

Inconstitucionalidade do Artigo 40, Inciso VII, da Lei de Drogas por Inobservância ao *Ne Bis In Idem* e Violação à Proibição de Excesso

PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA

Professor de Direito Penal e Processual Penal da Ulbra (São Jerônimo/RS) e Univates (Lajeado/RS), Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Doutorando em Ciências Jurídico-Penais, Advogado Criminal, Pesquisador Credenciado ao CNPq.

DOI: 10.11117/22361766.24.01.07

RESUMO: O artigo trata sobre o tradicional princípio *ne bis in idem* e sua qualificação como princípio constitucional, bem como sobre o crime de financiamento ou custeio ao tráfico de drogas e a majorante da pena de financiamento ou custeio ao tráfico. Analisa-se, em um primeiro momento, a inobservância ao *ne bis in idem* já pelo legislador, como hipótese de violação ao princípio da proibição de excesso, sendo que, em segundo momento, identifica-se a majorante do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas, como hipótese manifesta de violação ao princípio *ne bis in idem*, por autorizar a dupla punição; por fim, identifica-se o dispositivo como inconstitucional ante a falta de ponderação entre os objetivos punitivos da lei e os meios empregados para tal.

PALAVRAS-CHAVE: *Ne bis in idem*; proibição de excesso; tráfico de drogas; direito penal.

ABSTRACT: The article discusses the traditional principle *ne bis in idem* as a constitutional principle, the crime of payment or financing to the drug trafficking and the cause of increased of the punishment of payment or financing to the trafficking. First, it analyzed to breach the *ne bis in idem* by the legislature, as a hypothesis to breach the principle of prohibition of excess. Secondly, it identified the cause of increase in art. 40, VII of the Law of Drugs, as a hypothesis of violation of the principle *ne bis in idem*, because it allows a double punishment. Finally, the norm is identified as unconstitutional because of the lack of balance between the purpose of punishment of the law and the means adopted to that.

KEYWORDS: *Ne bis in idem*; prohibition of excess; drug trafficking; criminal law.

SUMÁRIO: 1 *Ne bis in idem* e o princípio constitucional da proibição de excesso (proporcionalidade); 2 A majorante do artigo 40, VII, da Lei de Drogas; 3 O artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas e o princípio da proibição de excesso; Referências bibliográficas.

1 *NE BIS IN IDEM* E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO (PROPORCIONALIDADE)

O princípio *ne bis in idem*, que vem do direito romano e faz parte da tradição democrática do direito penal, nada mais é do que corolário do ideal de justiça, uma vez que determina que jamais alguém pode ser punido duas

vezes pelo mesmo fato¹. Dito de outro modo, jamais uma mesma circunstância pode ser levada em consideração mais de uma vez para punição de um mesmo indivíduo, e isso para evitar a dupla punição².

Tal princípio não está consolidado expressamente em preceito constitucional (se comparado com o modelo constitucional alemão, que o prevê expressamente³). Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, cujo acórdão é da lavra do Ministro Ilmar Galvão, ressaltou que:

“A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.”⁴

Ad comparandum, o próprio princípio da proporcionalidade não existe, no Brasil, enquanto norma expressa, mas sim como norma esparsa no texto constitucional, cuja noção se infere de outros princípios que lhe são afins e de posituação do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal⁵. Diferentemente do princípio *ne bis in idem*, no modelo constitucional alemão o princípio da proporcionalidade não constitui norma escrita. Assim, Mendes, Coelho e Branco referem que, “no direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), qualidade de norma constitucional não escrita”⁶.

De acordo com isso, se o princípio *ne bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto pela Constituição Federal, significa que possui *status* constitucional e, nesse sentido, pode-se dizer que está previsto

- 1 Assim HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., 1990, p. 318 (há tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva, sob o título *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: safe, 2005); igualmente NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., 2002, p. 169, referindo expressamente “*ne bis in idem = es darf wegen der gleichen Sache nicht zweimal bestraft werden*”; igualmente JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3. Aufl., p. 140-141.
- 2 A respeito, inclusive, já referiu o Supremo Tribunal Federal que “a lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do *non bis in idem*: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime” (STF, Ext. 871-4/República da Grécia, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 12.03.2004).
- 3 O princípio está previsto expressamente na GG (Lei Fundamental alemã), no art. 103, alínea 3, que refere: “Ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato com base nas leis penais gerais” (tradução livre).
- 4 STF, HC 80.263/SP, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 27.06.2003; no mesmo sentido, mais recentemente: STF, HC 86.606/MS, 1ª T., Relª Min. Cármen Lúcia, DJ 03.08.2007, p. 86, *in verbis*: “A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar”.
- 5 Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 434; em sentido semelhante, FILHO, Nagib Slaibi. *Direito constitucional*, p. 121, porém restringindo-se a afirmar que, na Constituição de 1988, não há adoção expressa do princípio da proporcionalidade, mas que está implícito em outros princípios.
- 6 Conforme MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 320.

naqueles preceitos que tutelam o direito à liberdade e sua positivação; por conseguinte, assenta no mesmo art. 5º, § 2º. Referido dispositivo estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tendo em vista o teor de tal preceito, já afirmaram Grinover, Fernandes e Gomes Filho que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporada ao sistema brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, em nível constitucional (art. 5º, § 2º), prevê, no art. 8º, nº 4, expressamente o princípio *ne bis in idem*⁷. A isso acrescentamos, ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado ao sistema brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002, que prevê, igualmente de forma expressa, o princípio *ne bis in idem*, em seu art. 20.

Outrossim, uma vez que tal princípio é erigido à categoria de princípio constitucional, temos que assume dupla função.

A primeira função seria dirigida ao legislador, o qual, tendo uma visão ampla de todo o ordenamento jurídico, não pode (jamais) produzir ou permitir incompatibilidades ou rupturas no sistema, que conduzam à criação de regras que afetem (quer suprimindo, quer reduzindo) as garantias dos cidadãos; isso como decorrência do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) que “se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”⁸. Nesse sentido, como referem Hauptmann e Rübenstahl, “o legislador sem dúvida pode, de acordo com discricionariedade apropriada, introduzir novos tipos penais, quando o preceito estiver conforme à Constituição e, principalmente, for proporcional”; para isso, “é suficiente que a lei seja necessária e adequada e não intervenha de maneira desproporcional no direito fundamental à liberdade geral de ação e (devido à pena privativa de liberdade cominada) à liberdade de locomoção afetadas pela ameaça de pena”⁹. Essa idéia corresponde à aplicação corrente do princípio da proporcionalidade como limite às limitações dos direitos fundamentais (proibição de excesso). Assim, a primeira função constitucional do princípio *ne bis in idem*, de ordem *garantidora*, diz, respeito às garantias constitucionais dos cidadãos por parte do legislador, já no momento de elaboração das leis penais. Uma lei penal que autorize a dupla punição, por estabelecer expressamente, por exemplo, uma circunstância como majorante de pena em relação a um crime, cuja circunstância já constitui elementar desse mesmo fato punível (portanto, integrando o tipo fundamental), é inconstitucional por violar o princípio da proibição de excesso, face à inobservância à vedação de *bis in idem*.

7 Compare GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal*, 2001, p. 52.

8 MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Op. cit., p. 320.

9 Conforme HAUPTMANN, Markus; RÜBENSTAHL, Markus. Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda – insbesondere gemessen am “Cannabis-Urteil” des BVerfG in *HRRS*, Heft 4/2007, p. 144.

Aliás, pode-se afirmar, ainda, que, por implicar autorização de dupla punição, tal lei seria injusta. E aqui apelamos à famigerada *fórmula de Radbruch*¹⁰, segundo a qual “a contradição entre a lei positivada e a justiça atinge uma medida tão insuportável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deve ceder à justiça”. A justiça *in concreto* somente se daria por meio da declaração de inconstitucionalidade do preceito violador de garantia fundamental.

A segunda função, propalada na doutrina em geral¹¹, de ordem *concretizadora*, é dirigida ao julgador e diz respeito ao rechaço à dupla punição, no sentido de que, quando da condenção, jamais o julgador pode levar em consideração mais de uma vez uma mesma circunstância em prejuízo do réu, evitando, assim, a dupla punição. De qualquer forma, cremos que a primeira função, inclusive, evita a arbitrariedade por parte do julgador. Isso porque o juiz está vinculado à lei e, como refere Hassemer, “a vinculação do juiz é elemento necessário de qualquer justiça consistente”¹². Assim, em havendo regra determinando, por exemplo, aumento de pena (majorante) e observando o julgador a respectiva circunstância fático-concreta que autoriza sua aplicação, deverá fazê-la incidir sobre a pena por se tratar de determinação legal. Ademais, os atos praticados pelos julgadores devem ser controláveis, tanto que este é o principal fundamento para o princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, da CF). E é somente a partir da motivação da decisão que se poderá vislumbrar a (in)observância ao princípio *ne bis in idem*. Veja-se por, exemplo, o caso de furto praticado em repouso noturno (art. 155, § 1º); quando da aplicação da pena, este aspecto não poderá ser levado em conta como circunstância judicial (art. 59) em desfavor do réu por ter facilitado a prática do delito, posto se tratar de majorante; caso contrário, haverá violação ao princípio *ne bis in idem*.

Resulta indubitável o *status* constitucional do princípio *ne bis in idem*; no entanto, a questão que surge a partir destas colocações é seguinte: a elaboração de uma lei que autoriza a dupla punição será inconstitucional por violação ao princípio *ne bis in idem* ou por violação ao princípio da proporcionalidade face à proibição de excesso? Cremos que a inobservância ao princípio *ne bis in idem* por parte do legislador, no caso de criação de lei que autorize a dupla punição, constitui sempre hipótese de violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*).

10 RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in *Rechtsphilosophie* (Organizada por E. Wolf e H.-P. Schneider), 1973, p. 345: “der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat”.

11 Compare na literatura brasileira: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Impetus, 2007. p. 128, 565 e 571; na literatura portuguesa: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 216.

12 Veja-se HASSEMER, Winfried. *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1989, p. 222. Porém, como adverte ainda o jurista de Frankfurt, “a ‘vinculação à lei’ significa que, na fundamentação de sua decisão, o juiz deve levar em conta a linguagem, a diferenciação dos problemas, as regras legais de decisão (e de concretização), o direito judicial, bem como a dogmática do direito”.

Isso porque o princípio da proibição de excesso se aplica a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculando, portanto, o legislador, a Administração e o Judiciário¹³; para verificar se tal princípio foi observado, faz-se necessário identificar se o ato praticado foi adequado, necessário e proporcional¹⁴. No caso, temos que a inobservância ao princípio da proibição da dupla punição implica em falta de ponderação, sendo, portanto, o ato carente de proporcionalidade, eis que se afigurará absolutamente desproporcional o ônus imposto ao cidadão e o objetivo punitivo perseguido pela norma. É suficiente observar quanto a isso a afirmação de Gilmar Mendes de que “a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”¹⁵, ou seja, deve-se verificar se o legislador não ultrapassou os limites da discricionariedade que lhe foi outorgada.

2 A MAJORANTE DO ARTIGO 40, VII, DA LEI DE DROGAS

Pois bem, a famigerada Lei nº 11.343/2006, a Lei de Drogas, inovou em alguns aspectos: elevou e criou penas, bem como tipificou novas condutas como crimes. Porém, manteve outros: sua própria caracterização como lei penal em branco¹⁶ por excelência, a sistemática de estipulação de marcos legais para o número de dias-multa no tocante à multa cominada, assim como a ruptura à teoria monista adotada no art. 29 do CP, no tocante ao concurso de pessoas. Entretanto, uma das principais inovações está disposta no art. 36, que dispõe expressamente: “Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta lei”. O dispositivo tipifica o (inexistente na legislação anterior, qual seja, a Lei nº 6.368/1976) crime de financiamento ou custeio para o tráfico.

Naturalmente não se pode entender que as condutas previstas no referido dispositivo sejam idênticas, isso porque a conduta de *financiar* compreende

13 Assim CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 264.

14 Veja-se KUDLICH, Hans. Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, in *Juristenzeitung*, Heft 3, 2003, p. 130; compare ainda ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, p. 269, referindo que a adequação e a necessidade resultam da dependência da medida indicada para o cumprimento da possibilidade *material*, ao passo que a proporcionalidade (em sentido estrito) pode-se deduzir da relação com a possibilidade *jurídica*.

15 MENDES, Gilmar et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 248-249.

16 Sobre isso é oportuno mencionar Salo de Carvalho, que ressalta o fato de que “a técnica dos preceitos em branco gera profunda crise no sistema formal de legalidade, pois permite que o executivo estabeleça o conteúdo formal do tipo penal” (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 168) e por isso assevera, mais recentemente, que “os artigos base dos preceitos incriminadores da Lei nº 11.343/2006 incorporam na estrutura do direito penal das drogas estes efeitos da descodificação (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 186)”; sobre leis penais em branco, ademais, SILVA, Pablo Rodrigo Afflen. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

o ato de fornecer, disponibilizar dinheiro, fundos ou capital para algo, o que supõe a espontaneidade do agente ao colocar deliberadamente capital à disposição com o intuito de contribuir para o tráfico. Diferentemente, a conduta de *custear* compreende o ato de suportar, pagar despesas de alguém relativas a algo, mais especificamente despesas ou custos relativos à consecução do resultado ilícito.

Isso se pode vislumbrar melhor casuisticamente, ou seja, reportando-se ao aspecto material com as respectivas circunstâncias. Assim, por exemplo, se *A*, sabendo do intuito de *B* de proceder à importação de determinada quantidade de drogas sem autorização, deliberadamente coloca à disposição deste valores com a finalidade de contribuir com a prática do fato, praticará a conduta de *financiamento*. Por outro lado, se *B* leva a conhecimento de *A* o seu intuito de proceder à importação das drogas sem autorização, sendo que este último efetua o pagamento de despesas decorrentes da importação mediante solicitação de *B*, terá praticado a conduta de *custeio*.

Entendeu o legislador, no entanto, que tais condutas – do art. 36 – seriam as mais gravosas entre todas aquelas previstas nas demais normas incriminadoras dispostas na lei, posto que cominou pena de reclusão de 8 a 20 anos e pena de multa de 1.500 a 4.000 dias-multa. Em outras palavras, se analisarmos sob uma perspectiva causal, pode-se dizer que o legislador entendeu que as condutas ali previstas – no art. 36 – representariam não causas, mas sim *condições sem as quais*, por exemplo, o resultado tráfico não se produziria, daí o estabelecimento das sanções mais elevadas previstas na lei de um modo geral (tanto no que diz respeito à pena privativa de liberdade, como à multa). Entretanto, se essa colocação estiver correta, poder-se-á dizer que ali existe flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, eis que, por exemplo, a conduta de fabricar aparato destinado à preparação de drogas sem autorização, prevista no art. 34 da lei, também representa condição sem a qual o resultado tráfico não se produziria e, nesse sentido, assim como no art. 36, também deveria ser submetida a penas mais gravosas que as cominadas para as condutas previstas no art. 33, *caput*, da lei, e não, ao contrário, a penas mais brandas. Porém, descabe aqui perquirir a *voluntas* (ou *mens*) *legislatoris*, com o intuito de evidenciar uma inobservância ao critério da proporcionalidade no tocante às penas cominadas *in abstracto*.

No art. 40 da lei, por sua vez, o legislador previu uma série de condutas e circunstâncias (nos incisos I a VII) que autorizam o julgador a majorar a pena de um sexto a dois terços sobre as penas previstas nos arts. 33 a 37. E uma vez que a causa de aumento prevista no art. 40, por expressa disposição, deve incidir sobre as penas previstas nos arts. 33 a 37 da lei, evidentemente também deverá incidir sobre a pena prevista no art. 36, ou seja, sobre a pena daquele que procede ao financiamento ou custeio para o tráfico.

Contudo, no inciso VII do art. 40, o legislador determinou o aumento da pena do “agente que financiar ou custear a prática do crime”¹⁷. E quanto a isso parece que o legislador incorreu em excesso, que, inclusive, pode conduzir à inconstitucionalidade do preceito, como verificaremos a seguir.

3 O ARTIGO 40, INCISO VII, DA LEI DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

No art. 36 da Lei de Drogas, como dito, já foram previstas as condutas de *financiar* e *custear*, sendo que, pela análise do tipo objetivo, se constata que em qualquer hipótese o agente que financiar ou custear a prática das condutas previstas no art. 33, *caput*, e § 1º e no art. 34 da lei será submetido às penas cominadas para o crime de financiamento ou custeio ao tráfico (oito a vinte anos de reclusão). Nesse sentido, o comportamento consciente e voluntário de financiamento ou custeio para o tráfico conduzirá à caracterização do indivíduo como autor, desde que possua o domínio do fato (previsto no art. 36).

Mutatis mutandis, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas jamais poderá ser aplicada ao agente do crime tipificado no art. 36, caso contrário conduzirá a manifesto *bis in idem*. Afigura-se na hipótese flagrante violação ao princípio da proibição de excesso. O excesso dá-se pela falta de ponderação entre os objetivos punitivos da lei e os meios empregados para tal. Tal falta de ponderação é verificada à luz do princípio *ne bis in idem*, na medida em que o art. 40, inciso VII, da lei legitima a valoração de uma mesma circunstância mais de uma vez em prejuízo do réu, e isto porque tal princípio não padece lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional, implicando, por conseqüência, violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Todavia, vamos além em nossa fundamentação. A circunstância prevista no art. 40, inciso VII, da lei, *de per se*, constitui uma *contradictio in adjecto*. Isso porque não é só em relação ao agente do crime tipificado no art. 36 que a circunstância deve ser desconsiderada (por inobservância ao princípio *ne bis in idem*), senão em toda e qualquer hipótese de conduta que caracterize um dos crimes tipificados nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 da lei, uma vez que o *financiamento* ou o *custeio* para a prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 da lei, constitui a figura delitiva autônoma tipificada no art. 36. Assim, na situação anteriormente relatada, se *A*, sabendo do intuito de *B* de proceder à importação de determinada quantidade de drogas sem autorização, deliberadamente colocar à disposição deste valores com a finalidade de contribuir com a prática do fato, responderá pelo art. 36, pois praticou a conduta de *financiamento*, ao passo que *B*, ao efetuar a importação, responderá pelo art. 33, *caput*.

17 “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] VII – o agente financiar ou custear a prática do crime.”

Porém, neste caso, não se poderá aplicar a causa de aumento do art. 40, VII, em relação à A; caso contrário, haverá violação ao *ne bis in idem*.

O perigo de manutenção desse preceito na ordem jurídica radica justamente nos fundamentos da admissibilidade da reincidência. Esclarecemos: quanto à reincidência, em determinado momento, importante setor da doutrina pátria¹⁸ referiu ser inconstitucional por implicar dupla valoração do fato, posto que ele já foi julgado e, quando de sua reapreciação em outro processo, teríamos um segundo juízo sobre fato que já se encontra ao abrigo da coisa julgada, mas que teria reflexo em outro que não possui qualquer relação com o primeiro. Pois bem, quanto a isso a jurisprudência se obrigou a referir, por um lado, que, “quanto à reincidência, ela decorre de previsão legal e é considerada como obrigatória; não vinga a tese de inconstitucionalidade, não configura *bis in idem*”¹⁹; por outro lado, referiu que “a reincidência não configura *bis in idem* inadmissível, antes indicando maior censurabilidade da conduta, a atrair tratamento penal mais severo”²⁰. Assim, tem-se dois fundamentos a respeito: um diz que, por estar prevista em lei, a reincidência passa a não configurar *bis in idem*; o outro diz que a reincidência constitui *bis in idem*, mas não um *bis in idem* inadmissível (existe, portanto, um *bis in idem* admissível?!).

Diante disso, duas questões devem ser colocadas: a manutenção do disposto no art. 40, VII, da Lei Drogas, prevendo sua aplicação sobre os crimes tipificados nos arts. 33 a 37, não constitui violação ao princípio *ne bis in idem* porque decorre de previsão legal? Caracterizaria, então, a norma, uma hipótese de *bis in idem* admissível?

Creemos que a resposta à primeira questão recai justamente no problema da *proibição de excesso (Übermassverbot)*. Dizer que o simples fato de estar previsto em lei (e estando o juiz vinculado à mesma) impediria a caracterização de *bis in idem* seria o mesmo que dizer que é impossível haver vício de inconstitucionalidade substancial por excesso de poder legislativo. Entretanto, aqui nos valem da lição de Gilmar Mendes, ao afirmar que “o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador”; disso resulta que se reconhece “ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de

18 Compare, por todos, CARVALHO, Salo de. Antecedentes e reincidência criminal: abordagem desde o marco garantista. *Revista de Estudos Criminais*, 2001, v. 1, p. 109 e ss.; Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *Revista Jurídica*, 2000, v. 267, p. 124 e ss.

19 TJRS, Apelação-Crime nº 70023238090, 7ª Câmara Criminal, Rel. Alfredo Foerster, J. 10.04.2008.

20 TJRS, Apelação-Crime nº 70021941208, 7ª Câmara Criminal, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, J. 17.04.2008.

poder, em qualquer de suas formas”²¹. A aferição do excesso de poder envolve a apreciação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade da providência legislativa. O critério necessidade, conforme Kudlich, “exige que o fim perseguido não possa ser alcançado através de outro igualmente eficaz, porém menos gravoso”²², e o critério adequação pressupõe que o meio proporcione o fim, sendo que, “para isso, deve-se deixar para trás toda e qualquer dúvida a respeito da efetividade empírica do direito penal no que diz respeito à proteção de bens jurídicos”²³; já a proporcionalidade inexistirá ante a falta de ponderação, sendo, portanto, o ato carente de proporcionalidade, quando o ônus imposto ao cidadão e o objetivo punitivo perseguido pela norma se afigurarem absolutamente desproporcionais entre si.

Tendo isso em vista, é crível que referido preceito – art. 40, VII, da Lei de Drogas – compreende excesso de poder, eis que a finalidade punitiva perseguida é ultrapassada pelo ônus que se impõe ao cidadão, evidenciando absoluta falta de ponderação caracterizada pelo excesso de punição que afronta flagrantemente a vedação de *bis in idem* – como dito, princípio constitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal (*supra* 1) – e, portanto, afeta garantia individual. Conseqüentemente, pode-se afirmar a inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas, por violação ao princípio da proibição de excesso.

Já no que diz respeito à segunda questão, por evidente não caracterizaria *bis in idem* admissível. Afigura-se uma total incongruência falar em *bis in idem* inadmissível ou admissível. Trata-se de princípio de categoria constitucional, mais especificamente, como já verificado, de garantia individual; portanto, todo e qualquer *bis in idem* constitui afronta à Constituição; isso, principalmente, porque constitui princípio que não comporta exceção, nem mesmo por força de reserva legal (não se pode conceber – quiçá cogitar – exceção à idéia de proibição de dupla punição).

Em síntese, a previsão legal de aplicação da causa de aumento do art. 40, VII, aos crimes tipificados no art. 33, *caput* e § 1º, no art. 34 e no próprio art. 36 da Lei de Drogas constitui uma teratológica inconstitucionalidade. Aliás, cremos tratar-se de aspecto em relação ao qual o próprio legislador deva atentar, no sentido de promover a modificação do teor do preceito. Isso porque o dispositivo consolida (legítima) atentatória violação a postulados do Estado Democrático de Direito, mais especificamente um *bis in idem* autorizado (quiçá se possa dizer *determinado*) legalmente, que se afigura como manifesta violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*).

21 Conforme MENDES, Gilmar et al. Op. cit., p. 246 e 247.

22 Conforme KUDLICH, Hans. Op. cit., p. 130.

23 KUDLICH, Hans. Op. cit., p. 131.

Em face disso, concluímos, parafraseando Paulo Bonavides, ao afirmar que “admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador”²⁴.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *A política criminal de drogas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. Antecedentes e reincidência criminal: abordagem desde o marco garantista. *Revista de Estudos Criminais*, v. 1, p. 109, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FILHO, Nagib Slaibi. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Impetus, 2007.
- GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. Aufl. München: Beck, 1990.
- _____. Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz. In: KAUFMANN; HASSEMER. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 5. Aufl. UTB: Verlag, 1989.
- HAUPTMANN, Markus; RÜBENSTAHL, Markus. Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda: insbesondere gemessen am “Cannabis-Urteil” des BVerfG. *HRRS*, Heft 4, p. 141, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*, AT. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.
- KUDLICH, Hans. Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht. *Juristenzeitung*, Heft 3, p. 127, 2003.

24 Compare BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 436.

MENDES, Gilmar et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht*. Eine Einführung. 10. Aufl. Berlin: Luchterhand, 2002.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Rechtsphilosophie* (Hrsg. E. Wolf und H.-P. Schneider), 1973.