido pela precisão lógica e que o direito criminal não repele definições racionalmente inconsistentes. A insuficiência do conhecimento sobre os limites do conceito possui uma relevância superior à que vem sendo percebida. Para enfrentar

questionamentos minimamente críticos, definições de conceitos técnicos precisam de superior precisão.

No caso das dúvidas geradas pelo artigo 28 da Lei 11.343/06, o STF frustrou expectativas de coerência e racionalidade, deixando perceptível que as hesitações da doutrina criminal estimulam certa tendência à confusão. E que o preço de inconsistências formais pode ser mais que a perda de coerência. A superação demanda encontrar o fundamento lógico da identificação.

Numa formulação lógica do pensamento jurídico atual, a possibilidade jurídica de que o caso finde em aplicação das penas mais severas do ordenamento é que funda a significação autônoma do conceito de crime. Numa ordem jurídica como a brasileira, que reconhece a privação de liberdade como a pena de maior severidade, é logicamente incorreto, e semanticamente impróprio, afirmar a natureza de crime para uma conduta típica não punível com a privação de liberdade, seja de forma isolada, alternativa ou cumulativa. Sem referência à cominação da pena de privação de liberdade, perdem sentido as distinções que se supõem entre crime e ilícitos não criminais e as relações que se sugerem para as consequências jurídicas de uma e outra classe.

REFERÊNCIAS

BAKAOUKAS, Michael. *The conceptualisation of “crime” in classical greek antiquity: from the ancient greek “crime” (krima) as an intellectual error to the christian “crime” (crimen) as a moral sin*. ERCES (European and International research group on crime, Social Philosophy and Ethics), 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução ao espanhol Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

CASTRO, Susana de. *A teoria aristotélica da substância*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1982.

DAHLBERG, Ingetraut. *Fundamentos teórico-conceituais da classificação*. Revista de Biblioteconomia de Brasília. Brasília, v. 6, n. 1, jan./jun. 1978.

DAHLBERG, Ingetraut. *Teoria da Classificação, Ontem e Hoje*. In: Conferência Brasileira de Classificação Bibliográfica, 1972, Rio de Janeiro. Anais. Brasília: IBICT/ABDF, 1979, v. 2, pp. 352–370.

DEVOTO, Giacomo. *Avviamento alla etimologia italiana*. 14. ed. Florencia: Felice le Monnier, 2002.

ECO, Umberto. *Da árvore ao labirinto*. Tradução Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Record, 2013.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4. ed. Paris: Klincksieck, 1994.

FERNANDEZ, Rosali P. *Classificação – Um Processo Fundamental da Natureza Humana*. Conferência Brasileira de Classificação Bibliográfica. Rio de Janeiro, 12–17 de setembro de 1972. Anais. Brasília, IBICT/ABDF, 1979.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FONTINHA, Rodrigo. *Novo dicionário etimológico da língua portuguesa*. Porto: Domingos Barreira, [1998?].

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

GLOCK, Hans-Johann. *O que é filosofia analítica?* Tradução Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2011.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUNGRIA, N. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 1, n. 1, pp. 24–31, 1945.

HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*. Tradução ao espanhol Manuel G Morente y José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução ao espanhol Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KAUFMANN, Felix. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução José Augusto Guilhaon de Albuquerque. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LANGRIDGE, Derek. *Classificação: abordagem para estudantes de biblioteconomia*. Tradução Rosali P. Fernandes. Rio de Janeiro: Interciência, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

MARITAIN, Jacques. *Lógica menor*. Trad. Ilza das Neves. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1972.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introduccion a la logica juridica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

MUNIZ, Fernando. *Prova proibida*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ONIONS, C.T (ed.). *The oxford dictionary of english etymology*. Oxford: Oxford at the Clarendon Press, 1985.

OXFORD UNIVERSITY. *Dictionary of Law*. 5. ed., Elizabeth A. Martin (ed.), Oxford University Press, 2003.

PFÄNDER, A. *Lógica*. Tradução ao espanhol J. Pérez Bances. Madrid: Revista de Occidente, 1933.

POMBO, Olga. *Da classificação dos seres à classificação dos saberes*. Revista da Biblioteca Nacional de Lisboa, nº 2, 1998.

REY, Alain (éd.). *Le dictionnaire historique de la langue française*. Paris: Dictionnaires le Robert, 1992.

ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugenio. *Lógica*. Buenos Aires: Espasa, 1951.

SALMON, Wesley C. *Lógica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

SILVA, Guido Gómez de. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

SILVA, José Geraldo da. *Teoria do crime*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2010.

TARSKI, Alfred. *Introducción a la lógica*. Tradução ao espanhol T. R. Bachiller e J. R. Fuentes. 2. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1968.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.