

Paulo Queiroz
Marcus Mota Rivetti Lopes
Héryta Ramos de Araújo
Rafael Foschetti Meirelles

COMENTÁRIOS À LEI DE DROGAS

3ª | revista
edição | ampliada
atualizada

2026

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PARTE I

TEORIA GERAL DOS CRIMES DE TRÁFICO E AFINS

Por Paulo Queiroz

1. INTRODUÇÃO

O que hoje conhecemos por *tráfico de entorpecentes* nem sempre existiu, afinal houve tempo em que as drogas (antigas e atuais) eram livremente produzidas, comercializadas e consumidas.¹ A história da repressão – grandemente fracassada – é, pois, recente. E o fato de atualmente existir uma política duramente repressiva não significa que tal ocorrerá sempre². Aliás, parece mesmo provável que num futuro não muito distante algumas das atuais substâncias ilícitas – talvez todas elas – voltem a ser comercializadas com algum controle oficial, à semelhança do que se

1. Vide Antonio Escototado: *Historia General de las Drogas*. Madrid: Editorial Espasa, 2008, 8ª edición. Há, inclusive, quem veja evidências arqueológicas do consumo de substâncias psicoativas na prehistoria (Elisa Guerra Doce. *La Drogas en la prehistoria. Evidencias arqueológicas del consumo de sustancias psicoativas en Europa*. Barcelona: Editorial: Edicions Belaterra, 2006). De acordo com Maria Lúcia Karam (Proibições, riscos, danos e enganados: as drogas tornadas ilícitas, v. 3. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009), a primeira ação internacional visando a proibir a produção, a distribuição e o consumo de substâncias psicoativas e matérias primas foi sistematizada na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada pela Liga das Nações, em Haia, em 23 de janeiro de 1912, sendo que o artigo 20 recomendava aos Estados signatários que examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados. Salo de Carvalho (cit., p. 10/11), embora cite precedentes no Livro V das Ordenações Filipinas, Título LXXIX, assinala que “...somente a partir de 40 é que se pode verificar o surgimento da política proibicionista sistematizada (...)”. No caso da política de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38).
2. Atualmente mais de 20 países adotam a pena de morte para o tráfico: Argélia, Brunei, Coreia do Sul, China, Egito, Emirados Árabes Unidos, Filipinas, Indonésia, Irã, Iraque, Ilhas Maurício, Jordânia, Kwait, Malásia, Singapura, Síria, Sri Lanka, Taiwan, Tailândia, Turquia. Também os Estados do Arizona e Florida (Estados Unidos da América). Cf. Antonio Escototado, cit., p. 1.125.

passa com as drogas lícitas (tabaco, álcool, remédios etc.). Cabe lembrar que as atuais drogarias ou farmácias se prestam a isso: vender drogas.

Naturalmente que proibir, sobretudo proibir incondicionalmente, não é controlar; proibir significa apenas remeter as atividades proibidas para a clandestinidade, onde não existe controle (oficial) algum, de modo que, a pretexto de reprimir a produção e o comércio de droga, a lei penal acaba por fomentar o próprio tráfico e novas formas de violência e criminalidade, transferindo o monopólio da droga para o chamado mercado negro.

Não é por acaso que alguns países – Holanda, Suíça etc. – têm preferido uma política de redução de danos a uma política repressiva.³ É que, a pretexto de combater a produção e o consumo de droga, a proibição indiscriminada dessa forma de comércio tem causado efeitos claramente criminógenos, tais como: 1) criação de preços artificiais e atrativos, tornando extremamente rentável o tráfico; 2) o surgimento de uma criminalidade organizada especializada no tráfico; 3) frequentes confrontos e mortes entre grupos rivais; 4) mortes sistemáticas entre traficantes e policiais; 5) vitimização de inocentes por meio das chamadas “balas perdidas” e semelhantes; 6) lavagem de dinheiro; 7) corrupção das polícias e outras instituições públicas; 8) tráfico de armas; 9) sonegação de tributos; 10) rebeliões nos presídios; 11) ameaça, extorsão e morte de usuários; 12) criação de um poder político (militar ou paramilitar) paralelo ao Estado.

Como assinala Moisés Naím, “nos países em desenvolvimento e naqueles que fazem a transição do comunismo, as redes criminosas frequentemente constituem o capital investido mais poderoso que confronta o governo. Em alguns países seus recursos e capacidades traduzem-se em geral em influência política. Os traficantes e seus sócios controlam os partidos políticos, dominam importantes meios de comunicação e são os maiores filantropos por trás das organizações não governamentais. Esse é um resultado natural em países onde nenhuma atividade econômica pode

3. Vide, a propósito, Salo de Carvalho: *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 5ª edição, e Mariana de Assis Brasil e Weigert. *Uso de drogas e sistema penal*. Rio: Lumen Juris, 2010.

igualar-se, em tamanho e lucros, ao comércio ilícito, e onde, portanto, os traficantes tornam-se ‘o grande empresariado’ nacional”.⁴

E, apesar da proibição, drogas são facilmente encontradas em todo território nacional. Parece, inclusive, que, quão mais repressora é a política antidroga, mais forte e violento se torna o tráfico, mesmo porque, enquanto houver procura (de droga lícita ou ilícita), haverá oferta, inevitavelmente.

No fundo, o problema fundamental não reside, propriamente, na produção e no consumo de drogas legais ou ilegais, presentes na história da humanidade desde sempre, mas na irracionalidade do discurso de guerra às drogas e na violência arbitrária que resulta da atual política proibicionista, um autêntico genocídio em marcha.⁵

Proibir de modo absoluto o comércio de drogas é, por conseguinte, o modo mais trágico e desastroso de administrar o problema.

1.1. Crime e castigo na Lei nº 11.343/2006

O direito penal das drogas é um típico direito penal de exceção, pois nele não incidem ou só incidem acidentalmente, os princípios que informam o direito e o processo penal democráticos. Com efeito, e conforme veremos, a lei não protege, a rigor, bem jurídico algum ou não o protege adequadamente; tipificam-se crimes sem vítima; criminalizam-se condutas por meio de simples portaria; punem-se perigos abstratos e atos meramente preparatórios, e, mais, castiga-se desproporcionalmente.

Além de criminalizar um *delito sem vítima*, isto é, a produção, o comércio e o uso de droga, a lei vai além e tipifica, como regra, atos meramente preparatórios para um agir criminoso, como adquirir, vender etc.

4. Ilícito. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 13.

5. Thomas Szasz, comparando política de drogas e discurso religioso, afirma que “como un judío profanando la Torah, o un cristiano la hostia, un americano que usa droga ilícita es culpable del crimen místico de profanación: transgrede el más estricto y más remoto tabú. Quien abusa de las drogas se contamina a sí mismo y contamina a su comunidad, poniendo en peligro a ambos. De ahí que para el libertario laico quien abusa de las drogas comete un <<crimen sin víctima>> (esto es, ningún crimen en absoluto), mientras para el hombre normalmente socializado es un peligroso profanador de lo sagrado. Por eso su eliminación está ampliamente justificada.” SZASZ, Thomas. Nuestro derecho a las drogas. Traducción de Antonio Escohotado. Barcelona: Compactos Anagrama, 2001, p. 112. Comparação semelhante faz Antonio Escohotado, que, em análise longa e exaustiva, fala de “cruzada contra as drogas”.

matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de droga (v.g., querosene, ácido etc.).

Mas não só. A lei penaliza ainda a simples associação para a realização dessas atividades (art. 35), isto é, tipifica a preparação da preparação ou o perigo do perigo.

Nesse sentido, conforme o Parecer do Conselho Federal de Psicologia sobre o Projeto de Lei 7.663/2010 e seu substitutivo (origem da Lei 13.840, de 5 de junho de 2019)⁶, a previsão do tipo fundamental do tráfico de droga (art. 33) implica uma verdadeira antecipação dos atos executórios do crime, quase chegando na criminalização da própria cogitação do crime, primeira fase do *iter criminis*. Confirmam-se, a propósito, alguns trechos destacados, em razão de sua importância:

(...) Karan (2010)⁷ chama a atenção para outra característica da legislação antidrogas, a “antecipação do momento criminalizador”: Essa antecipação se revela no abandono das fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma (isto é, a previsão na lei como crime) da posse, do transporte ou da expedição das substâncias ou matérias primas proibidas. **Possuir, transportar ou expedir são condutas que constituem apenas um começo da execução da venda ou de qualquer outra forma de fornecimento, que caracterizam propriamente o “tráfico”. Pense-se, por exemplo, no caso de um crime de homicídio por envenenamento, em que o oferecimento da bebida com o veneno é apenas um começo da execução da proibida conduta de matar. Se alguém é surpreendido entregando o copo e, assim, é interrompido em sua ação e não consegue que a vítima efetivamente tome a bebida envenenada e morra, será punido, como prevê a legislação penal regular (o Código Penal), apenas pela tentativa, tendo assim a pena reduzida entre um a dois terços. A pena mínima do homicídio consumado é de seis anos de reclusão. Essa pena mínima para quem tentou matar, mas não conseguiu, será reduzida para, pelo menos, quatro anos. No caso do “tráfico”, não. Tanto a posse, o transporte ou a expedição, quanto o efetivo fornecimento ou venda serão punidos com a mesma pena (...). A criminalização antecipada contraria – e, portanto, viola – o princípio da exigência de lesividade (ou ofensividade) da conduta proibida, segundo o qual uma conduta só pode ser objeto**

6. O inteiro teor do parecer está disponível no sítio eletrônico *pauloqueiroz.net*, no seguinte endereço: <https://pauloqueiroz.net/politica-de-drogas-parecer-do-conselho-federal-de-psicologia/>.

7. KARAN, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>.

de criminalização quando direta, imediata e significativamente afete um bem jurídico relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos. O rigor penal em vigor no Brasil quanto ao tráfico de drogas envolve, ainda, a possibilidade do abate de aeronave (artigos 1º, 2º e 3º do artigo 303 da Lei 7.565/86, com as modificações introduzidas pela Lei 9.614/98, regulamentada pelo Decreto 5.144/04), que introduziu a pena de morte fora de período de guerra, ou seja, fora da exceção prevista pela Constituição Federal. Ele é notável, também, na vedação imposta pela Constituição Federal de fiança, graça e anistia ao crime de tráfico (C.F. art. 5º, inciso XLIII), na impossibilidade de concessão de indulto, de suspensão condicional da pena de prisão (*sursis*) e de substituição por pena restritiva de direito, na vedação da concessão da liberdade provisória⁶ e nos prazos diferenciados para a obtenção de benefícios na execução penal. Neste particular, é importante lembrar que a Lei dos Crimes Hediondos vedava a progressão de regime, o que foi considerado inconstitucional pelo STF, ainda que com quase duas décadas de atraso. (...) **O projeto de Lei nº 7663/2010, de autoria do deputado Osmar Terra (PMDB/RS), possui pelo menos um mérito: ele reúne em um mesmo texto todos os equívocos e todas as ilusões de nossa história no que diz respeito às políticas públicas para drogas. A eventual aprovação desta proposição, por consequência, potencializará os efeitos perversos das abordagens tradicionais e conservadoras na área, aumentando o número de prisões e o tempo de privação da liberdade, aumentando as possibilidades de condenações de usuários como se traficantes fossem, degradando ainda mais as condições já inaceitáveis de execução penal no Brasil, criando uma indústria de internações compulsórias, regredindo nas iniciativas de redução de danos, aumentando de forma exponencial a despesa pública e violando os direitos elementares de pessoas em situação de fragilidade social.** Para evitar este desastre, o Conselho Federal de Psicologia (CFP), em esforço interdisciplinar, elaborou este parecer. As afirmações aqui expostas e os dados oferecidos ao debate possuem suas respectivas referências acadêmicas, de tal modo que os interessados possam checar as informações nos estudos originais. Nesta discussão, como em tantas outras, não é possível que as opções de políticas públicas sejam estruturadas pelo preconceito, pelas visões moralistas e/ou religiosas ou pela conhecida disposição de mascarar interesses comerciais e eleitorais com afirmações que não se sustentam tecnicamente. O Brasil já pagou um preço muito elevado pela incompetência, pela demagogia e pela mentira. É hora de tratar dos temas da saúde pública e da segurança com a devida seriedade. Senão por outro motivo, porque posições erradas nestas áreas costumam matar. (...) **O Brasil tem um ótimo exemplo a respeito de enfrentamento de dependência química. Por qualquer critério que se queira avaliar esta experiência, ela será sempre um exemplo de sucesso. Estamos falando da dependência química produzida pela**

nicotina. Para Laranjeira e Gigliotti⁸ “trata-se de problema tão virulento que embora 70% dos fumantes desejem parar de fumar, apenas 5 % destes conseguem fazê-lo por si mesmos”. No mais, o hábito de fumar está associado a uma extensa lista de doenças graves, especialmente à ocorrência de vários tipos de câncer e ao enfisema pulmonar, sendo que a OMS estima que três milhões de pessoas morram a cada ano, por doenças relacionadas ao tabagismo. **Este, não obstante, é um tema difícil para os proibicionistas por, pelo menos, duas razões: primeiro porque, em que pese os malefícios do tabagismo, a droga é legal em todo o mundo e os adeptos das políticas proibicionistas não estão propondo tornar o tabaco ilegal. Segundo, porque o Brasil e muitas outras nações têm alcançado índices impressionantes de redução do tabagismo com políticas públicas voltadas fundamentalmente para a prevenção e para a regulação restritiva do consumo.** O fenômeno tem ocorrido inclusive nos Estados Unidos que já tiveram quase 42% de fumantes, um percentual que contrasta com os atuais 24%⁹ de usuários de tabaco. No Brasil, cerca de 35% da população adulta era fumante em 1989. Hoje, os fumantes brasileiros são 15,2%. Reduzimos em mais de 50% o número de fumantes em um espaço de 20 anos, sem qualquer contribuição do direito penal, sem prisões, sem leis excepcionais, sem alarma social. **Como conseguimos isto? Proibindo a propaganda nos meios de comunicação social; obrigando as empresas a colocar anúncios de advertência nas carteiras de cigarros; limitando os ambientes de uso; resguardando os espaços fechados e desestimulando o consumo. Especialmente, apostamos na formação de uma cultura de prevenção com relação ao tabaco. Os resultados são impressionantes e o serão ainda mais se tivermos a determinação de avançar nessa política, enfrentando os interesses das fumageiras. Como costuma ocorrer na tradição política brasileira, entretanto, o PL nº 7663/2010 desconsidera a experiência mais amplamente exitosa que já construímos de enfrentamento à dependência química¹⁰ e se dedica a reforçar a experiência mais amplamente fracassada.** A proposição em favor do aumento das penas para “traficantes” assinala o compromisso do PL com um passado de erros e expressa aquilo que Pratt (2001) chamou de “nova punitividade” e que Simon (2000) identificou como a “era do hiperencarceramento”. Para o senso comum, o crime é concebido como

8. LARANJEIRA, Ronaldo e GIGLIOTTI, Analice. Tratamento da dependência da nicotina. Psiquiatria na prática médica. Departamento de Psiquiatria – UNIFESP/EPM. Disponível em: http://www.unifesp.br/dpsiq/polbr/ppm/atu1_02.htm
9. Center of Disease Control Fact Book for 2000-2001, Atlanta, GA, p. 47.
10. Kaminski (apud SEQUEIRA, 2006) afirma que o fenômeno das drogas está largamente determinado pelo discurso que delas se faz. A representação social da droga seria seu elemento mais tóxico. Percebe-se isto claramente também quando se compara os níveis de preocupação na opinião pública e nos governos com o álcool.

um problema sempre de maior gravidade – independentemente do crescimento ou da queda real da violência, o que gera um clima de estado de emergência onde “medidas extraordinárias” precisam ser tomadas para defender a sociedade de “ameaças extraordinárias” (HOGG and BROWN, 1998:4). (...) (grifo nosso)

Claramente, o fracasso da política legislativa de “tolerância zero” em contraste com o sucesso do combate ao tabagismo deve servir de inspiração para que o foco seja a ampliação e o aprimoramento das políticas públicas preventivas. Como é o caso bem-sucedido do combate ao tabagismo, que pode ser transportado e aprimorado para o uso de drogas ilícitas.

Na mesma linha que defendemos nesta obra, o CFP aponta a arbitrariedade estatal por meio de sua produção legislativa conforme já dissemos em outras oportunidades, como um “direito penal de emergência”, ou seja, o uso do Direito Penal como propaganda de solução de problemas sociais estruturais em curtíssimo prazo.

Tal procedimento, normalmente, decorre de alteração das leis em tempo recorde, com previsão de penas mais elevadas e/ou execução penal mais rígida, a pretexto de reduzir a criminalidade. O parecer discorre longamente sobre a história da criminalização das drogas no Brasil e a experiência da política de “tolerância zero” em algumas cidades nos Estados Unidos da América, para concluir que, ao contrário do esperado da política de repressão criminal, a cidade de Nova Iorque, com menor índice de encarceramento, foi a que teve melhor resultados na redução de crimes entre os anos de 1990 e 2009.

Não bastasse a criminalização de atos meramente preparatórios para o tráfico e afins, a lei comina, para esses mesmos delitos, penas ora inferiores, ora superiores ao próprio tráfico de entorpecentes, ignorando que este é o crime-fim, o tipo penal fundamental, enquanto os demais são subsidiários e, pois, gravitam em torno dele.

Assim, por exemplo, enquanto o tráfico é punido com 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, o simples oferecimento (eventual) de droga, cuja pena de prisão varia de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, é castigado com 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Outros delitos derivados preveem penas semelhantes, por vezes superiores ao tipo fundamental de tráfico.

Releva notar, ainda, que, em virtude da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da lei, é perfeitamente possível que o crime de tráfico seja punido com penas privativas de liberdade inferiores aos ditos tipos acessórios e menos graves.

É, pois, manifesta a violação ao princípio da proporcionalidade, a exigir especial prudência e senso crítico por parte dos juízes quando da individualização da pena.

Apesar disso, houve uma evolução na política de drogas. A Lei nº 13.840/2019, ao alterar a Lei nº 11.343/2006 (“Lei de Drogas”, “Lei Anti-tóxicos” etc.), reformulou completamente o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, com a inclusão de diversos artigos, como que para consolidar e atualizar a nova sistemática, já que a condução das políticas públicas sobre drogas por parte da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – Senad ocorria administrativamente, sem uma definição legal das competências dos entes federativos e com apenas nos princípios e objetivos já previstos nos arts. 4º e 5º da Lei de Drogas, além das diretrizes dos artigos 18 e 19.

Nessa linha, essas normas gerais – um tanto genéricas – não contribuíam muito para uma análise crítica e uma implementação de uma política pública mais eficaz e mais direcionada para solucionar os problemas principais. Um deles é o desinteresse político na realização de campanhas educativas sobre o uso de drogas, como ocorreu com as drogas lícitas (cigarro e álcool), em lugar de uma sistemática voltada mais para a repressão criminal do que a prevenção. Ao que parece, o tema não foi e não é prioridade na formulação da agenda de políticas públicas.

Pelo menos, com a macrorreforma de 2019, previu-se no art. 8º-A a competência da União para fixar normas gerais sobre a política de drogas no país, elaborar o Plano Nacional de Políticas sobre Drogas – Planad, em parceria com os Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecimento de diretrizes sobre organização e funcionamento do Sisnad, e suas normas de referência, além de objetivos, ações estratégicas, metas, prioridades e indicadores, para, finalmente, definir formas de financiamento e gestão das políticas sobre drogas.

Assim, a atualização da Política Nacional sobre Drogas, se deu com o Decreto 9.761, de 11 de abril de 2019 e a elaboração do plano nacional

terá vigência de cinco anos a partir de sua aprovação, o que só ocorreu no ano de 2022. O Planad, portanto, estará em vigência até o ano de 2027.

Apesar do papel diretor da União para elaboração de normas, publicidade e sistematização de dados estatísticos nacionais de prevenção, tratamento, acolhimento reinserção social e econômica e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes além de medidas de enfrentamento de crimes internacionais e elaboração de controle de fronteiras, a execução e o financiamento das políticas sobre drogas se darão de forma colaborativa entre todos os entes federativos, por meio dos conselhos estaduais e municipais de políticas sobre drogas, conforme objetivos do art. 8º-E (colaboração na elaboração, planejamento e execução das políticas, propor celebração de instrumentos de cooperação para prevenção, tratamento, acolhimento, reinserção social dos usuários, realização de estudos para subsidiar o planejamento, propor novas políticas públicas com vistas à maior integração e participação do usuário ou dependente de drogas para sua integração social e outras atividades que lhes forem repassadas conforme o Sisnad e seus planos).

Outro problema relevante é o tratamento das pessoas com dependência de uso de substâncias entorpecentes, deixado em segundo plano, até porque não havia uma definição legal das políticas públicas, além do foco na repressão ao tráfico de entorpecentes, influenciada pelos tratados internacionais no âmbito da Organização das Nações Unidas, conforme exposto na introdução do Planad: a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, além da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 19 de abril de 2016.

De todo modo, incluiu-se o art. 22-A prevê que “as pessoas atendidas por órgãos integrantes do Sisnad terão atendimento nos programas de educação profissional e tecnológica, educação de jovens e adultos e alfabetização”. Já o art. 22-B, que propunha a contratação compulsória de 3% do total de vagas oferecidas em licitações de obras públicas com mais de 30 postos de trabalho de pessoas atendidas pelas políticas públicas sobre drogas, foi vetado. O dispositivo foi considerado desproporcional, por desconsiderar a discricionariedade técnica conforme as características de cada obra e a necessidade de variação do quantitativo de trabalhadores.

Além disso, a cláusula deveria ser facultativa, como ocorre, atualmente, na contratação de egressos do sistema prisional, como forma de ressocialização (art. 25, § 9º, II, da Lei 14.133/2021).

Trataremos das críticas relativas à política de tratamento do usuário e do dependente de drogas, que, afinal surtiram efeito, já que várias previsões inconstitucionais do PL nº 7663/2010 e outras indesejáveis do ponto de vista do garantismo penal (possibilidade de internação do mero usuário de drogas, por exemplo) foram suprimidas durante o processo legislativo, com o filtro dos vetos jurídicos e políticos do Presidente da República.

Após um processo legislativo tumultuado, ao final, aprovação das leis se deu sem violação à repartição de competência constitucional dos entes federativos, já que as competências estaduais, distritais e municipais aprovadas pelo Congresso Nacional foram vetadas pelo Presidente da República. Para a política de drogas, o sistema de “freios e contrapesos” dos Poderes Legislativo e Executivo foi bem-sucedido – pelo menos no sentido de se evitar um completo desastre normativo, com a repetição dos vícios e erros antigos na sua condução.

Tudo isso revela quão problemática é a questão das drogas no Brasil, que passa não só pela mentalidade popular, mas também pela manipulação política e legislativa, que, assim como acontece em outras atividades estatais, não serve para resolver de fato os conflitos sociais, mas, sim, para fomentar interesses nada republicanos.

Atualmente, a atenção ao usuário foi objeto de maior destaque nos objetivos do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas (art. 8º-D), além da prevenção ao uso, nos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e XII, com criação de programas voltados à proteção da família, e ao próprio usuário de drogas (escolarização e qualificação profissional, acesso a todos os serviços públicos, serviço telefônico de apoio, programas e ações de incentivo ao emprego renda e capacitação ao trabalho e articulação das instâncias de saúde, assistência social e de justiça no enfrentamento ao abuso das drogas

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ já havia se posicionado de forma mais favorável a essas pessoas, especialmente ao relativizar e propor limites para a tipificação das condutas de tráfico de droga (art. 33) para

o de uso para consumo pessoal (art. 28), além de vários outros avanços. Destacamos, por ora, que essa evolução culminou com a elaboração do Tema 506 da Repercussão Geral, relativamente ao uso da maconha e à despenalização do uso para consumo próprio, e o STJ fixou balizas para a correta tipificação do “tráfico privilegiado” (art. 33, § 4º) e a aplicação proporcional das medidas penais.

Por fim, a ênfase à prevenção e reinserção social consta ainda dos arts. 20, VII, VIII, IX e X, e 23 ao 26-A da Lei 11.343/2006, incluídos pela reforma, que trataremos com mais detalhes em capítulo específico, diante, inclusive, da criação da política de reinserção dos dependentes químicos.

É necessário que seja superada a visão de que o usuário e o dependente de drogas são causa principal da permanência e da lucratividade do tráfico de entorpecentes, a justificar a aplicação de pena contra eles. Pelo contrário, os usuários são pessoas que necessitam de políticas públicas maciças de conscientização, apoio e tratamento pelo Estado.

2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO

De acordo com a doutrina, o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudicaria a saúde dos usuários, levando-os, eventualmente, à morte, inclusive. Nesse sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi pretendem que “o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa a evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos”¹¹. Assim também, Damásio de Jesus,¹² entre outros.

A tese é infundada, porém. Primeiro, porque a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre

11. Lei de drogas anotada. Saraiva: S. Paulo, 2009, 3ª edição, p. 86.

12. Lei antidrogas anotada. Saraiva: S. Paulo, 2009, 9ª edição, pp. 79/82.

a qualidade da droga inevitavelmente produzida e consumida, inclusive porque os órgãos públicos pouco ou nada podem fazer a esse respeito, em razão da clandestinidade; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinquente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo.

Como assinala Maria Lúcia Karam, “não são as drogas que geram criminalidade e violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos ‘traficantes’. Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é, sim, o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência”.¹³

Finalmente, as drogas (legais ou ilegais) não são em si mesmas prejudiciais à saúde, tudo dependendo de quem as usa, como e quando o faz. Afinal, as drogas – lícitas ou não – são *neutras*, como o é um martelo ou uma faca de cozinha, que podem ser usados eventualmente (também) para causar dano, ferir ou matar alguém.¹⁴ Não é, pois, sem razão que alguns autores – Thomas Szasz,¹⁵ Antonio Escotado¹⁶ etc. – defendem, inclusive, um *direito ao uso de drogas*.

Enfim, se a preocupação com a saúde pública fosse a questão política fundamental no particular, o mais adequado não seria a criminalização da produção, do comércio e do consumo de droga, mas a sua legalização pura e simples, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas, mesmo porque a distinção entre umas e outras é arbitrária.¹⁷ Seria o caso,

13. Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas, cit., p. 41.

14. O decisivo, no particular, são: a) a dose; b) a ocasião em que se faz uso da substância; c) o seu grau de pureza; d) as condições de acesso ao produto e as pautas culturais de uso. Antonio Escotado. *Historia General de las Drogas*. Madrid: 2008, Editorial Espasa, 8ª edición, p. 1188.

15. *Nuestro derecho a las drogas*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2001, traducción de Antonio Escotado.

16. *Historia general de las drogas*, cit.

17. No sentido da abolição da repressão, Antônio Vieira. *Drogas: descriminalização e outras alternativas*. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia: Série Acadêmica. Salvador. v.2. n.2. p.153-73. 2000.

portanto, de tratar a droga não como problema de polícia, mas como um problema – gravíssimo, sem dúvida – de saúde pública.

Além do mais, o tráfico é, a rigor, um crime sem vítima, porque é direito do indivíduo (capaz), senhor que é de seu próprio corpo, decidir sobre o que consumir ou não consumir. Como escrevem Morris e Hawkins, pelo menos para a lei criminal, todo homem tem o direito de ir para o inferno (ou para o paraíso) como quiser, desde que, no caminho, não prejudique as pessoas ou seus bens, mesmo porque a lei criminal é um instrumento ineficaz para impor uma vida digna aos outros.¹⁸ E mais: o que não pode ser proibido pela via direta – o consumo de droga – não pode ser vedado pela via indireta: a produção e a comercialização.

De mais a mais, o legislador não pode pretender proteger pessoas adultas contra suas próprias decisões, isto é, contra si mesmas, tratando-as e castigando-as como se fossem crianças indefesas.

Rigorosamente falando, pois, a criminalização do tráfico de droga e afins não protege bem jurídico algum, ou, ao menos, não protege a saúde pública adequadamente. No fundo, a alegação de que tutelaria a saúde pública constitui simples pretexto para legitimar uma política criminal fortemente paternalista, irracional e absolutamente desastrosa.

Assim, a intervenção penal relativa ao controle das drogas ilícitas só há de ser considerada legítima, como regra, quando for destinada à proteção de menores e incapazes de um modo geral, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas.

3. POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL: DA DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DA MACONHA?

Discute-se se o art. 28 da lei, que pune quem adquire, guarda etc., droga para consumo pessoal, operou uma descriminalização ou despenalização, já que a lei originalmente só previu penas restritivas de direito (advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa), sem a possibilidade de aplicação de pena privativa da liberdade.

18. Apud Fatah, Ezzat E. e Willians Hall. Crimes sem vítimas. S. Paulo: Revista do Instituto dos Advogados do Brasil, n. 29, ano VII.

Descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante; já a despenalização – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito etc.). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa.

Pois bem, para Luiz Flávio Gomes, “a Lei nº 11.343/2006 (art. 28), de acordo com a nossa opinião, aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado “crime” (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização formal, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial).”¹⁹

Mas o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em 2007 que “o que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.”²⁰

Nesta edição, mantemos o entendimento de que, para o uso de drogas em geral, houve simples despenalização.²¹

Primeiramente, é de ver que o conceito de infração penal é essencialmente formal: crime é o que a lei declara como tal, independentemente da espécie de pena que lhe é cominada.

E que a lei tratou, formalmente, o uso de droga como crime, é fora de dúvida. Primeiro, porque o art. 28 faz parte do Capítulo III, que tem como título “dos crimes e das penas”; segundo, porque o conceito legal

19. *Lei de Drogas Comentada*. S. Paulo: RT, 2008, p. 121.

20. RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523.

21. No sentido do texto, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, cit.. No sentido de que não houve descriminalização, mas descarcerização, Salo de Carvalho, cit., p. 109/111.

de crime dado pela Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º²²) está há muito superado, seja porque a lei especial pode criar conceito diverso de infração penal (como à época o fez), seja porque a Constituição Federal, que lhe é posterior, previu novas espécies de pena (CF, art. 5º, XLVI). Note-se, a propósito, que a aludida lei de introdução (de 1941) foi editada na vigência da Constituição de 1937.

Ademais, em tempos em que se prega a falência da pena privativa da liberdade²³ e sua gradual abolição – *v.g.*, Ferrajoli²⁴ – não faria muito sentido condicionar a definição de crime à previsão inexorável de tal modalidade de pena. E mais: o que realmente interessa, para a definição legal de crime, não é propriamente a espécie de pena cominada, mas os seus pressupostos legais formais.

Exatamente por isso, se a uma determinada infração fosse cominada pena de morte, exclusivamente, nem por isso deixaria de ser crime; o mesmo ocorreria se, no futuro, forem cominadas às infrações penais somente penas restritivas de direito ou medidas de segurança, com a eventual abolição da pena de prisão.

Além do mais, o rol das penas constitucionais não é taxativo, mas meramente exemplificativo, motivo pelo qual o legislador poderá, inclusive, criar outras tantas, desde que compatíveis com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, proibitivo de penas cruéis e degradantes, entre outras (CF, art. 5º, XLVII).

22. Art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41: Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

23. Contrariamente, Michel Foucault tem uma explicação originalíssima para a longevidade da prisão-pena. Para ele, a função real (oculta) da pena, ao contrário do que pregam os juristas, não é propriamente combater a criminalidade, mas produzi-la. Por isso que, ao aparentemente fracassar, escreve Foucault, “a prisão não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável”, porque “ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar”. Por conseguinte, se do ponto de vista das suas funções declaradas (oficiais) a pena é um fracasso manifesto, do ponto de vista das funções ocultas a prisão é um grande sucesso, daí a sua longevidade. Foucault, *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

24. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta: Madrid, 1995.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça sempre reafirmou nestes 18 anos seu alinhamento à então jurisprudência do STF firmada em 2007, no sentido da despenalização (HC 336.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015).

Porém, exclusivamente quanto à posse ou porte para consumo pessoal da *cannabis sativa* lineu (maconha), o discurso da descriminalização da maconha permaneceu e foi objeto de inúmeras judicializações, no sentido de se requerer a atipicidade da conduta por usuários de pequena quantidade de droga.

Nesse contexto, em 2024, o tema foi objeto de nova análise pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu, por meio de precedente vinculante (RE 635.659/SP), submetido ao rito da Repercussão Geral, que houve de fato despenalização da posse de maconha em pequena quantidade, e firmou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 506):

EMENTA: Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de *cannabis sativa* para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes.

Tema nº 506:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);
2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;
3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas