

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Marcelo Carvalho Costa

**ARTIGOS 28 E 33 DA LEI DE DROGAS – LESIVIDADE MÍNIMA, CONFUSÃO
ENTRE TIPOS E CONTROLE ESTATAL**

Porto Alegre

2023

MARCELO CARVALHO COSTA

**ARTIGOS 28 E 33 DA LEI DE DROGAS – LESIVIDADE MÍNIMA, CONFUSÃO
ENTRE TIPOS E CONTROLE ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2023

MARCELO CARVALHO COSTA

**ARTIGOS 28 E 33 DA LEI DE DROGAS – LESIVIDADE MÍNIMA, CONFUSÃO
ENTRE TIPOS E CONTROLE ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção de grau
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 13 de setembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Danilo Knijnik (orientador)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CIP - Catalogação na Publicação

Costa, Marcelo Carvalho

ARTIGOS 28 E 33 DA LEI DE DROGAS - LESIVIDADE
MÍNIMA, CONFUSÃO ENTRE TIPOS E CONTROLE ESTATAL /
Marcelo Carvalho Costa. -- 2023.

53 f.

Orientador: Danilo Knijnik.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Lei de drogas. 2. Drogas. 3. Confusão
legislativa. 4. Controle estatal. I. Knijnik, Danilo,
orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Agradeço aos que amo e àqueles que me acompanharam e apoiaram nessa mudança. Vocês sabem quem são. Muito obrigado.

Especialmente, agradeço à minha família. Dinamar, João, Melissa e Julia. Ainda mais especialmente, à Dinamar e ao João, pelo importante apoio material e sentimental que me deram nessa guinada. Valeu a pena.

Em toda escolha, uma renúncia. Nenhum arrependimento.

En un mundo que prefiere la seguridad a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad. En las calles de las ciudades, se celebran las ceremonias. Cada vez que un delincuente cae acribillado, la sociedad siente alivio ante la enfermedad que la acosa. La muerte de cada malviviente surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes. La palabra farmacia viene de phármaikos, que era el nombre que daban los griegos a las víctimas humanas de los sacrificios ofrendados a los dioses en tiempos de crisis

Eduardo Galeano – Patas arriba

RESUMO

Este estudo tem por objetivo fazer um apanhado histórico da legislação de controle de drogas no cenário internacional e a sua incorporação ao direito brasileiro, culminando na Lei 11.343/2006. Após, analisa brevemente os artigos 28 e 33 da referida lei, em face dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, analisando suas confusões e contradições. Por fim, faz um comparativo com a vigente legislação de drogas de Portugal, de ampla descriminalização dos usuários, e compara suas intenções e resultados em relação à atual discussão do tema na comunidade jurídica.

Palavras-chave: drogas, lei de drogas, ofensividade, perigo abstrato, confusão legislativa, norma penal em branco

ABSTRACT

This study aims to make a historical overview of drug control legislation in the international scenario and its incorporation into Brazilian law, culminating in Law 11.343/2006. Afterwards, it briefly analyzes articles 28 and 33 of that law, in view of the principles of minimal intervention and offensiveness, analyzing their confusions and contradictions. Finally, it makes a comparison with the current drug legislation in Portugal, with its broad decriminalization of users, and compares its intentions and results in relation to the current discussion of the subject in the legal community.

Keywords: drugs, drug law, offensiveness, abstract danger, legislative confusion, blank criminal norm.

LISTA DE ABREVIATURAS

AP - Ação Penal

Art. - Artigo

CDT - Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP - Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1	Introdução	11
2	Breve histórico do controle das drogas no Mundo	13
2.1	Desenvolvimento internacional do controle das drogas	13
2.1.1	Conferência de Xangai (1909) e Convenções Internacionais do Ópio (1912 e 1925) 14	
2.1.2	Primeira Convenção de Genebra e Segunda Convenção de Genebra (1931 e 1936) 15	
2.1.3	Convenção Única de Entorpecentes (1961).....	16
2.1.4	Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e Convenção Sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (1988)	17
2.2	Incorporação da temática das drogas ao Direito Brasileiro	18
3	Os Princípios em Direito Penal.....	30
3.1	Princípio da Intervenção Mínima (<i>ultima ratio</i>).....	33
3.2	Princípio da Lesividade (ofensividade)	34
4	Alternativas ao modelo atual de controle de drogas	36
4.1	A descriminalização em Portugal – a via legislativa e algumas nuances	37
4.2	O desenvolvimento de um novo tipo penal – o pequeno traficante.....	39
4.3	A descriminalização por decisão judicial – Supremo Tribunal Federal e o Tema 506 42	
5	Conclusão.....	48
6	Referências Bibliográficas	51

1 Introdução

Droga é uma palavra polissêmica, cujo conjunto de sentidos e significados possíveis é, não raro, extremamente carregado e constantemente combatido. Químico, estupefaciente, medicamento, tóxico, veneno, entorpecente, doce e remédio são apenas algumas das acepções possíveis de uma expressão cuja origem etimológica é, inclusive, nebulosa. Conforme nos aponta Rodrigues (2006), “*Como hipótese mais provável, considera-se o termo originado do holandês antigo “droog”, que significa folha seca, pois antigamente quase todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais*”.¹

O que não resiste à análise mais sincera e rigorosa, independente da proveniência da palavra, é a certeza de que a auto evidente carga que a acompanha reflete seu disseminado impacto. A droga é um fenômeno social central, de destacada relevância, historicamente apresentado como moldante de relações comunitárias e culturais, de formas deletérias ou benéficas e, como não poderia deixar de ser, tem sua relação com a sociedade mediada, também, pelo fenômeno jurídico. Quer seja na sua dimensão política, pré-legislativa, de definição de interesses da coletividade, quer seja na realização desses desejos por meio da manifestação legislativa, o direito tenta, há tempos, intermediar a relação das pessoas com as substâncias.

A literatura indica que o controle sobre as drogas despertou, historicamente, como um veículo de disseminação do *soft power* estadunidense sobre as áreas de domínio colonial europeu, sobretudo inglês. A difusão da mentalidade de controle e restrição de uso e produção de substâncias sobre territórios estrangeiros foi, somente depois, internalizado na política dos Estados Unidos. Dessa nova fase sobreveio o entendimento, cristalizado na figura do paradigmático *Harrison Act (1915)*, que redundaria, diversos anos após, durante a presidência de Richard Nixon, no *Controlled Substances Act (1970)*. Este produto intelectual foi ainda mais fortemente disseminado por Ronald Reagan, efigie do que se convencionou chamar de “Política de guerra às drogas”. A ideia estadunidense se disseminou no mundo na forma de um controle muito mais recrudescido, impingido pela força da política externa do país norte americano.

¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo

Novos modelos de controle da relação com estas substâncias despontaram gradativamente com o passar do tempo e, principalmente, diante da evidente derrota do modelo de guerra às drogas. Assim, as diversas novas soluções passaram a surgir: no continente europeu, sob a forma de uma diversidade de modelos, alguns com abordagem diretamente oposta àquela impelida pelos EUA. Como realçado exemplo, sobreveio o modelo de Portugal de ampla descriminalização e despenalização.

Ainda, no seio da própria fonte primeva da guerra às drogas, surgiriam, paulatinamente, novas abordagens, quer seja por meio de *opinions* da Suprema Corte - a exemplo de *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), em que se descriminalizou a conduta de ser adicto ao uso de narcóticos – quer seja por iniciativas dos estados, estas permitidas pela forma com que organizado o modelo federativo daquele país. A exemplo, mais recentemente, a *Oregon Measure 110* (2020), referendo que redundou no *Drug addiction treatment and recovery act*, que descriminalizou a posse de diversas drogas classificadas como *hard drugs*, com o objetivo, dentre outros listados, de modificar o foco, que sairia da punição criminal para a reabilitação através de serviços de tratamento de saúde, focado na recuperação de indivíduos sofrendo de adição.

O desenvolvimento de uma política de uso das substâncias em um contexto de comunidade internacional atingiu, como não poderia deixar de ser, o Brasil, reverberando nos diversos diplomas legislativos que trataram e tratam do tema. Seja pela simples internalização das convenções que, como signatário, o país recepcionou, seja pela atividade legiferante ordinária, a tônica proibicionista foi uma constante. Contudo, a legislação vigente se mostrou como um marco de tentativa de despenalização – ainda que não descriminalizante – do consumo pessoal de entorpecentes.

O primeiro capítulo do presente trabalho de conclusão de curso trata de fazer um breve apanhado histórico que descreve a evolução do controle das drogas no mundo, até sua cristalização no modelo de referência de guerra/combate às drogas. Após, analisa-se a incorporação desta vontade ao acervo legislativo nacional, culminando na Lei nº 11.343/2006, a lei de drogas vigente, e seu apêndice regulatório mais importante, a Portaria nº 344/1998 do Ministério da Saúde.

Em um segundo capítulo, procura-se examinar conceitos teóricos doutrinários de direito penal, sobretudo principiológicos, e a dissonância entre sua propalada intenção de proteção social e seu aparente resultado prático. No ponto, o trabalho se limitará a observar o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima, e seu choque com o crime de

perigo abstrato do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em face dos dados gerados desde a sua promulgação, bem como observada a confusão deste artigo com o art. 33 do mesmo diploma legal.

Por fim, parte-se para a análise de alternativa apresentada ao malfadado modelo atual de controle pela criminalização do usuário, sobretudo o modelo português de ampla descriminalização. Baseado em redução de danos e já estabelecido desde 2001 no país europeu, se apresenta como um exemplo disseminado entre os operadores do direito brasileiro. Abre-se um breve contraponto às medidas de tratamento que aquele modelo aplica e que, apesar de não criminalizantes, são evidentemente penalizantes e coercitivas, de discutível eficácia e constitucionalidade.

2 Breve histórico do controle das drogas no Mundo

O posicionamento de certas substâncias no campo da ilicitude é, como ocorrência disseminada, um fenômeno relativamente recente. A maior parte das drogas que hoje constam de listas restritas são conhecidas desde há muito, se mostrando desfundamentada a ideia de que seu consumo é um fenômeno contemporâneo. A novidade, em escala histórica, é, esta sim, a penalização dos usos, que, a partir do século XX, começaram a ser interditados por meio de imposições legais.²

2.1 Desenvolvimento internacional do controle das drogas

A utilização de substâncias com capacidades psicoativas – característica fulcro da questão do proibicionismo -, é ancestral e, além do uso médico (o qual também é estigmatizado, ainda que em menor intensidade), também são fartos, no Mundo todo, registros de usos importantes em contextos religiosos e sociais laicos. Há abundante literatura especializada que aponta que, como fenômeno humano, o uso de drogas pode ser considerado universal.

² RODRIGUES, Luciana Boiteux. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo

É notável que o uso de substâncias é, mais do que um problema isolado, uma parte inerente da história humana. Nesse sentido, Lunardon (2015, p.):

(...) é necessário perceber que a história da civilização é a história das drogas. Pois bem, é a história dos alimentos, do fogo, da escrita, do comércio e da política. E, também, das drogas. A história do proibicionismo, no entanto, é a mais recente, de todos os séculos já vividos ela tem apenas um. É há mais ou menos 100 anos -somente - que se proíbe o uso de certas drogas, assim consideradas ilícitas. A história da proibição destas drogas é definidora da história de como vivemos atualmente.³

2.1.1 Conferência de Xangai (1909)⁴ e Convenções Internacionais do Ópio (1912 e 1925)

As Guerras do Ópio, travadas no século XIX entre China Imperial e Inglaterra, foram resultado de uma política de dominância do país europeu que redundou em um profundo poder econômico da Coroa Britânica sobre a China, imposto pela força. O disseminado entendimento de que o ópio, em seus usos medicinais e hedonistas, havia se tornado um problema a ser controlado na China, e as limitações à venda – e, posteriormente, controle intenso imposto sobre o tráfico promovido por ingleses no país oriental -, desagradou a Inglaterra, que reagiu pela via militar.

Os Estados Unidos, organizador da Conferência de Xangai, despontava como potência à medida que declinava o poderio inglês, e, junto à China, se posicionava favorável à proibição do comércio do ópio. Inglaterra e os demais países europeus – controlando a produção de matéria prima e com destacadas indústrias farmacêuticas, por óbvio interesse econômico, projetavam a manutenção dos usos hedonistas e medicinais da substância.

A Conferência acabou por produzir um documento vago, não impositivo, mas que balizava, de forma genérica, a necessidade de redução deste mercado. Em que pese sem poder impositivo em seus resultados, ajudou a pavimentar futuros novos tratados. Ainda, conforme Rodrigues, nasciam aqui duas partes essenciais ao controle de drogas e centrais na argumentação estadunidense, quais sejam: apenas o uso médico e científico seria legítimo –

³ LUNARDON, Jonas Araujo. “Ei, polícia, maconha é uma delícia!”: o proibicionismo das drogas como uma política de criminalização social. 2015. 47f. Dissertação. (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁴ LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. Revista de Direito Internacional. Brasília. v. 10, n.2, p 53-65. 2013.

sendo corolário lógico disso a necessidade de criminalização dos demais usos -, e deveria haver um combate à oferta, que se daria, também, pelo ataque às áreas de produção.

A Primeira Convenção Internacional do Ópio (Convenção sobre o Ópio da Haia), de 1912, culminou na implementação internacionalmente disseminada deste controle almejado na forma de um documento. Agora, restava exigida a limitação da produção e venda de ópio e de seus derivados, como a conhecida morfina, além de se expandir o rol de substâncias proscritas: também a cocaína, de uso disseminado nas sociedades norte-americana e europeia, passava a constar das listas de proibições.

Novamente, os EUA se mostravam como incitadores de impedimentos, ao passo que as potências europeias tentavam se fazer valer de categorias de controle limitado, ou de categorizações vagas, como a do uso “quase médico” - definição que pretendia incluir formas de automedicação, usos correntes e habituais do ópio fumado. Contudo, prevaleceu a restrição, e foi sedimentada a cooperação internacional no controle, limitando o uso recreativo e permitindo o uso médico.

Os desdobramentos nas organizações dos países foram sentidos por meio de internalização nas legislações nacionais dos sentidos acordados naquela primeira convenção. O legislativo estadunidense acabou por aprovar, em 1914, o *Harrison Act*; Também na França e Reino Unido se observaram as ramificações dos novos modelos proibicionistas: em 1916 e 1920, com as aprovações da *Lois sur les drogues* e do *Dangerous Drug Act*, respectivamente. O compromisso da proibição externado, até então, no palco internacional, se firmava nas legislações nacionais dos signatários.

Em 1925 ocorre a Segunda Convenção Internacional do Ópio, que expande e burocratiza os instrumentos, em âmbito global, de compreensão e monitoramento de drogas. É criado o *Permanent Central Opium Board*, organismo ao qual os países alimentavam com dados relativos à produção e consumo interno.

2.1.2 Primeira Convenção de Genebra e Segunda Convenção de Genebra (1931 e 1936)

As restrições anteriormente estipuladas foram, cada vez mais, intensificadas pelas formulações em âmbito internacional que se seguiram. A Convenção Internacional para Limitar a Fabricação e Regulamentar a Distribuição dos Estupefacientes, de 1931 – ou Primeira Convenção de Genebra -, visava restringir ainda mais as drogas sabidamente usadas em

contextos médicos e científicos. A produção e armazenagem de drogas narcóticas ficavam, agora, restringidas às quantidades previstas para as necessidades dos signatários.

Em 1936, a sua vez, instaurou-se a Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas (Segunda Convenção de Genebra). Aqui, os signatários se obrigavam a punir com penas privativas de liberdade atos que fossem contrários às estipulações das Convenções da Haia e de Genebra. Em seu art. II, *a*, se apresenta uma lista de verbos que corporificavam ações vinculadas ao tráfico⁵. Houve também um reforço de cooperação jurídica internacional penal, a fim de regulamentar a extradição dos praticantes das condutas descritas. Já aqui, o relato é de uma destacada intenção estadunidense de criminalizar, além da produção e distribuição, o próprio uso pessoal sem objetivos medicinais, o que, contudo, foi rechaçado neste momento.⁶

2.1.3 Convenção Única de Entorpecentes (1961)⁷

É após a Segunda Guerra que se consolida, já sobre a égide da Organização das Nações Unidas, de forma hegemônica, o poder que os EUA vinham paulatinamente angariando no cenário internacional. Com o contexto de controle penal das drogas estabelecido, sobreveio a Convenção Única de Entorpecentes, que almejava substituir os tratados anteriormente tecidos sob um único guarda-chuva⁸. Aqui, as drogas são tratadas como um mal à saúde pública, e, os usuários, ou como doentes, ou como delinquentes. Cabe o destaque que, dos inúmeros núcleos verbais relacionados ao tráfico, a *posse* faz referência àquela com finalidade de tráfico, e não de uso, dado que a Convenção de 61 não criminalizava o consumo pessoal.⁹

Esta Convenção acabou por alargar ainda mais os limites das proibições, que abarcavam, agora, usos tradicionais de difícil precisão, tal como o uso não médico de *Cannabis*

⁵ BRASIL. Decreto N. 2.994, de 17 de agosto de 1938. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1938/d02994.html>>. Acesso em: 19 jul. 2023

⁶ RODRIGUES, Thiago. Política e drogas nas Américas. São Paulo: Educ, 2004. p. 58.

⁷ BRASIL. Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1964/d54216.html> Acesso em: 19 jul. 2023

⁸ LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. Revista de Direito Internacional. Brasília. v. 10, n.2, p 53-65. 2013.

⁹ LIPPI, Camila Soares. *op. cit*

sp ou o mastigamento da folha de coca. Ademais, esta nova convenção estabeleceu-se como marco de início de um movimento de militarização da segurança pública, com o combate mais incisivo das fontes produtoras.

2.1.4 Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e Convenção Sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (1988)

O escopo das Convenções anteriores é estendido, em 1971, na Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas¹⁰, para englobar substâncias psicotrópicas artificiais, tais quais o LSD, limitando-as aos usos médicos/científicos. Há um grande avanço, inclusive repressivo e simbólico, sobre segmentos da sociedade estadunidense que estariam culturalmente ligados a estas substâncias, como os *hippies*¹¹. Importa referir que não há, em um primeiro momento, uma obrigação cogente de os signatários criminalizarem o consumo das substâncias aqui controladas, e que, pelo menos, se propagandeava a escolha e a soberania das legislações internas. Essas ressalvas à soberania dos signatários se mostravam, sobretudo, em eventuais barreiras constitucionais às disposições penais dos artigos da Convenção.

Contudo, em 1988, esta lacuna de controle é preenchida com a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas¹². Paradigmático, é a primeira vez que a criminalização do uso pessoal, além do tráfico, se dá através de tratado internacional.

O esforço histórico é sensível para fins de demonstrar a clara silhueta dos EUA na definição da política internacional do controle das mais diversas substâncias. Ademais, se nota a gradual caminhada expansiva, na aparente tentativa de abraçar cada vez mais substâncias

¹⁰ BRASIL. Decreto N. 79.388, de 14 de março de 1977. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 19 jul 2023

¹¹ LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. Revista de Direito Internacional. Brasília. v. 10, n.2, p 53-65. 2013.

¹² BRASIL. Decreto N. 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em 19 jul 2023

conforme as novas convenções e tratados vão sendo como que apensados e colocados como termos aditivos dos anteriores.

Não se mostra descabida uma interpretação que enxergue na metodologia de ampliação do controle penal das drogas uma confusão metodológica quase que instrumental: se confundem motivos médicos-sanitários, científicos, morais e políticos com objetivos que, por vezes, parecem visar o etiquetamento de subculturas e, por outras, parecem ser *proxy* de uma expansão do poder estadunidense.

2.2 Incorporação da temática das drogas ao Direito Brasileiro

Como membro signatário das Convenções das Nações Unidas, o Brasil acabou por internalizar as propostas políticas lá discutidas, o que, conforme o exposto, resultou em intenções combativas ao tráfico, consumo e produção de drogas. De se destacar que o viés que, desde o começo, se buscou adaptar e aplicar no país foi o de características repressoras, sobretudo pela forte influência estadunidense nas Américas.

No Brasil, a categoria médica tinha a maior influência sobre as questões que envolvessem saúde pública. Assim, o controle das substâncias e das políticas públicas que as englobassem, independente de sob qual destinação de uso, eram capitaneadas por representantes médicos e psiquiatras.

No início do século XX, havia disseminado uso de substâncias em uso hedonista no país: era o caso da cocaína, do ópio e da maconha, os quais, inclusive, apareciam de forma segmentada na sociedade, conforme estratificações sociais e culturais. Promulgada a Convenção da Haia de 1912, se fixou a tendência criminalizadora dos usos em um “modelo sanitário” de controle.

Na esteira dos entendimentos importados, o Decreto 4.294/1921¹³ foi o primeiro a penalizar com prisão a venda desautorizada de substâncias – notadamente cocaína, ópio e

¹³ BRASIL. Decreto N. 4.294, de 6 de julho de 1921. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>>>. Acesso em: 08 ago. 2023

derivados. Importou-se também a repressão ao álcool, o que pode ter sido reflexo da Lei Seca (1919-1933), que vigia nos Estados Unidos. Assim o Decreto, em seu preâmbulo:

Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fôrmas de processo e julgamento e manda abrir os creditos necessários

A figura da embriaguez pública era penalizada com pena pecuniária, que dobrava a cada reincidência¹⁴, e era coibida inclusive pela vedação ao oferecimento de bebida alcoólica ou substância inebriante “com o fim de embriagar” ou a quem já estivesse embriagado, em local público ou em estabelecimento comercial¹⁵.

A embriaguez habitual, por sua vez, redundava em internação nos referidos estabelecimentos especializados, que se estruturavam como manicômios. Impunha-se tratamento médico e regime de trabalho aos recolhidos, e aqueles que, acreditava-se, estavam acometidos de moléstias mentais decorrentes de abuso de substâncias a tal ponto de serem inimputáveis, ficavam na mesma seção em que os embriagados habituais:

Art. 6º O Poder Executivo creará no Districto Federal um estabelecimento especial, com tratamento medico e regimen de trabalho, tendo duas secções: uma de internandos judiciarios e outra de internandos voluntarios.

§ 1º Da secção judiciaria farão parte:

a) Os condenados, na conformidade do art. 3º;

b) os impronunciados ou absolvidos em virtude da dirimente ao **art. 27, § 4º, do Código Penal**¹⁶, com fundamento em molestia mental, resultado do abuso de bebida ou substancia inebriante, ou entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei.

§ 2º Da outra secção farão parte:

¹⁴ Art. 2º Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez que cause escandalo, desordem ou ponha em risco a segurança propria ou alheia: Pena: multa de 20\$ a 200\$. O dobro em cada reincidencia.

¹⁵ Art. 4º Fornecer a qualquer pessoa em logar frequentado pelo publico bebida ou substancia inebriante com o fim de embriagal-a, ou a que já estiver embriagada: Pena: multa de 100\$ a 500\$000.

Parapho unico. Si o infractor fôr o dono da casa commercial de que provier a bebida ou substancia inebriante: Pena: a estabelecida anteriormente, accrescida da interdicção ao commercio de bebida ou substancia inebriante, por um a seis mezes.

¹⁶ Art. 27. Não são criminosos: § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;

a)os intoxicados pelo alcool, por substancia venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei, que se apresentarem em juizo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado e os que, a requerimento de pessoa da familia, forem considerados nas mesmas condições (letra a), sendo evidente a urgencia da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral.

O Decreto 20.930/1932¹⁷, em seu artigo. 25, já estabelecia prisão de um a cinco anos, além de multa, em uma tipificação que começava a se estender no número de núcleos:

Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0

Em seu artigo 26 se enxerga a restrição às doses terapêuticas, e a determinação de liberação somente mediante prescrição profissional¹⁸. Na esteira do que se viu na legislação anterior, a intenção de internação dos drogaditos era tamanha que a toxicomania e a intoxicação habituais passaram a ser doenças de notificação compulsória às autoridades sanitárias (art. 44). Ainda, à semelhança do que se viu no decreto de 1921, estas pessoas eram passíveis de internação – compulsória ou não – recolhimento que, se destaca, poderia se dar a prazo indefinido:

Art. 45. Os toxicômanos e os intoxicados habituais por entorpecentes e pelas bebidas alcoólicas ou, em geral, inebriantes, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.

¹⁷ BRASIL. Decreto N. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html> >>. Acesso em: 09 ago 2023

¹⁸ Art. 26. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saude Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

O Código Penal de 1940, o Decreto-Lei 2.848/1940, previa, em seu artigo 281, sob o título “*Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes*”, punição à traficância de substâncias entorpecentes, sem, contudo, explicitar de que substâncias se tratavam. O artigo era engastado de diversos verbos núcleo que compunham o tipo:

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

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

Salienta-se que, frente à premente necessidade de controle das substâncias, o artigo 281 passou por diversas reformas, quase sempre aditivas, que fizeram expandir a sua abrangência. A Lei 4.451/1964 o altera a fim de criminalizar, também, quem “*plantar*” a substância. O Decreto-Lei 385/1968, por sua vez, adiciona os verbos “*preparar*” e “*produzir*”, além de aumentar a definição do que seria a substância proscribita, fazendo constar como proibida aquela [substância] que “*determine dependência física ou psíquica*”. A Lei nº 5.726, de 1971, por sua vez, incluiu o verbo “*oferecer*” dentre aquele rol de núcleos.

A edição de 1971, de perfil condizente com o momento histórico repressivo, por força do inciso III do parágrafo primeiro, aplicava ao usuário as penas do *caput*, tornando sem distinção as figuras do usuário – contumaz ou não – e do traficante

A Lei unifica os dois inimigos internos do regime ditatorial da época, amalgamando o militante e o traficante. O discurso contrário ao traficante punia, igualmente, o usuário. As diversas edições do artigo fizeram a pena máxima cominada chegar a seis anos de reclusão. Ainda, as penas de multa que previa – aditivas às de reclusão – foram sendo paulatinamente aumentadas nas mudanças.

A Lei Nº 6.368 de 1976 trouxe a novidade de tornar extravagante a legislação de drogas, compilada, agora, em uma lei especial. Retira-se do seio do Código Penal o cuidado com as drogas, que passa a ter especial atenção em um novo microsistema. O artigo 281 é, então, revogado, o que não se confunde com uma diminuição do controle.

Há, pela primeira vez, a compartimentação entre duas figuras: o traficante e o usuário são separados, sendo que este aparece na definição do artigo 16 e, aquele, no artigo 12 e seguintes. O usuário sofre controle penal, mas a natureza da pena privativa de liberdade – detenção -, bem como a quantidade de pena a qual estaria passível de ser condenado, se mostram como avanços na caracterização e no entendimento desta condição. O tráfico de entorpecentes, a partir da descrição do artigo 12 e seguintes, segue a inclinação política de multiplicação de verbos nucleares:

A lei 6.368/76, no auge do período duro do regime militar, instaura uma maximização do jurídico, ampliando maciçamente os horizontes da criminalização e da punição. Naquilo que Zaffaroni chama de fenômeno da multiplicação dos verbos, o caráter mágico e fetichista da nossa política criminal de drogas vai demonizando tudo à sua volta. Parece que na questão criminal, como em lavoisier, nada se perde, tudo se transforma. Na sua brutal e inédita magnificação, o sistema penal contemporâneo alarga seus domínios sem abrir mão de nenhuma velha técnica: são as penas alternativas e mais o cárcere, a prisão, a tortura e o extermínio de sempre, multiplicados.¹⁹

A figura da prevenção aparece, topologicamente, em posição de destaque, já na introdução da nova peça legislativa. A aplicação da técnica sob uma visão médico-sanitarista é uma tendência que se perpetua daí em diante, repercutindo de maneira repressiva, sobretudo na imposição ao tratamento. A terapêutica forçada e a perícia oficial se mostram como novas ferramentas desta pretensa prevenção/tratamento, mas têm características carcerárias que, em sua expressão mais distendida, chega à internação forçada. A lei, neste ponto, não delimita prazos, por parte do Estado, para que o internado seja liberado e para que o processo seja encerrado, condicionando o desenlace do feito a uma *recuperação verificável*, medida afrontosa à liberdade dos indivíduos:

Art. 29. Quando o juiz absolver o agente, reconhecendo por força de perícia oficial, que ele, em razão de dependência, era, ao tempo de ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará seja o mesmo submetido a tratamento médico.

§ 1º Verificada a recuperação, será esta comunicada ao juiz que, após comprovação por perícia oficial, e ouvido o Ministério Público, determinará o encerramento do processo.

¹⁹ CARVALHO, Salo de A **política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

§ 2º Não havendo peritos oficiais, os exames serão feitos por médicos, nomeados pelo Juiz que prestarão compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º No caso de o agente frustrar, de algum modo, tratamento ambulatorial ou vir a ser novamente processado nas mesmas condições do caput deste artigo, o juiz poderá determinar que o tratamento seja feito em regime de internação hospitalar.

Mais uma vez, o uso de substâncias foi considerado como uma espécie de doença mental que demandaria medidas de constrição do indivíduo. Conforme o art. 19 da nova lei, reconhecida a inimputabilidade, em casos avançados de toxicomania, aplicava-se medida de segurança para tratamento, enquanto que a previsão do parágrafo primeiro, do que Rodrigues chamou “*semidependência*”, levaria à redução da pena. Contudo, raramente os dependentes tinham sua inimputabilidade reconhecida, em que pese o texto da lei, dado o amoldamento à doutrina, que entende que não se reconhece a inimputabilidade quando, na realização do ato, o sujeito não estivesse com sua capacidade intelecto-volitiva comprometida.

O Congresso Nacional operou reformas na Lei 6.368/76, chegando à promulgação da Lei 10.409/02, com extenso veto do Executivo Federal. Conforme Campos (2015), “*o capítulo referente aos delitos e às penas foi integralmente vetado pela Presidência da República, sendo promulgada apenas a parte processual (com forte viés inquisitório)*”²⁰. Contudo, é importante o destaque de que, em análise à mensagem de comunicação dos vetos ao Senado, a referida supressão ao capítulo das penas aponta forte motivação constitucional, sobretudo no que toca à definição temporal das penalidades, como se vê no seguinte trecho:

Capítulo III – Dos Crimes e das Penas (art. 14 ao art. 26)

(...)

Razões do veto

"Em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão.

O art. 5o, XXXIX, da Constituição Federal e o art. 1o do Código Penal dispõem que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Além disso, o art. 5o, XLVI, da Lei Maior, consagra o princípio da individualização da pena, atribuindo à Lei essa tarefa. Por fim,

²⁰ CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. 2015. 313 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

o art. 5º, XLVII, "b", também da Constituição, determina a proibição de pena de caráter perpétuo.

O projeto, lamentavelmente, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas. Diferentemente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais.

Em matéria tão sensível, não se deve presumir a prudência das instituições, pois a indeterminação da lei penal pode ser a porta pela qual se introduzem formas variadas e cruéis de criminalidade legalizada.²¹

Ainda quanto à Lei 10.409/02, ressalta-se que foi a peça legislada que, pela primeira vez, falou em redução de danos, que viria por meio de ações a serem regulamentadas pelo Ministério da Saúde:

Art. 12. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado o disposto nos arts. 4º e 47, desenvolverão programas de tratamento do usuário de substâncias ou drogas ilícitas ou que causem dependência física ou psíquica.

§ 2º Cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução dos danos sociais e à saúde.

As Leis 6.368/76 e 10.409/02 só viriam a ser revogadas com a entrada em vigor da Lei 11.343 de 2006. Construída em um contexto em que a comercialização de drogas em grande escala se relacionava diretamente com o crime organizado, teve tramitação razoavelmente veloz. No que se refere aos crimes de tráfico e uso de drogas, a tramitação legislativa, com as diversas modificações do texto, indica os interesses dos parlamentares, em seus diversos matizes ideológicos, conforme análise de CAMPOS.

O fim da pena de prisão para o usuário foi proposto desde o projeto originário do Senado (PLS 115/2002). O estabelecimento de quantidades a definir os limites entre as duas condutas também se mostrou como uma preocupação, com algumas versões do texto utilizando o termo “*pequenas quantidades*” – descrição vaga mas que se presta a uma definição delimitadora. Contudo, esta definição caiu, não aparecendo na versão final do artigo:

²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm

USO DE DROGAS

Número do Projeto de Lei	PLS 115/2002	PL 7134/2002	PL 6108/2002	Substitutivo Câmara dos Deputados/20/02/2004	Lei 11.343/2006
Redação do Artigo	<u>Artigo 22:</u> Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade , substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	<u>Artigo 22:</u> Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade , substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	<u>Artigo 20-A:</u> Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, produto, substância ou droga considerados ilícitos ou que causem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.	<u>Art. 28:</u> Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.
Punição	<u>Medidas de Caráter Educativo:</u> I – prestação de serviços à comunidade; II – comparecimento a programa ou curso educativo; III – proibição de frequência a determinados locais; IV – submissão a tratamento;	<u>Medidas de Caráter Educativo:</u> I - prestação de serviços à comunidade; II - comparecimento a programa ou curso educativo; III - proibição de frequência a determinados locais; IV - submissão a tratamento.	<u>Medidas de Caráter Educativo:</u> I - Prestação de serviço à comunidade; II - Comparecimento a programa ou curso educativo; III - Comparecimento a atendimento psicológico; IV - Multa	I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.	I- Advertência sobre os efeitos das drogas; II - Prestação de serviços à comunidade; III - Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Quadro 1 – Comparativo da criminalização do uso de drogas - Tramitação Nova Lei de Drogas –
Fonte: MJ/SAL

Figura 1 – Uso de drogas - adaptado de Campos, 2015

Tanto o histórico de tramitação, com os apartes e destaques realizados diretamente no texto pelos parlamentares, quanto os pareceres que produziram, demonstram os interesses que se quiseram gravar na lei. Em parecer do relator do projeto de lei, Deputado Paulo Pimenta,

ficava clara a intenção da manutenção, no projeto que veio do Senado (PL 7134), de penas restritivas de liberdade pretensamente mais benéficas, inclusive tratadas por “*de caráter educativo*”, mas que aplicavam, em verdade, medidas inconstitucionais. É o que se vê no trecho do art. 22 – que viria a se tornar o art. 28 da Lei 11.343/06:

Art. 22. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Medidas de caráter educativo:

I - prestação de serviços à comunidade;

II - comparecimento a programa ou curso educativo;

III - proibição de freqüência a determinados locais;

IV - submissão a tratamento.

(...)

§ 6º Na hipótese de desatendimento, pelo agente, das condições relativas à medida a que se refere o inciso IV, poderá o juiz determinar o seu cumprimento compulsório, inclusive com a internação em estabelecimento apropriado

A internação que a compulsoriedade presente trecho do projeto ecoa a mesma intenção de prisão a perder de vista que textos anteriores apresentavam, e que se observa nas medidas de segurança aplicadas a casos que tratam de inimputáveis que, pelo desenho da lei, não poderiam ser diretamente penalizados. Também se observa, conforme manifestações do mesmo deputado, a intenção de recrudescer a repressão sobre os traficantes, que “*atendendo ao clamor da sociedade brasileira*”, deveriam ser severamente punidos. Assim, o projeto, no que toca ao tipo de tráfico, que, inicialmente, previa pena mínima inicial de 3 anos, passou para 5 anos o menor *quantum* de prisão:

TRÁFICO DE DROGAS

Número do Projeto de Lei	PLS 115/2002	PL 7134/2002	PL 6108/2002	Substitutivo Câmara dos Deputados - 20/02/2004	Lei 11.343/2006
Redação do Artigo	Art. 14. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com de terminação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.	Art. 14. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.	"Art. 14-A. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregara consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga considerados ilícitos ou que causem dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 32. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
Punição	Pena – prisão, de 3 a 15 anos, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa.	Pena - prisão, de 3 a 15 anos, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa.	Pena – reclusão de 3 a 15 anos e multa.	Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.	Pena - reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

Quadro 2 – Comparativo do recrudescimento penal ao tráfico de drogas - Tramitação Nova Lei de Drogas – Fonte: MJ/SAL

O texto aprovado, como se vê, aumentou os patamares mínimos e máximos do delito de tráfico. Especula-se que a medida tenha sido instrumental, servindo para que as penas alternativas deixassem de ser uma opção passível de aplicação²². Atualmente, por força da aplicação da privilegiadora do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que teve parte de seu conteúdo esvaziado por via de resolução (considerada a declaração de inconstitucionalidade pelo STF), a redução permite a conversão em penas restritivas de direitos.²³

A Lei 11.343/06 fixada se mostrou como um grande avanço na despenalização e se mostrava como um interessante projeto de descarcerização. A falta de previsão de pena privativa de liberdade do art. 28 foi o primeiro destaque apontado pelos estudiosos, bem como a consideração no perfil de consumidor, e não de traficante, do produtor para consumo próprio (“*grower*”), que aparece no art. 28, §1º. Ainda, reduziu a pena para a hipótese de consumo compartilhado (art. 33, § 3º), comportamento que, na legislação anterior, era tráfico, por equiparação.

Um ponto fulcral da atual lei de drogas é a sua ausência de conteúdo definidor do que, ou, melhor, quais, as substâncias proscritas. O vazio legislativo presente no art. 28, relativo à (ausência de) definição de quantidades a ensejar a classificação em um ou outro comportamento (usuário – traficante), se repete na disposição do objeto, a bem dizer, da Lei de drogas. Assim faz constar em suas disposições preliminares:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas

²² Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Ano 14. n. 167. Outubro 2006, p. 8-9, Disponível em <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/4221/>. Acesso em 21 ago 2023.

²³ Resolução nº 5, de 2012: O Senado Federal resolve: Art. 1º É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em 21 ago 2023.

para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

A peça definidora do que se consideram drogas, por sua vez, vem definida na parte final da Lei 11.343/06, que aponta a Portaria do Ministério da Saúde – Secretaria de Vigilância em Saúde (Portaria SVS/MS) 344, de 1998:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

A Portaria 344/98 supre, à primeira vista, o vácuo normativo do texto, ao regulamentar as substâncias e as diretrizes de controle. Trata-se de normativa do Ministério da Saúde do Brasil que identifica as substâncias, dispondo-as em várias listas, conhecidas como Listas "A1", "A2", "B1", "B2", até a letra "F", e que indicam diversos níveis de restrição, a depender da natureza da substância e de seu uso. As substâncias/medicamentos da listagem vão exigir diferentes receitas autorizadas de importação e posse, a depender da necessidade observada de controle. Assim, além de relacionar as substâncias regulamentadas, o documento estabelece os parâmetros para seu comércio, prescrição, e utilização.

As portarias são, conforme o próprio manual de orientação para elaboração de portarias do Ministério da Saúde, *atos normativos internos pelo qual os ministros e seus secretários (...) estabelecem regras, baixam instruções para aplicação das leis ou tratam da organização e funcionamento de serviços de acordo com a sua natureza administrativa.*²⁴ A sua flexibilidade, no que toca às drogas, é instrumental, uma vez que o estabelecimento de uma peça normativa menos rígida supre a necessidade constante de edição que a matéria pede. Veja-se que há constante desenvolvimento e produção de substâncias e medicamentos de potencial efeito psicotrópico, aditivo ou entorpecente, novas substâncias estas que devem ser incluídas no sistema legal.

²⁴ https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_de_orientacao_elaboracao_portarias.pdf

Critica-se a larga utilização e a destacada importância dada a uma peça administrativa regulatória/instrutória, como é o caso da portaria, sobretudo por ser central, no caso, de matéria penal. A norma em branco, por um lado, fere, de certo modo, os princípios da legalidade e a necessária taxatividade que se espera de norma penal – diante do impacto de suas consequências. A flexibilidade da facilidade de alteração da portaria, entende-se, mina ainda mais o direito penal, tolhendo o cidadão do prévio conhecimento:

O princípio mais clássico do direito penal, o princípio da legalidade também é colocado em cheque pelo modelo proibicionista aplicado no Brasil, nos seguintes aspectos: a) previsão de normas penais em branco; b) ausência de descrição da conduta proibida com todas as circunstâncias (princípio da taxatividade). A utilização da norma penal em branco pelos tipos da lei de tóxicos deve ser questionada, pois se desconsideram os critérios básicos de certeza, taxatividade e legalidade ao admitir que uma portaria ou regulamento possam atender às exigências do princípio da legalidade.

A alegada “necessidade de flexibilização” da norma proibitiva da lei de tóxicos contradita o princípio básico da exigência de lei anterior, certa e taxativa, pois as facilidades de alteração de uma portaria colocam em risco o direito penal, pois não se garante o necessário conhecimento prévio por parte do cidadão das proibições a ele dirigidas. Mais uma vez sacrificam-se direitos do cidadão em prol de uma suposta eficácia da repressão.

3 Os Princípios em Direito Penal

O Direito Penal é a parte de um ordenamento jurídico que instrumentaliza o tratamento aos comportamentos mais graves observados na sociedade. É uma ferramenta de controle social que, ao descrever e estabelecer quais seriam as condutas lesivas ao tecido social, organiza-as em infrações penais, às quais estipula penalidades. É do papel do Direito Penal, também, o estabelecimento de regras que regulamentem e façam aplicar, de forma justa, as penalidades em questão.²⁵

À primeira vista, e, inclusive, intuitivamente, o direito penal é uma ferramenta que se justifica diante de sua presumida atribuição: a proteção de valores disseminados na sociedade, como a vida, a liberdade e a saúde. Estes, a que chamamos *bens jurídicos*, seriam, então,

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1.** Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

resguardados de eventuais desvios indesejados, por meio de, pelo menos em última instância, intimidação, diante do receio de se sofrer a sanção penal estipulada pelo Estado.

Em um Estado Democrático de Direito, como aquele idealizado na Constituição Federal de 1988, o direito penal legítimo não seria aquele que, tão somente, descreve determinado fato como infração penal e, pelo corolário lógico do racional jurídico, aplica a sanção correspondente a quem o pratica. Esta construção lógica, ainda que formalmente correta, carece de substrato que legitime a decisão, sobretudo diante da seriedade e magnitude dos resultados do direito penal:

A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social.²⁶

Ou seja, o direito do Estado de Direito – típico das primeiras gerações do direito, de característica negativa, de estabelecimento equânime de aplicação da norma, já não é suficiente. O espírito da nova Constituição, do almejado Estado *Democrático* de Direito, mais do que um direito formulaico, busca fazer valer o sentimento social de justiça e constringir somente os comportamentos de *real lesividade*:

Não se admitem mais critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (**o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito**)

Estes princípios *indicam* uma ordenação, de forma muito geral, o que permite sua aplicação na resolução de problemas em situações diversas. Robert Alexy define os princípios como *mandamentos de otimização*, indicando sua natureza de aplicação “na melhor medida possível”:

(Princípios são) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1.** Editora Saraiva, 2023. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553626096/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”²⁷

Existem princípios decorrentes de previsão legal expressa, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Ainda, há os chamados princípios constitucionais, que servem de orientação à atividade legislativa ordinária e que também podem ser explícitos ou implícitos, e que, por hierarquia normativa, vão acabar por guiar os demais.

Nucci lista os princípios constitucionais penais e processuais penais iniciando pela declinação do que seria a base da estrutura principiológica. Por base, o autor destaca o princípio da dignidade humana, cujo objetivo primevo seria a preservação do ser humano, com garantia de um mínimo existencial, que envolveria as mais diversas e complexas necessidades humanas. O outro princípio regente que o autor aponta é o do devido processo legal. Este englobaria tanto um aspecto material, englobando princípios radiculares do Direito Penal, como a legalidade, quanto um desdobramento procedimental, de respeito e observância aos procedimentos no curso do processo penal.

O art. 1º, III, da CF/88 fixa como pedra angular a fundamentar o Estado Democrático de Direito o referido princípio da dignidade da pessoa humana, que traz em si o reconhecimento da autonomia e da capacidade de autodeterminação do sujeito²⁸. Pode-se dizer que se encerra uma restrição importante do direito penal, pois é do reconhecimento da autonomia e da decisão – e, em certo sentido, da própria capacidade civil do indivíduo –, que surge uma primeira legitimidade de sua aplicação. O indivíduo punível é aquele que, por ser capaz e por voluntariamente exercer sua autonomia, torna-se culpável. A consciência do agente, aqui, é condição para a responsabilização penal:

No tocante ao seu objeto, tem-se que o Direito Penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim. Assim, lastreia-se o Direito Penal na voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final.²⁹

²⁷ NUCCI, Guilherme de S. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, 4ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2015.

²⁸ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v.1. Editora Saraiva, 2023. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 22 ago. 2023

A proteção a que o Direito Penal se presta compreende tanto a lesão efetivada quanto o perigo/probabilidade de lesão. Os citados *bens jurídicos* relevantes, a depender de que comportamento se está controlando, devem ser mantidos incólumes pela edição de um mandamento que os proteja da possibilidade de dano. Os crimes de perigo abstrato são justamente estes que pressupõem o perigo de lesão, em uma conformação do direito que lida com o risco de determinados comportamentos se desdobrarem em lesões de fato. Assim, condutas são sopesadas por critérios de experiência e pela potencialidade de irradiação para a sociedade, o que, por vezes, pode avançar sobre comportamentos inócuos ou de baixa irradiação.

A doutrina não é unânime quanto à legitimidade da utilização dos crimes de perigo abstrato. Estes, por pressuporem o perigo de lesão, muitas vezes tolhem a discussão do caso a caso, e podem se chocar frontalmente com princípios de direito penal:

A doutrina qualifica os crimes definidos na lei de tóxicos como crimes de perigo abstrato, que pressupõe o perigo de lesão ao bem jurídico. Ao fundamentar os delitos de tóxicos nessa categoria, o legislador reforça e justifica a própria proibição, pois impede que a defesa, no caso concreto, prove a ausência de perigo ao bem jurídico saúde pública, no caso de pequena quantidade de entorpecente. A jurisprudência tem seguido este mesmo entendimento(...)³⁰

3.1 Princípio da Intervenção Mínima (*ultima ratio*)

O indivíduo, por ser hipossuficiente em relação aos meios e ao poder do Estado, pode se valer, em teoria, de instrumentos que reduzam a amplitude de ação do Estado. Desta necessidade de frear, em um primeiro momento, a arbitrariedade a que o Estado é capaz, nasce a ideia de anterioridade legal como uma imposição. Assim, o julgador fica restrito à edição de norma, anterior à decisão, e que a balizará. Contudo, a mera construção da normativa não impede que ela seja, de fato, injusta. Como já exposto, o Estado de Direito foi superado pelo

³⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo

Estado Democrático de Direito, que fundamenta suas construções normativas, mais do que em racionalidade legislativa, em princípios.

O princípio da intervenção mínima, também chamado *ultima ratio*, se presta, justamente, a limitar o poder estatal ao estipular que o Direito Penal, considerada a proporção das sanções às quais pode chegar, deve ser utilizado quando indispensável à manutenção da ordem (a defesa dos bens jurídicos). Seria aplicado subsidiariamente ³¹ aos meios extrapenais se, e somente se, estes se mostrarem ineficazes à manutenção da paz social.³²

À primeira vista, o indigitado princípio destina-se ao operador do Direito. Este, no confronto com o problema de fato, ao perceber a possibilidade de sua solução por outros ramos menos agressivos do ordenamento, teria o dever de os utilizar. Assim, conforme Capez (2023) aponta, “*se a demissão com justa causa pacífica o conflito gerado pelo pequeno furto cometido pelo empregado, o direito trabalhista tornou inoportuno o ingresso do penal. Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de movimentar a máquina persecutória do Estado*”.

Contudo, o princípio da intervenção mínima também se destina ao legislador, exigindo deste a cautela na tipificação de condutas. Na mesma senda do que se aplicaria ao operador do direito, somente os comportamentos deletérios que, por experiência, a sociedade não pôde conter por aplicação de ramos diversos do direito, deveriam ser alvo do direito penal, com sua consequente inclusão no ordenamento penal.

3.2 Princípio da Lesividade (ofensividade)

³¹ *Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela.* CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1. Editora Saraiva, 2023

³² BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

O princípio da lesividade, também chamado princípio da ofensividade, trata de delimitar o escopo do direito penal àquelas condutas que, de fato, atinjam bens jurídicos tutelados. Há discussão doutrinária no que toca à sua existência autônoma, como um princípio por si só, apartado dos demais, ou se, conforme defende Nucci, enquadrar-se-ia como um exemplo de continência, englobado ou como resultado lógico do princípio da intervenção mínima, mera consequência do respeito a esta, portanto:

(...) não vemos o nomeado princípio da ofensividade como algo autônomo, com vida própria, distinto, pois, do princípio da intervenção mínima. Afinal, em homenagem à *ultima ratio*, deixa-se ao Direito Penal o âmbito da tipificação das condutas mais sérias, efetivamente lesivas a interesses relevantes. Punir pensamentos, por exemplo, seria o ápice da invasão de privacidade do indivíduo. Ofenderia o denominado princípio da lesividade? Na realidade, atacaria a intervenção mínima.³³

Contudo, de regra, o princípio da lesividade é tratado como figura autônoma entre os demais doutrinadores, ainda que sempre remetendo à *ultima ratio*. Eles, a exemplo, CAPEZ, apontam que a ofensividade considera que, sem comprovada lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, não haveria se falar em necessidade de proteção penal. No ponto, BITTENCOURT é ainda mais contundente em expressar que é indispensável que haja “*perigo concreto, real e efetivo de dano*” ao bem jurídico, o que tornaria inconstitucionais, à sua luz, os crimes classificados como de perigo abstrato.

Refere-se que teria duas funções no Direito Penal: Função político-criminal, em momento ainda anterior à confecção dos diplomas criminais, e uma função interpretativa ou dogmática, esta manifestada *a posteriori*, no momento de operacionalização, de aplicação em concreto da norma penal. Neste caso, o juiz atuaria, após a concreção do fato, na sua interpretação, analisando, *in casu*, a presença de lesão ou de perigo de lesão.

Por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade legislativa

³³ NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal. Volume Único**. Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646630/>. Acesso em: 24 ago. 2023.

de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade

No que toca à observação, seja ela pré-legislativa, seja no momento interpretativo e de aplicação, da ofensividade da conduta, se manifestou o Min. Gilmar Mendes, Relator do RE 635.659/SP, até o presente momento, que não vislumbra inconstitucionalidade de plano na aplicação e desenvolvimento de tipos de perigo abstrato. Contudo, ressaltou o papel de constante vigilância que se deve ter sobre a atividade legiferante para que, no caso em concreto, não supere os limites de constitucionalidade, mormente pela restrição destes tipos a perigos em abstrato de fortes indícios de possível concreção em dano real.

Do ponto de vista do objetivo almejado pelo controle penal, em última instância a paz social, e, mais especificamente no que trata do discutido no presente trabalho, o bem jurídico saúde pública, a não observância dos princípios em direito penal pode levar à subversão da conclusão almejada, inclusive ferindo frontalmente o bem jurídico a que se pretende resguardar. O reconhecido estado de coisas inconstitucional em que se considera a situação prisional do país, repercutindo em violações dos direitos fundamentais da população prisional, gera reflexos negativos no bem jurídico saúde. Estas violações, em sendo causadas pelo elevado número de prisões, muitas das quais em caráter provisório e, muitas das vezes, desnecessárias poderiam ser evitadas pelo sopesamento dos princípios no escopo deste capítulo.

4 Alternativas ao modelo atual de controle de drogas

Diante da desconexão entre o pretense objetivo da atual “Lei de Drogas” brasileira - a despenalização e descarcerização do usuário -, e o seu resultado observado – o agravamento do mau estado do sistema carcerário -, os estudiosos brasileiros voltaram-se às alternativas observadas no cenário internacional e no meio acadêmico. Destacam-se, diante das manifestações de membros de cortes superiores brasileiras, pesquisadores e operadores do Direito, os modelos de descriminalização aplicados em Portugal, como uma alternativa legislativa, com nova formulação que descriminaliza o porte; a ideia de natureza reformista da criação de um tipo intermediário do pequeno traficante; e a via de descriminalização do usuário por decisão judiciária de Cortes Superiores, a exemplo do recente julgamento do tema 506 no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

4.1 A descriminalização em Portugal – a via legislativa e algumas nuances

A aquisição, posse e o consumo de drogas³⁴ não são mais crime em Portugal desde novembro de 2001, por força de iniciativa legislativa que culminou na Lei nº 30/2000. Em seu artigo 1º, a referida legislação dispõe como segue:

Artigo 1º.

Objecto 1

A presente lei tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica

A expressa intenção legislativa, de protecção sanitária e social dos consumidores de substâncias, guarda relação de identidade com a intenção histórica legislativa de controle, que é, conforme anteriormente descrito, médico-sanitarista. Contudo, há grande avanço, e um destacado cuidado em não fazer do consumo de determinadas substâncias a famosa “porta de entrada”, agora sim, e, desnecessariamente, do sistema criminal-penal.

A paradigmática lei portuguesa descriminalizou o consumo sem, contudo, despenalizá-lo, dado que a utilização de substâncias psicoativas (ilícitas) segue sendo passível de corretivo estatal. Assim na letra da lei:

Artigo 5º

Competência para o processamento, aplicação e execução

1 — O processamento das contra-ordenações e a aplicação das respectivas sanções competem a uma comissão designada «comissão para a dissuasão da toxicoddependência», especialmente criada para o efeito, funcionando nas instalações dos governos civis.

Permanece, no caso, alguma forma de castigo estatal, que vem na forma de sanções e “incentivos” de tratamento, em caso de toxicoddependência, mas estas são analisadas por uma comissão civil – as chamadas comissões para a dissuasão da toxicoddependência (CDT). As

³⁴ Todos núcleos com paralelo no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que traz os núcleos *adquirir; guardar; tiver em depósito; transportar; trazer consigo; para consumo pessoal*

CDT são vinculadas ao Ministério da Saúde e têm por objetivo acolher os indiciados, avaliar como se dá o seu consumo e, a depender desta diagnose, encaminhá-los para tratamento.³⁵

As especializadas CDT, ainda que situadas em instalações governamentais, têm caráter não judiciário. As sanções, portanto, já não são impostas na forma de processo crime, uma vez que o comportamento é definido como uma contraordenação social.³⁶ A contra-ordenação é um ilícito de mera ordenação social, com características próprias, sem correlato exato no direito brasileiro. Conforme Figueiredo Dias, situa a ação penalizável entre o direito penal e o direito administrativo, e é penalizado por meio de uma *coima*, que não é uma pena, mas também não se enquadra exatamente como uma multa, ainda que de caráter pecuniário, como se pode observar do texto da referida lei, em seu artigo 16º:

Coimas

1 — Se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I-A, I-B, II-A, II-B e II-C, a coima compreende-se entre um mínimo de 5000\$ e um máximo equivalente ao salário-mínimo nacional.

2 — Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I-C, III e IV, a coima é de 5000\$ a 30 000\$.

Ainda, de se observar, que têm um papel documental e de pesquisa, gerando dados e alimentando sistemas informativos, a fim de entender não apenas a atual situação social, mas as tendências e variações nos padrões de consumo, o que se dá através do Sistema de Gestão e Informação Processual (SGIP).

A referida legislação perfunde no entendimento que vem sendo firmado no Supremo Tribunal Federal brasileiro, como se vê na, não tão recente, mas atual, discussão que circunda o RE nº 635.659/SP. Os votos até então proferidos, mormente o do relator, Ministro Gilmar Mendes, são no sentido da adoção de um critério que circunde e defina o que é o consumo próprio. No ponto, o evidente prejuízo social causado pelo vazio legislativo no que toca às quantidades seria sanado se adotado o critério português de quantidades, que se observa no artigo 2º da legislação de drogas daquele país:

³⁵ SICAD – Dissuasão - <https://www.sicad.pt/PT/Dissuasao/SitePages/Dissuasaoemnumeros.aspx>

³⁶ Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências -SICAD <https://www.sicad.pt/PT/Cidadao/DesConsumo/Paginas/detalhe.aspx?itemId=1&lista=DescriminalizacaoDoConsumo&bkUrl=BK/Cidadao/Descriminaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumo/>

Artigo 2º

Consumo

1 — O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

2 — Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

O papel de definir os valores referentes a quantidades, levando em consideração critérios estatísticos e avaliações históricas geradas pelos núcleos de inteligência e cuidado, é do Poder Executivo. À semelhança da delegação dada à ANVISA no Brasil, tabelas são publicadas, por meio de portarias, com as quantidades exatas, sem espaço para subjetivismos, conforme se vê, na legislação portuguesa, na Portaria n.º 94/96.

Há mais de vinte anos desde sua promulgação, a lei de drogas de Portugal coleciona críticas, de opositores e de defensores. A criação de um critério objetivo de separação entre as figuras do traficante e do usuário, com margem tão somente no que toca às porções, resultou salutar para o sistema penitenciário e para o sistema de saúde. Avaliações diversas desde a promulgação da lei indicaram que o consumo não aumentou e que os danos colaterais sociais e de saúde foram reduzidos: diminuíram as mortes, infecção por HIV, e o consumo de drogas não aumentou – inclusive reduzindo entre a faixa populacional entre 15 e 24 anos³⁷, resultados que não foram alcançados, nem de perto, pela lei brasileira.³⁸

4.2 O desenvolvimento de um novo tipo penal – o pequeno traficante

Os artigos 28 e 33 da atual Lei de drogas são passíveis de confusão. A mera análise dos verbos nucleares dos *capita* dos artigos aponta a ocorrência de verbos idênticos que, em sinergia com as demais partes mais elásticas da legislação atual – notadamente, suas

³⁷ MURKIN, G. Drug decriminalisation in Portugal: setting the record straight. 2014. Transform. Getting drugs under control. Review.

³⁸ LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. *In*: LIMA, Renato Sérgio *et al* (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo, Contexto, 2014, pp. 357-362. BOITEUX, Luciana *et al*. Tráfico de drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos/Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf

características de abertura à arbitrariedade, pela não definição taxativa do objeto da peça legislativa e das quantidades definidoras, como anteriormente exposto - enseja discussões acerca, inclusive, da instrumentalidade do tumulto legislativo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, **tiver em depósito, transportar** ou **trouzer consigo**, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo**, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

A legislação que, à primeira vista, justamente pela intencional inovação na redução da persecução do usuário e do adicto, para fins de, tanto reabilitá-lo, quanto não o inserir em um contexto prisional, acabou, contra intuitivamente, por aumentar a população carcerária. O mero porte da droga e a análise *prima facie* pelo agente de primeiro contato com a cena delitiva resultaram em grande aumento de prisões enquadradas no perfil de tráfico, a depender do contexto social e da leitura do caso.

Esta arbitrariedade, mais do que uma faculdade do policial na abordagem, é um comportamento que a redação legal impulsiona, e os julgados, ratificam. O claro foco sobre o pequeno tráfico, ao invés do grande tráfico³⁹, serve de motor para um progressivo estresse do sistema penitenciário. Aqui, seja por motivação humanitária, de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela mera aplicação de técnica pragmática, de análise econômica do direito, diante da necessidade de racionalizar os recursos de que dispõe o Estado para administrar.

A população carcerária brasileira, conforme último relatório Infopen⁴⁰, já atinge o patamar de 832.295 pessoas. Dessas, 169.001 estão presas por tráfico de drogas, em sua formulação da lei atual ou anterior, com o número de presos por este tipo em rápido aumento, chegando a triplicar em 5 anos (período 2009 – 2014)⁴¹. No levantamento Infopen, o Ministério

³⁹ ODON, T. I. **Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232).Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 25 de abril de 2017.

⁴⁰ <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>

⁴¹ ODON, op cit

da Justiça registra que a grande parcela de presos provisórios condenados por tráfico é responsável pelo país figurar entre aqueles de maior população carcerária do mundo. Também é de se destacar o aumento vertiginoso no encarceramento feminino, que cresce desproporcionalmente em relação ao masculino para o delito do art. 33 da lei de drogas⁴².

Em que pese haja uma fundada preocupação com um Direito Penal expansionista, que invada cada vez mais áreas da vida privada e avance sobre princípios basilares do Direito, como a *ultima ratio*, existem alternativas intermediárias à descriminalização. ODON, sopesando a real intenção da novel legislação de drogas – a descarcerização e uma maior leniência em relação aos usuários (seja para acolhê-los no âmbito da saúde, seja pelo desenvolvimento de um entendimento de que sua conduta é menos gravosa que a de tráfico) -, propõe a criação de um novo tipo, em que figure o pequeno traficante.

Em estudo de base para o Senado⁴³, que considera, dentre outras, a falibilidade comprovada da legislação, sobretudo no seu efeito rebote de aumento de encarceramento, contrariando sua intenção primeva, o autor provoca o raciocínio ao relatar que o tráfico, nos moldes em que a lei se encontra, não sofre, de fato, o revés que esta queria lhe aplicar. O estresse acabou sentido no próprio sistema carcerário, que aumentou significativamente o número de incursos, presos sobretudo em provisória.

Ele entende como benéfico, sob o prisma do direito econômico – dedicado à redução de custos e distribuição racional de recursos - a criação de tipo penal autônomo, do pequeno traficante, que adote parâmetros de exigências de não dedicação à atividade criminosa e não participação em associação ou organização criminosa, entre outras. Conforme o rascunho de proposta, o “*vapor*”, pequeno traficante normalmente de origem humilde e facilmente recrutável e substituível, seria aquele abordado com quantidades intermediárias entre as consideradas para usuários (aproximadamente 10 dias de uso) e as consideradas para grandes traficantes (mais de 100 dias de uso).

⁴² CORDAZZO, K.; RAMOS LOPES, A. **O superencarceramento feminino em relação ao tráfico de drogas no Brasil**. Emancipação, Ponta Grossa - PR, Brasil., v. 22, p. 1–15, 2022. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/15458>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴³ ODON, Tiago Ivo. **Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 16 de julho de 2023

A apontar a necessidade da medida, pesquisas apontam que o tráfico de drogas no Rio de Janeiro e em Brasília é feito, em sua maioria, por primários (66,4%), dos quais 60,8% atuavam sozinhos quando presos. Ainda, 15,8% também responderiam por associação para o tráfico, além de apenas 14,1% terem sido condenados em concurso com posse de arma. A conclusão a que chegam alguns autores é a de que as prisões estão cheias, na verdade, justamente de usuários – o perfil sobre o qual a nova lei visava, de certa forma, aliviar a pressão carcerária, e pequenos traficantes. A prisão destes, no caso, não tem contribuído para a diminuição significativa da criminalidade violenta⁴⁴

4.3 A descriminalização por decisão judicial – Supremo Tribunal Federal e o Tema 506

Presentemente, o Supremo Tribunal Federal discute o Tema 506, de reconhecida repercussão geral, que trata da tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, cujo *leading case* é o RE 635.659/SP. A Corte discute a compatibilidade do art. 28 da Lei 11.343 de 2006 com a Constituição Federal, em especial observação do art. 5º, X, da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Em votos já proferidos pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, bem como pelos ministros Edson Fachin, Luís Barroso, Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin e Rosa Weber, até a presente data, se vislumbra a tendência da Corte de, ou afirmar a inconstitucionalidade do referido artigo 28, em sua totalidade, com reflexos em outros artigos da Lei 11.343/06, ou, mais

⁴⁴ LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, Renato Sérgio *et al* (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo, Contexto, 2014, pp. 357-362.

BOITEUX, Luciana *et al*. Tráfico de drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos/Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf

provavelmente, conforme guinada mais recente nos entendimentos, declarar a inconstitucionalidade do art. 28 somente em relação à maconha.

Os votos contabilizam, por ora, 5 a 1 pela declaração da inconstitucionalidade, com o voto inicial do ministro-relator declarando a inconstitucionalidade das medidas penais atribuídas ao porte para consumo pessoal de quaisquer drogas, mas sem definição de critério provisório quanto à quantidade de substância. Os votos seguintes foram no sentido de declarar a inconstitucionalidade do referido artigo somente quanto à maconha, com os entendimentos exarados pelos ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes fixando critérios provisórios no que toca às quantidades (até seis plantas fêmeas ou até 25g e até 60g, respectivamente, com nova declaração, em plenário, pelo ministro Barroso, que tal quantidade poderia se estender até 100g).

O voto divergente, do ministro Cristiano Zanin, foi pelo entendimento que a discussão encerra grande complexidade e que não deveria ser declarada a inconstitucionalidade do referido artigo. Contudo, fez a ressalva de que, vencido, entende correto o critério que limite o porte a 25g. A ministra Rosa Weber, que pediu para adiantar seu voto, diante do pedido de vista do ministro André Mendonça, acompanhou o entendimento do relator, inclusive em sua edição do voto original, aduzindo que o consumo pessoal, nas quantidades em que estipulado, não afetaria o bem jurídico saúde pública, mas sim a saúde pessoal do indivíduo:

O Estado usando da forma mais robusta e incisiva do seu arcabouço, o direito penal, ao restringir a autonomia privada, fugiu dos parâmetros mínimos e indispensáveis para limitação dos direitos fundamentais. Isso porque o consumo de drogas estritamente pessoal coloca em risco a saúde individual do usuário”

A aparente maior divergência entre os ministros votantes, até então, recai sobre quais substâncias proscritas a suposta inconstitucionalidade deve recair. À exceção do ministro-relator – que entendia, de início, que a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas se estenderia a todas as drogas, por pura interpretação do artigo, que fala em *drogas*, sem as especificar –, os demais ministros votaram pela inconstitucionalidade da criminalização do porte, de forma restritiva, da maconha, seja por sua menor nocividade, seja por restrição que entenderam que o caso paradigma, o RE 635.659/SP, impõe, por tratar, originalmente, de porte desta substância por apenado.

O voto do ministro Zanin, ressalta-se, cria um novo vácuo na disposição dos usuários. Conforme se observa, os sujeitos que consumam quaisquer outros entorpecentes proscritos, seguem criminalizados, dado que o recorte do ministro, que não condena o art. 28, apenas diferencia o usuário de maconha do traficante:

I – É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343;

II – Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso –, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros.⁴⁵

Na esteira do que foi exposto até então, é notória a inclinação em absorver o conhecimento gerado pela aplicação da referida lei de drogas em Portugal, tornando-o em entendimento da corte. Resta clara a intenção de que se adote um critério que supra o vazio legislativo e que diferencie, objetivamente, o traficante e o usuário, baseado em quantidade e natureza/qualidade da droga apreendida:

Não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, e às vezes até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes. Todavia, tendo em conta a disparidade dos números observados em cada país, seguramente decorrente do respectivo padrão de consumo, dos objetivos específicos, entre outras variantes, não se pode tomar como referência o modelo adotado por este ou aquele país. Por isso mostra-se recomendável, no caso do Brasil, ainda sem critérios objetivos distinção entre uso e tráfico, regulamentação nesse sentido, precedida de estudos sobre as peculiaridades locais.

A “importação”, à sua maneira, do direito estrangeiro, parece vir com certo cuidado, no voto de Mendes, sobretudo quando dá a entender a necessidade de se observarem as peculiaridades brasileiras. Contudo, o exemplo de Portugal e a inclinação a absorver no direito

⁴⁵ Decisão de julgamento de 24/08/2023. Vista em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 30/08/2023.

brasileiro algumas das intenções lá alcançadas, podem rebocar características indesejáveis e, mesmo, inconstitucionais, se mostrando como fontes de novos problemas jurídicos.

O voto do relator faz menção às *medidas não penais* lá aplicadas, inclusive ao *encaminhamento para tratamento* que, salvo melhor juízo, se trata de medida penal, ou *quase-penal*, uma vez que obriga, sob penas outras, ao tratamento:

Em Portugal, por exemplo, cuja política em relação a usuários tem sido citada como modelo, a descriminalização ocorreu em 2001 e foram adotadas, como alternativa, medidas não penais como restrição do exercício de determinadas atividades, multas e o encaminhamento para tratamento

As determinações do voto fazem ressalva de que as estratégias de recuperação e de tratamento devem levar em consideração especificações socioculturais dos diversos grupos de usuários. E das diferentes drogas a que expostos. Contudo, é salutar que se observe que se torna em pena restritiva de direitos o tratamento pretensamente voluntário sob pena de, não sendo realizado, implicar em outros desdobramentos de controle estatal.

Determinar ao Conselho Nacional de Justiça as seguintes providências:

a) Diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar;

b) Articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

A discussão da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo STF repercutiu nos demais poderes, com declaração de parlamentares sustentando a invasão da esfera legislativa. O presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, deu a entender da possibilidade de desdobramentos nocivos à sociedade ao se proferir decisão que repercute no uso de drogas

no país, sobretudo das consequências da decisão diante da existência de um programa que discipline o uso de drogas.⁴⁶

A descriminalização pela via judicial é discutível quanto ao seu aspecto de aparente ingerência do judiciário na esfera legiferante, que se poderia interpretar como ativismo judicial. A discussão, no ponto, também foi observada em outros países, tal como na Argentina, e mesmo em Portugal, a despeito de sua mudança, inicialmente, legislada.

A descriminalização do porte pessoal de drogas, na Argentina, se deu, também, pela via judicial, amparada por uma decisão das cortes altas daquele país. A Suprema Corte Argentina declarou, em 2009, inconstitucional o seguinte trecho da Ley 23.737 de 1989, que regulamenta os narcóticos:

Art.14.

Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.⁴⁷

A fundamentação, também semelhante àquela utilizada nas discussões contemporâneas travadas no STF, seria a de que o referido artigo violaria o princípio firmado no artigo 19 da Constituição Nacional Argentina. Na mesma esteira principiológica que vem guiando os votos no STF, de resguardo do direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, e, em suma, no respeito ao princípio da dignidade humana, aquele país tornou vazio o artigo referido:

Artículo 19

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.⁴⁸

⁴⁶ Reportagem Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2023/08/pacheco-decisao-sobre-uso-de-drogas-nao-pode-ignorar-politica-publica>. Acesso em 02 de ago de 2023

⁴⁷ Ley 23.737. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_arg_fia_ley23737_sp.htm

⁴⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

A discussão de se a Suprema Corte estaria a se imiscuir em assunto fora de sua competência ao julgar a descriminalização de drogas, perpassa, também, a questão portuguesa. Veja-se que, em que pese a origem legislativa da medida descriminalizante e o entusiasmo inicial da intenção de recuperar usuários, sobretudo aqueles em estados avançados de adição, o tempo e a disputa de interesses políticos levaram a diversos vai e vens com implicações que determinaram o aumento de punição para os usuários. Também em Portugal a questão passou pelo crivo da Suprema Corte que, em 2008, no julgado nº 8/2008, reestabeleceu o crime de uso de drogas quando as quantidades apreendidas extrapolavam o uso médio individual de dez dias.⁴⁹

A medida voltou a aumentar consideravelmente o número de condenações por uso, e reflete o sentimento de controle que é quase inerente às políticas que permeiam o controle sobre substâncias e a criminalização da adição. O presente debate pede a observação do Direito Comparado, tanto pela natureza essencialmente internacional das políticas de controle das drogas, quanto para se analisar os casos que se assemelhem aos desafios enfrentados nacionalmente.

Nos EUA, a punição criminal da adição é discutida, pela primeira vez, no paradigmático caso *Robinson v California* (1962), em que uma lei da Califórnia tornou uma ofensa penal ser adicto ao uso de narcóticos. Ou seja, a característica do sujeito, que, inclusive, prescindia de conduta específica (e.g., não necessitava estar o indivíduo drogado ou portar drogas consigo), era, de início, punível. Posteriormente entendida inconstitucional pela Suprema Corte, justamente por se entender como cruel e incomum a medida que decidisse pela prisão de alguém por estar/ser doente, nos termos daquela *Opinion*, a discussão voltou a aparecer diante daquele tribunal em *Powell v Texas* (1968), que deu uma interpretação mais restritiva a *Robinson v California*, por tratar, agora de um caso em que o indivíduo era encontrado, na rua, alcoolizado, mas que alegava sua falta de intenção/vontade, diante de sua reconhecida condição de alcoolista:

On its face the present case does not fall within that holding, since appellant was convicted, not for being a chronic alcoholic, but for being in public while drunk on a particular occasion. The State of Texas thus has not sought to punish a mere status, as California did in *Robinson*; nor has it attempted to regulate appellant's behavior in the privacy of his own home. Rather, it has imposed upon appellant a criminal sanction for public behavior which may create substantial health and safety hazards, both for

⁴⁹ RÊGO et al. **20 years of Portuguese drug policy - developments, challenges and the quest for human rights**. Substance Abuse Treatment, Prevention, and Policy. 2021.

appellant and for members of the general public, and which offends the moral and esthetic sensibilities of a large segment of the community. This seems a far cry from convicting one for being an addict, being a chronic alcoholic, being “mentally ill, or a leper ...” Robinson so viewed brings this Court but a very small way into the substantive criminal law. And unless Robinson is so viewed it is difficult to see any limiting principle that would serve to prevent this Court from becoming, under the aegis of the Cruel and Unusual Punishment Clause, the ultimate arbiter of the standards of criminal responsibility, in diverse areas of the criminal law, throughout the country.⁵⁰

Aqui, a Suprema Corte entende pela legalidade da medida, inclusive indicando a sua inclinação a aceitar como válida eventual legislação de medidas coercitivas de tratamento com períodos de confinamento involuntário. A opinião chega ao ponto de expressar que a proibição à punição do indivíduo alcoolista seria uma medida fútil, justamente por não se saber o que fazer com tais indivíduos, e que a prisão por períodos curtos teria a virtude de periodicamente afastá-los da bebida.

Estas interpretações, em que pese soem retrógradas se observadas na atual situação da discussão sobre a penalização da adição, podem ter seus paralelos traçados com a intenção de algumas normativas que, anteriormente, procurou-se aplicar nos diplomas legais brasileiros. As iniciativas de constrição do indivíduo em estabelecimentos manicomial têm este viés sanitarista, de tentativa não somente de medida de saúde, mas de “limpeza” da cidade. Malgrado os resultados obtidos em Portugal, as suas medidas de tratamento também são discutidas quanto às suas características que se assemelham a penas, justamente por sua característica disfarçadamente cogente.

5 Conclusão

Substâncias sabidamente causadoras de dependência e de efeitos deletérios, como o álcool e a nicotina, a contrassenso de abundantes dados, não são criminalizadas. A incoerência do legislador não se sustenta, sequer, na discussão dos perigos ao indivíduo que se estendem à sociedade. Fosse o caso, iria ao encontro dos mais contundentes produtos da ciência de dados: conforme Bonomo *et al*, o álcool e o tabaco se mostram, ainda hoje, como as substâncias mais danosas (mesmo em comparação aos temidos opiáceos, por exemplo), tanto ao indivíduo quando ao seu entorno, resultados que destacam, nas palavras dos autores, os danos persistentes

⁵⁰ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Powell v Texas. Opinion of the Court**, 392 U.S. 514-570, 1968. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep392/usrep392514/usrep392514.pdf>. Acesso em 08 ago 2023.

e pervasivos do álcool⁵¹. CARNEIRO vai ainda mais longe, em um salutar exercício de raciocínio lógico, e indaga quanto à adição relacionada a não-substâncias (internet, pornografia, aposta, entre outros).

Não se mostra desarrazoado o destaque de que a legitimidade social dada a certas substâncias e tomadas de outras se enquadra em um contexto de disputa semântica. RODRIGUES, ao discutir o conceito de *delito*, nos faz lembrar que é uma construção política, e não uma característica ontológica, ou seja, só existe a partir de uma definição normativa, jamais independentemente desta, e que *objetiva* algo. Na mesma senda, de se destacar que o conceito de drogas, nos volumes legislados nacionalmente, ainda que faça constante menção à capacidade de causar dependência dos ditos compostos, relega às listas editadas pelo Poder Executivo a definição de quais são as substâncias de fato que, para efeitos da lei, "*consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*".

Conclui-se que a confusão entre os artigos 28 e 33 da atual lei de drogas são corolário lógico tanto da história do controle de drogas quanto da intenção política e interesse socialmente disseminado do controle dos usuários de drogas. O bem jurídico que, supostamente, a proibição resguarda, por vezes, diante da confusão causada pelos brancos legislativos no corpo dos artigos referidos, sofre mais dano do que proteção – sobretudo quando a baixa lesividade da conduta e a possibilidade de utilização de meios de controle não penais não são observados. Os efeitos deletérios da proibição das drogas se mostram, em determinados casos, mais danosos que as próprias drogas em si, resultado que se observa na deterioração do sistema carcerário, sendo este um entendimento que já percola no meio jurídico.

Novos comportamentos observados nas cortes superiores, STJ e STF, bem como no MPF, apontam para a guinada na compreensão social quanto a determinadas substâncias. O STJ e o STF, inclusive, têm, cada vez mais, desidratado entendimentos anteriores de que, por exemplo, não se aplicaria insignificância a crimes de drogas. Recentemente, o próprio MPF lançou nota relatando das novas tendências que se sedimentam dentro do órgão, e que seus

⁵¹ BONOMO, Y., NORMAN, A., BIONDO, S., Bruno, R., Daghli, M., Dawe, S., Castle, D. **The Australian drug harms ranking study**. *Journal of Psychopharmacology*. 2019.

procuradores têm suscitado a desclassificação do crime de tráfico para a conduta de usuário, pela insignificância ou baixa lesividade⁵².

A atual conjuntura é a de disseminação de estudos relevantes e rigorosos sobre as mais diversas substâncias a que se convencionou chamar drogas. As perspectivas que tratam de entender e conter as características epidêmicas de alguns contextos, as discussões que lidem com vieses que ultrapassem a toxicomania e o uso recreativo e clínico, refletem, cada vez mais, no mundo jurídico.

⁵² Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr2/2023/tendencia-mpf-defende-a-desclassificacao-do-crime-de-trafico-de-drogas-em-condenacoes-por-pequenas-quantidades>. Acesso em: 08 ago 2023

6 Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). v.1.** Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BONOMO, Y., NORMAN, A., BIONDO, S., Bruno, R., Daghli, M., Dawe, S., ... Castle, D. **The Australian drug harms ranking study.** Journal of Psychopharmacology. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em 17 jul 2023.

_____. Decreto N. 2.994, de 17 de agosto de 1938. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1938/d02994.htm >>. Acesso em: 19 jul. 2023

_____. Decreto N. 4.294, de 6 de julho de 1921. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.htm> >>. Acesso em: 08 ago. 2023

_____. Decreto N. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html> >>. Acesso em: 09 ago 2023

_____. Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1964/d54216.htm > Acesso em: 19 jul. 2023

_____. Decreto N. 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm > Acesso em 19 jul 2023

_____. Decreto N. 79.388, de 14 de março de 1977. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em 19 jul 2023

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo.** 2015. 313 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1.** Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006, 8ª edição.** Porto Alegre: Editora Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/>. Acesso em: 08 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS – CONAD – **Resolução nº 1 de 25 de janeiro de 2010**. Disponível em: < https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/subcapas-senad/conad/atos-do-conad-1/2010/11___resolucao_n_01_2010___conad.pdf >>. Acesso em: 19 jul. 2023

CORDAZZO, K.; RAMOS LOPES, A. **O superencarceramento feminino em relação ao tráfico de drogas no Brasil**. Emancipação, Ponta Grossa - PR, Brasil., v. 22, p. 1–15, 2022. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/15458>. Acesso em: 22 ago. 2023.

ESTADO DO OREGON. Drug addiction treatment and recovery act (Measure 110). 2020. <https://sos.oregon.gov/admin/Documents/irr/2020/044text.pdf>. Acesso em: 30 ago 2023.

FERRARI, Karine. Angela; COLLI, Maciel. **Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06**. Unoesc & Ciência – ACSA, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012

LIPPI, Camila Soares. **O discurso das drogas construído pelo direito internacional**. Revista de Direito Internacional. Brasília. v. 10, n.2, p 53-65. 2013.

LUNARDON, Jonas Araujo. **“Ei, polícia, maconha é uma delícia!”: o proibicionismo das drogas como uma política de criminalização social**. 2015. 47f. Dissertação. (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal. Volume Único**. Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646630/>. Acesso em: 24 ago. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 4ª edição. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

ODON, Tiago Ivo. **Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 16 de julho de 2023.

RÊGO et al. **20 years of Portuguese drug policy – developments, challenges and the quest for human rights**. Substance Abuse Treatment, Prevention, and Policy. 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo

RODRIGUES, Luciana Boiteux e PÁDUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**. Rio de Janeiro. 2013

RODRIGUES, Luciana Boiteux; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Tráfico de Drogas e Constituição - Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33**

da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. In: Série Pensando o Direito.n1. Rio de Janeiro/Brasília mar 2009.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Robinson v California.** Opinion of the Court, 370 U.S. 660-689, 1962. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep370/usrep370660/usrep370660.pdf>. Acesso em 17 jul 2023.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Powell v Texas.** Opinion of the Court, 392 U.S. 514-570, 1968. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep392/usrep392514/usrep392514.pdf>. Acesso em 08 ago 2023.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Roe v Wade.** Opinion of the Court, 410 U.S. 113-178, 1973. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>. Acesso em 13 ago 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GILMAR, Mendes. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral.**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

UELMEN, Gerald F. e KREIT, Alex. **Drug Abuse and the Law Sourcebook.** Dezembro2022