

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS: UMA ANÁLISE DOGMÁTICO-  
CRÍTICA À LUZ DA TIPICIDADE PENAL**

**GUSTAVO LUIZ SIMIONI**

**Rio de Janeiro**  
**2019/1**

**GUSTAVO LUIZ SIMIONI**

**A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS: UMA ANÁLISE DOGMÁTICO-  
CRÍTICA À LUZ DA TIPICIDADE PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Hamilton Gonçalves Ferraz**.

**Rio de Janeiro**

**2019/1**

Simioni, Gustavo Luiz

A importação de sementes de Cannabis: uma análise dogmático-crítica à luz da tipicidade penal/Gustavo Luiz Simioni. – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

64 f.: 31 cm.

Orientador: Prof. Me. Hamilton Ferraz

Monografia (graduação em Direito) –Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito, 2019.

**GUSTAVO LUIZ SIMIONI**

**A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS: UMA ANÁLISE DOGMÁTICO-  
CRÍTICA À LUZ DA TIPICIDADE PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Hamilton Gonçalves Ferraz**.

Data da Aprovação: / / .

Banca Examinadora:

---

Orientadora

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2019/1**

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, ao Simonei e à Angélica, meu pais, pelo apoio incondicional, pela compreensão diante das minhas ausências e demoras, e por me darem sempre a liberdade de tomar as minhas próprias escolhas e afirmar a minha própria identidade.

Ao meu irmão, Luiz Antônio, por inspirar em mim a fantasia e o espírito científico na mesma proporção.

À Gabriela, cujo apoio foi fundamental para a conclusão deste trabalho, propiciando a coragem e a perseverança onde antes havia auto sabotagem. Agradeço pela sua incansável ternura, por me ensinar os valores do amor e do companheirismo, e por ser a pessoa mais divertida do mundo.

Ao Orientador Professor Hamilton, por comprar minha idéia e acolher este aluno com distinta solicitude. Obrigado pela gentileza na conversa, pela compreensão na demora, pela prontidão nas respostas e pela precisão nos apontamentos.

Ao Professor Rodrigo de Oliveira Ribeiro, pela inspiração que me trouxeram suas aulas, sua trajetória e suas palavras. Obrigado por me permitir dispor de seu tempo, seu espaço e seus livros.

À varanda da Faculdade Nacional de direito, lugar que acolhe.

## **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é analisar a incidência das leis penais sobre a conduta de importação de sementes de Cannabis Sativa L. Especificamente, no que concerne à tipicidade desta conduta sob a vigência da atual lei de drogas. Para tanto, inicialmente aborda-se o desenvolvimento histórico das legislações brasileiras sobre drogas, inferindo-se, a partir delas, o processo de construção do modelo atual de repressão propagado pela lei 11.343/06. Em seguida, descreve-se alguns aspectos característicos deste modelo, que influenciam diretamente na expansão do controle penal sobre os entorpecentes de maneira geral. Neste ponto, descrevem-se alguns recursos legislativos empregados pela Lei 11.343/06 com enfoque na sua constitucionalidade e compatibilidade com os princípios basilares de direito penal. A partir de então, percorre-se a jurisprudência recente para analisar o comportamento dos Tribunais Superiores diante da súbita expansão da ocorrência de uma conduta que não possuía antes relevância penal capaz de provocar o amplo debate no âmbito judiciário. Por fim, indaga-se acerca do futuro do processo de (des)criminalização dessa conduta, com a proposição de uma tese sobre a sua tipicidade, a ser observada, com sorte, pelos aplicadores de direito penal em experiências futuras.

Palavras-chaves: Direito Penal. Lei de Drogas. Sementes. Cannabis Sativa L.

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze the radius of incidence of the Brazilian penal laws over the conduct of importing seeds of *Cannabis Sativa L.* Specifically, it will analyze the incidence of these laws over the referred conduct in what it may concern the validity of the drug laws under principle of the rule of law. Therefore, it will initially approach the development of the Brazilian drug legislations over the course of the country's history, so that it can infer from these developments the exact process of assembly that led to the current model of legal drug control propagated by Law 11.343/06. On this occasion, it describes specific aspects of this model of drug control that influence directly on the expansion of the net of penal control over psychotropic drugs in general. Thereupon, it further thoroughly describes some of the artifices largely used by the drug law and broaches the tension between these stratagems and the basic principles of the criminal law in addition to the principles of the Brazilian Constitution. Subsequently, it reads through the case law from both Brazilian superior courts, in order to analyze the behavior of these courts in response to the sudden emergence of a conduct to the level of a phenomenon that requires the courts to actively respond to it with large debate. Ultimately, it conducts inquiry regarding the future of the process of (de)criminalization of the studied conduct, bringing a thesis about its subsumption to the current legislation, that will hopefully enlighten future experiences.

Key words: Criminal Law. Drug Law. Seeds. *Cannabis Sativa L.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
<b>1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS .....</b>	<b>11</b>
1.1 O papel da ciência médica na origem do modelo sanitário de criminalização.....	12
1.2 As fórmulas do art. 281 do Código Penal de 1940.....	18
1.3 O incremento do Controle Penal sobre drogas a partir de 1964 - A doutrina da segurança nacional e o Tráfico como inimigo.....	23
<b>2. A ESTRUTURA DA LEI 11.343/06.....</b>	<b>29</b>
2.1 - Norma penal em branco e tipicidade.....	31
2.2 O Perigo abstrato e a sua construção dogmática .....	38
<b>3. A TIPICIDADE DA IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS .....</b>	<b>49</b>
3.1 – A criminalização da conduta por meio da tipificação aberta.....	50
3.2 - O movimento de descriminalização da conduta na jurisprudência tribunais superiores..	53
3.3 – Uma análise dogmático-crítica da tipicidade da conduta. ....	65
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	74

## INTRODUÇÃO

A importação de sementes de cannabis é um fenômeno recente. Sua incidência ampla no sistema penal brasileiro se deve à popularização do acesso à internet e, com ela, a popularização do acesso a informações sobre drogas e a popularização extrema do comércio digital. Ao passo que o crescimento avassalador desse fenômeno toma o tempo e o espaço das instituições alfandegárias e de segurança, impõe-se o no espalho dos tribunais brasileiros o debate acerca da tipicidade dessa conduta.

Esse debate adquire contornos especialmente interessantes para os autores de direito penal na medida em que a atual Lei de Drogas não se mostra capaz de abarcar essa conduta, deixando-a, a princípio em uma espécie de limbo de tipicidade, que precisou ser sanado pela jurisprudência nos últimos anos. Ao mesmo tempo em que se reconhece o interesse, por parte da sociedade, no controle penal desta conduta, a jurisprudência tem tratado de estabelecer os limites dessa incidência, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos ao alcance, como, por exemplo, a interpretação restritiva à luz do princípio da taxatividade estrita.

O estudo que se levantará acerca da tipicidade dessa conduta pressupõe o conhecimento do processo histórico de aprimoramento da legislação brasileira sobre drogas. Portanto, tecer-se-á esse panorama histórico que consiste no arcabouço teórico basal para a compreensão da emergência do fenômeno estudado. Não se trata, no entanto, de se empenhar uma análise detalhada de cada um dos diplomas legais sobre drogas existentes na história do país, mas sim de uma análise da construção histórica da legislação de drogas atual, levando-se em consideração o desenvolvimento e a acumulação de artifícios ou recursos legislativos comprometidos com a maximização do controle penal sobre os entorpecentes, sobre as condutas e os sujeitos que os circundam.

Portanto, partindo-se do conhecimento crítico desses artifícios, alguns dos quais se perscrutará com distinta profundidade no escopo deste trabalho, será exposta a construção jurisprudencial da tipicidade da conduta de importação de sementes de cannabis. Ademais, progredir-se-á para uma análise crítica do processo de descriminalização da referida conduta, também no âmbito da jurisprudência, na medida

em que as cortes superiores tratam de estabelecer os limites da incidência do controle penal, propondo-se, por fim, uma diretriz para as futuras teses sobre a matéria.

## 1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS

Segundo afirma Salo de Carvalho, “a origem da criminalização (das drogas) não pode ser encontrada, pois inexistente”<sup>1</sup>, porquanto se trata de um processo volátil, não-linear, não podendo ser reduzido a um objeto de estudo perfeitamente identificável.

O proibicionismo se apresenta como tema extremamente amplo e complexo em todas as suas dimensões (histórica, política e jurídica). Por essa razão, busca-se alcançar o conhecimento dos fatos e discursos históricos que nortearam a política nacional de drogas até o seu status vigente, porquanto a análise histórica dos marcos legais da proibição é imprescindível à compreensão e resolução de conflitos atuais de direito penal relacionados à criminalização (ou descriminalização) de drogas.

Para entendermos melhor a criminalização das drogas, em razão da inerente amplitude temática, é imperioso notar que serão, por vezes, ignoradas as especificidades de cada substância (definida como droga) para considerar-se a proibição do seu conjunto – que aqui se tratará por “proibicionismo”- como um único bloco de discursos e leis que objetivam a criminalização de (algumas) substâncias entorpecentes. Em verdade, reputa-se impossível a tarefa de abarcar teoricamente todas as drogas, conferindo a elas a devida individualidade, uma vez que, como afirma Rosa Del Olmo, o próprio conceito de “droga” se apresenta contaminado de mutabilidade, cinesia, ou dinamismo, que a ela foram conferidos por razões tanto científicas quanto políticas. Cite-se:

A palavra droga não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em “sua capacidade física”, que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido proibidas. Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias *permitidas*, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo o caso do álcool.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>CARVALHO, Salo de. 2016.

<sup>2</sup>OLMO, Rosa del.maio de 2009

Nesta esteira, a proposta de se apresentar, brevemente, a evolução histórica da criminalização das drogas no cenário nacional pressupõe a compreensão mínima da evolução das sociedades ocidentais, especialmente no período histórico compreendido entre o início do século XX e os dias atuais.

### 1.1 O papel da ciência médica na origem do modelo sanitário de criminalização

Segundo Luciana Boiteux<sup>3</sup>, a criminalização das drogas (psicoativas) no cenário ocidental tem origem em dois contextos: o médico e o religioso. Entretanto, até o início do século XX, o próprio uso dessas drogas estava intimamente associado a esses mesmos contextos, ocasionando, em certa medida, a difusão do uso hedonista (recreativo) das mesmas na sociedade em decorrência de um movimento natural de busca do prazer, inerente ao comportamento humano.

No mesmo sentido, CARNEIRO<sup>4</sup>:

A primeira questão a se definir é a de que as drogas são necessidades humanas. Seu uso milenar em quase todas as culturas humanas corresponde a necessidades médicas, religiosas e gregárias. Não apenas o álcool, mas quase todas as drogas são parte indispensável dos ritos de sociabilidade, cura, devoção, consolo e prazer. Por isso, as drogas foram divinizadas em inúmeras sociedades. Os usos, entretanto, vêm sendo regulamentados de formas diferenciadas. No século XX, encontramos o estatuto de uma proibição formal de certas substâncias e a aceitação de outras. A discriminação das substâncias obedece a injunções culturais e econômicas.

Na história da legislação brasileira, a primeira menção de criminalização de uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes ocorreu com as Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX), cujo texto apenas proibia o rosalar e qualquer outro “material venenoso”, com menção expressa ao ópio. Para Nilo batista, até então esse delito se apresentava “com sabor de delito profissional dos boticários”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup>RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. 2006,.

<sup>4</sup>CARNEIRO, Henrique. 2002

<sup>5</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, out./dez., 1997.

Além disso, merece destaque a proibição expressa do “pito-do-pango” pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro em 1830, postura que foi adotada por diversas outras municipalidades ao longo do século XIX.<sup>6</sup>

Morais aponta que a origem, no ocidente moderno, tanto do uso social quanto da criminalização do uso de drogas está diretamente associado à consolidação da atividade médica profissionalizada, mormente por meio da utilização de psicoativos em cirurgias como anestésicos e no tratamento de ex-combatentes de guerra, bem como da comercialização (legal) de tônicos/elixires, produtos médicos compostos por substâncias psicoativas.<sup>7</sup>

Estes compostos livremente comercializados continham, comumente, morfina ou cocaína, e seu uso foi amplamente difundido. De maneira geral, “o uso de bebidas com alto teor alcoólico (como o absinto) e de drogas há muito conhecidas, como o haxixe e o ópio, difundiu-se entre camadas intelectualizadas e grupos artísticos na Europa, Ásia e Américas”.<sup>8</sup>

Segundo MORAIS, “dessas prescrições, vendas e usos medicinais inadvertidos de drogas com alta capacidade de vício fisiológico (principalmente opiáceos) emergiu o primeiro contingente significativo de viciados”.<sup>9</sup>

No Brasil, a profissionalização da atividade médica deu origem, ao discurso da saúde pública que se encontra no cerne do discurso legitimante da política pública de proibição do uso de drogas ilícitas.

Na metade do século XIX, no contexto nacional brasileiro, constituía-se a medicina social.<sup>10</sup> Ao passo que a medicina era legitimada pelo Estado como saber científico, afastando-se do curandeirismo e suplantando a medicina vulgar (que se espalhava principalmente por entre as classes mais baixas)<sup>11</sup>, o próprio Estado mantém sua ingerência em aspectos da vida privada dos indivíduos apoiando-se nos interesses da

---

<sup>6</sup>FRANÇA, Jean Marçcel Carvalho. 2015

<sup>7</sup>MORAIS, Paulo César de Campos. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf).

<sup>8</sup>RODRIGUES, Thiago; LABATE, Beatriz Caiuby (orgs.). 2018.

<sup>9</sup>MORAIS, Paulo César de Campos. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf)

<sup>10</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGLIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. 2008, v. 1

<sup>11</sup>GENELHU, Ricardo. 2012.

classe médica.<sup>12</sup> Se, por um lado, impunham-se restrições à autonomia dos profissionais da medicina na medida em que tiveram a sua atividade regulamentada<sup>13</sup>, por outro, os médicos se consolidavam como “enunciadores da verdade”, exercendo importante papel nas políticas de planejamento urbano, de forma que a medicina representou um verdadeiro “braço a serviço da prosperidade e segurança do Estado”.<sup>14</sup>

Não por acaso, no município do Rio de Janeiro, por exemplo, muitos médicos conquistaram o cargo de chefe do governo municipal no início do período republicano.<sup>15</sup>

Como contrapartida, o discurso médico permitiu ao Estado propagar políticas nefastas de controle social sob o manto do discurso da saúde pública, carregado da ideologia da higienização. Entenda-se o discurso higienista, ou discurso sanitário, como um “discurso médico dirigido à higienização dos espaços públicos e da gente que o ocupa” que, por vezes, transmuta-se num discurso eugenista, no sentido étnico e genético.<sup>16</sup>

Segundo BIRMAN, na “modernidade”, as sociedades ocidentais passaram a ser permeadas pelos discursos médicos, os quais passaram a regular, desde então, todas as práticas e laços sociais. Assim, a modernidade ocidental implicou uma ‘medicalização’ do campo social como um todo.<sup>17</sup>, estabeleceu-se o ideário da cura a partir da intervenção médica sobre a totalidade dos acontecimentos sociais.

A medicina social estabelecida no início do século XIX tem como pressuposto a regulação sanitária do espaço social, com o intuito de promover melhores condições de produção e de reprodução da população, assentada pelo discurso da biopolítica, que trata o corpo vivente como objeto a ser governado, normatizado. (BIRMAN, 2006a).<sup>18</sup>

Ricardo Genelhú, ao analisar com profundidade o papel e a influência dos médicos no direito penal brasileiro, corrobora com a tese do entrelaçamento entre o poder punitivo e medicina. Veja-se:

---

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGLIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. 2008, v. 1.

<sup>15</sup> CARVALHO, José Murilo de. 1987.

<sup>16</sup> GENELHÚ, Ricardo. 2012.

<sup>17</sup> BIRMAN, Joel. 2006.

<sup>18</sup> \_\_\_\_\_.

O estado, com seu poder punitivo, valendo-se da medicina, essa, valendo-se daquele, em um hibridismo quase incestuoso sem precedentes, conceberam um discurso nada infértil onde a medicina, ancorada pelo Estado, e arrimada em sua tecnicidade, inacessível ao controle da maioria, aproveitou-se de um vazio oratório existente em certa ocasião para impor sua retórica à laia de melhorar as pessoas e o mundo onde elas viviam quando, em verdade, era o estabelecimento, a manutenção, e ad futurum, a expansão do seu poder o que ela colimava. E a quadra era alvissaseira! O Estado, valendo-se da medicina, ou mesmo essa, sponte sua, espalhou sua longa manus atingindo o corpo e a mente dos seus súditos-clientes, ainda mais convencidos, então, da imprescindibilidade da intervenção daquele, por intermédio daquela, ou da intervenção deste, em suas vidas.<sup>19</sup>

Entretanto, ressalta Genelhú que este movimento de intensificação do controle social por meio da medicina não ocorreu de forma tramada, ou meticulosamente planejada. Em verdade, tratou-se de uma simbiose construída pela conveniência. Ao passo que a medicina oferecia soluções rápidas e adequadas a problemas salutaros presentes nos centros urbanos que cresciam desenfreadamente, o Estado, por si só incapaz de controlar tais percalços, abria brechas para a permanência “parasitária” da medicina, que rapidamente adentrou o corpo burocrático.<sup>20</sup>

O projeto higienizador ora exposto, sob o pretexto de resguardar a sociedade do que fosse perigoso e, portanto, instabilizador da normalidade – *aqui, sob a indumentária das hígidez física e mental, é dizer, da capacidade de “autocontrole”*<sup>21</sup> carregava consigo um escopo secundário, é dizer, um interesse escuso das instâncias estatais em viabilizar o controle censitário da população pobre.<sup>22</sup> Significa dizer que a medicina social, reputando-se neutra, pois representava a subsunção da política à técnica, possibilitou a difusão da higiene como ideologia métrica da definição de civilização<sup>23</sup>, preocupando-se, no âmbito coletivo, com a civilização do espaço público urbano, e no âmbito individual, com o controle sobre o corpo do indivíduo, gerindo-o cientificamente.

Esse controle científico, é claro, traduzia-se na exclusão dos indesejados, seja pela seletividade do atendimento médico efetivo, seja com o auxílio de sanções penais,<sup>24</sup> que passariam a ser aplicadas com o aval científico, “atestado médico incontestado”<sup>25</sup>. O médico ordenador urbano, agora sujeito político atrelado ao aparato burocrático, tratou

---

<sup>19</sup> GENELHU, Ricardo. 2012,

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>21</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>22</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>23</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>24</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>25</sup> \_\_\_\_\_.

de consubstanciar a medida do homem saudável e, por consequência, do homem não-saudável, o qual representa a periculosidade social e, portanto, é passível da intervenção disciplinar saneadora.

Este dito homem não saudável, portanto, aquele que precisa ser higienizado, se materializa inquestionavelmente nas camadas desfavorecidas da população. Tomem-se por exemplo a prostituição e o uso de drogas entorpecentes, notadamente atividades marginalizadas, associadas à população pobre e à doença em si (a prostituição às doenças venéreas e o uso de drogas ao vício). Estas atividades representavam a desordem para o discurso higienista, portanto reputavam-se criminosas.

Nesta esteira, o discurso higienista tratou, muitas vezes, de aglutinar as figuras do “pobre”, do “doente” e do “criminoso”<sup>26</sup>, invocando o agir do médico saneador sobre a população pobre, aspirando o restabelecimento da orem urbana. Desta feita, é certo afirmar que o discurso higienista se encarregava, sim, da cura dos indivíduos, tal como se encarregava, dissimuladamente, da “cura” do espaço urbano, voltando-se ao “adestramento coletivo”<sup>27</sup>, na medida em que mantinha o controle do governo sobre as habitações populares e seus moradores. Ou seja, o controle dos dominantes sobre os dominados.

A partir da compreensão da medicina como a ciência detentora, com exclusividade, do conhecimento e a técnica para a implementação e o manejo de políticas de saúde pública, é possível traçar a relação, no âmbito social, desta ciência com a criminalização das drogas. Como explica Boiteux, a saúde pública foi rapidamente alçada à categoria de bem jurídico a ser penalmente protegido, devido a essa influência da classe médica na elaboração legislativa.<sup>28</sup>

Ou seja, para além de possibilitar a expansão do controle do Estado sobre a vida particular do indivíduo e sobre a coletividade da população marginalizada, os médicos legistas tiveram fundamental papel na criminalização das drogas. A respeito, Paulo César Campos de Moraes:

Logo após a inserção das drogas nos procedimentos cirúrgicos, os médicos legistas despertaram interesse no aspecto tóxico (do latim *toxicum*, veneno), dessas drogas,

---

<sup>26</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>27</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. 2006, p. 135

sendo a característica principal desse veneno o entorpecimento; possuir o efeito narcótico (do grego *narkatikós*, entorpecer). Estes médicos similarizaram os efeitos dessas drogas ao da embriaguez alcóolica/alcoolismo (na época, era o motivo mais frequentemente utilizado para se justificar internações em sanatórios) e os consideraram causadores da loucura e do crime. Médicos legistas e psiquiatras acreditavam que o alcoolismo e os narcóticos seriam causas do atraso social do país e ameaçadores da ordem pública. Portanto, deveriam ser controlados medica e criminalmente em prol da eugenia.<sup>29</sup>

Ainda segundo Paulo de Moraes, Além de autoritária, a medicina daquele período, frequentemente, associava características genéticas a comportamentos moralmente condenados. Ou seja, era racista e etnocêntrica.<sup>30</sup>

As doutrinações morais (relativas à regularidade de horários, disciplina sexual, hábitos alimentares, etc.) e ideológicas (concernentes à obediência e ao comprometimento para com a pátria, o trabalho e o progresso industrial e financeiro do país) possibilitaram a inserção da medicina na esfera estatal. Esta doutrinação era permeada por um discurso positivista, geralmente destituído de princípios empíricos e experimentais, sem exemplos de realizações significativas à saúde de indivíduos e da coletividade. No entanto, este discurso, associado às doutrinações morais e ideológicas, contribuía para a governabilidade, formulando uma visão da realidade com validade supostamente universal, favorecendo a centralização do poder na esfera federal por meio de campanhas de saneamento nacionais, obtendo conformidade ou coalizões aos governos.<sup>31</sup>

Se, ao contrário das Ordenações Filipinas, o Código Penal Brasileiro do Império (1830) nada mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes, o Código de 1890 passou a regulamentar os crimes contra a saúde pública, fortemente influenciado pela política sanitária baseada no intercâmbio entre a profissão médica e o Estado.

Juntamente com a incriminação do exercício irregular da medicina (156), da prática de magia e do espiritismo (art. 157), do curandeirismo (art. 158), do emprego de medicamentos alterados (art. 160), do envenenamento das fontes públicas (art. 161), da corrupção da água potável (162), da alteração de substâncias destinadas à alimentação (art. 163), e da exposição de alimentos alterados ou falsificados (art. 164), o art. 159 previa como delito “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, submetendo o infrator à pena de multa.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> MORAIS, Paulo César Campos. **Drogas e Políticas Públicas**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas: sociologia e política Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>30</sup> MORAIS, Paulo César Campos. **Drogas e Políticas Públicas**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas: sociologia e política Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>31</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>32</sup> CARVALHO, Salo de. 2016.

Explica-se, desta feita, a relação entre a consolidação da medicina como atividade profissional e o início da criminalização das drogas no âmbito nacional. Entretanto, a partir do início do século XX, é necessário compreender que o cenário brasileiro passará a seguir um caminho de alinhamento com o cenário internacional de criminalização das drogas. Tal tendência se deu em primeiro momento por um movimento de correspondência e conformação com a política internacional e, posteriormente, pela aproximação política do país com os Estados Unidos.

## 1.2 As fórmulas do art. 281 do Código Penal de 1940

Semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos, no Brasil, a criminalização do uso e do comércio de drogas emergiu como uma ação repressiva promovida por grupos políticos específicos.<sup>33</sup> Se, no Brasil, os médicos eram protagonistas das políticas públicas sanitárias, nos Estados Unidos possuíam restrita capacidade de influência na esfera política, jurídica e legislativa, de sorte que a cruzada moral contra as drogas fora empreendida por grupos sociais organizados e funcionários públicos<sup>34</sup>, ambos com forte influência religiosa e com os quais corroborava a ideologia eugenista que se consolidava de maneira hegemônica no campo médico.<sup>35</sup>

Essa associação é bastante nítida nos Estados Unidos onde nas últimas décadas do século XIX cresceram e espalharam-se agremiações dedicadas a campanhas contra a produção, venda e o consumo de álcool. Foram associações como o Prohibition Party, fundado em 1869, o Woman's Christian Temperance Union, de 1873 e a Anti-Saloon League, de 1893, organizadas a partir de redes puritanas e igrejas protestantes de grande capilaridade por todo o país. O crescimento da influência e peso político da campanha antiálcool, que começou a fazer representantes nas câmaras estaduais, governos de estados e nas câmaras federais, foi acompanhado por movimentos emergentes contra outras drogas psicoativas e seus usuários.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> MORAIS, Paulo César de. **Drogas e políticas públicas**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas: sociologia e política Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>34</sup> MORAIS, Paulo César de. **Drogas e políticas públicas**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas: sociologia e política Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>35</sup> CARNEIRO, Henrique.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Thiago; LABATE, Beatriz Caiuby (orgs.). 2018.

Como afirma Rodrigues, a militância puritana contra o álcool se deu junto com o aumento da xenofobia e racismo contra imigrantes e minorias étnicas. Difundia-se no imaginário popular a ideia de vinculação entre esses grupos e o uso de drogas específicas (como, por exemplo os hispânicos eram vinculados à maconha, e os chineses, ao ópio), bem como a percepção de que traziam hábitos nocivos à moral e à saúde coletiva.<sup>37</sup>

A criação, no imaginário popular, de um problema de saúde pública foi fundamental para que o Harrison Narcotic Act fosse aprovado em 1914<sup>38</sup>, incorporando normatizações pactuadas na Conferência de Haia realizada em 1912, inaugurando, de fato medidas proibicionistas no EUA.

A partir desse ponto, seguir-se-á um alinhamento do cenário nacional brasileiro com as políticas internacionais de repressão às drogas. É possível traçar no Pacto Internacional de Haia sobre o Ópio o primeiro marco da criminalização de drogas no cenário internacional, ao qual o Brasil aderiu no próprio ano de 1912, incorporando-se o acordo no ordenamento jurídico nacional partir do decreto de n.º 2.861 de 8 de julho de 1914.

Tendo o Brasil subscrito, no próprio ano de 1912, o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, o decreto n.º 2.861, de 8.jul.14, sancionou a Resolução do Congresso Nacional que aprovara a adesão. Através do decreto n.º 11.481, de 1915 - que mencionava "o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína" -, Wenceslau Braz determinava a observância da Convenção. É nesta ocasião que a política criminal brasileira para drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chamaremos "sanitário", e que prevalecerá por meio século.<sup>39</sup>

Inicia-se, pois, em 1914, o que Nilo Batista chamou de Modelo Sanitário de repressão às drogas no Brasil, uma configuração de política criminal definida pelo "aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal". Neste modelo, de criminalização, autoridades sanitárias, policiais e judiciárias se entrelaçam e se confundem no exercício um poder contínuo, que se

---

<sup>37</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>38</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>39</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, 1997.

alimenta da percepção de que a droga representa um risco à moral e à saúde pública, e o toxicômano, um doente degenerado propenso ao crime.<sup>40</sup>

Em 1921, a introdução do Decreto 4.294 na legislação inovou em proibir a hipótese na qual a “substância venenosa tiver qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados, a cocaína e seus derivados”. Segundo Nilo Batista, com o emprego da palavra “entorpecente”, teve origem neste decreto a polissemia de que se vale o modelo brasileiro de proibição.<sup>41</sup> Esta polissemia, que é ao mesmo tempo uma vagueza semântica, que circunda a legislação brasileira sobre drogas ao longo da história, também reverbera no discurso dos tratados internacionais sobre o tema e legislações estrangeiras.<sup>42</sup>

Essa definição médica de droga, ainda em vigor, parece ser propositalmente vaga, uma vez que os discursos oficiais sobre as drogas ao longo do século XX no continente americano trataram de obnubilar este conceito, nele introjetando preconceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, tornando a droga o bode expiatório por excelência, responsável pelos males que afligem a sociedade contemporânea, conforme afirma Rosa Del Olmo.<sup>43</sup>

Consentâneo o modelo sanitário, tem-se em 1932 nova disciplina da matéria, trazida pela Consolidação das Leis Penais. No espaço do revogado art. 159 do código de 1890, uma série de decretos ao longo da década de 1930 conduziram a legislação brasileira ao “primeiro grande impulso”<sup>44</sup> na luta contra as drogas.

Examinemos, por fim, as normas penais. O decreto 4.294/21, abstraídos os casos de embriaguez previstos, se restringia a punir as condutas de "vender, expor à venda ou ministrar" as "substâncias venenosas que tivessem qualidade entorpecente": a posse ilícita não era punida<sup>71</sup>. Já o decreto n° 20.930, de 11.jan.32, promoveu uma intervenção penal muito mais ampla e drástica. O tipo básico do tráfico começa a acumular núcleos ("vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar" - art. 25), antecipando o fenômeno que Zaffaroni designará por "multiplicação dos verbos."<sup>45</sup>

<sup>40</sup>BATISTA, Nilo., Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

<sup>41</sup>\_\_\_\_\_.

<sup>42</sup>Veja-se, como exemplo, como a Organização Mundial de Saúde define, atualmente, o que é “droga”: qualquer entidade química ou mistura de entidades (outras que não aquelas necessárias para a manutenção da saúde, como por exemplo, água e oxigênio), que alteram a função biológica e possivelmente a sua estrutura”. Inclui-se também na definição o fato de “ser capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento”.

<sup>43</sup>OLMO, Rosa del. 1990, 1ª reimp., maio de 2009.

<sup>44</sup>CARVALHO, Salo de. 2016.. p. 48

<sup>45</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

Em uma espécie de “cirurgia técnico-jurídica”<sup>46</sup>, os Decretos 20.930, de 11.jan.32, 24.505 de 29.jun.34, 780 de 1936, 2.953 de 1938 e o Decreto-Lei 891 de 1938, conduziram o país à “política proibicionista sistematizada”<sup>47</sup>, engendrando-se a fórmula do art. 281 do Código Penal de 1940. A respeito do salto punitivo que representa o decreto 20.930/32, por exemplo, expõe Nilo Batista:

Os infratores médicos, cirurgiões-dentistas, farmacêuticos ou que militassem em qualquer profissão ou arte que favorecesse a prática do crime sujeitavam-se ainda à suspensão temporária do exercício profissional (no caso dos médicos, por 4 a 11 anos). A posse ilícita foi criminalizada (art 26), bem como a prestação de local (art. 27) e a receita fictícia (art. 28): aí está o figurino do artigo 281 CP 1940. A receita fictícia consistia num crime de perigo presumido, construído numa modalidade como norma penal em branco (“prescrever o uso de qualquer substância entorpecente com preterição de formalidade necessária”, que poderia ser por exemplo o “receituário oficial”) e em outras como infração Indeterminada a norma técnica (“em dose evidentemente mais elevada que a necessária ou fora dos casos indicados pela terapêutica”).<sup>48</sup>

Para o estudo levado a efeito neste trabalho, destaca-se, neste impulso de amplificação do escopo punitivo da década de 30, a expressa menção de Nilo Batista à aparição de normas penais em branco e tipos penais abertos, a saber, técnicas legislativas fundamentais para a estrutura da atual legislação penal de drogas.

Com a publicação do Código Penal pelo Decreto-Lei 2.848/40, a matéria é recodificada sob a epígrafe de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, cuja previsão se encontra descrita no 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 ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Sobre a “política proibicionista sistematizada”, Salo de Carvalho:

---

<sup>46</sup>\_\_\_\_\_.

<sup>47</sup>CARVALHO, Salo de. 2016.

<sup>48</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.<sup>49</sup>

Nota-se, por um lado, a tendência de multiplicação dos verbos nucleares definidores da conduta penal (inaugurada no Decreto 20.930/32 e revigorada no Decreto-Lei 891/38) e que representa a aspiração e o esforço legislativo direcionados à maximização da amplitude repressiva, fenômeno que se faz presente na atual Lei de Drogas, a ser perscrutada neste trabalho em capítulo oportuno. Além disso, “o legislador de 1940 retomou a técnica da norma penal em branco nas leis de drogas, deixada de lado com o Decreto 981/38, o que denota a intenção de impor um controle mais rígido sobre o comércio de entorpecente, por meio da utilização de fórmulas genéricas e termos imprecisos, ampliando seu significado”.<sup>50</sup>

Por outro lado, imperioso se destacar a relativa razoabilidade do Código Penal de 1940 ao dispor sobre a matéria, na medida em que descriminaliza o uso de drogas, bem como traz um recorte, segundo Nilo, mais sóbrio dos tipos penais, inclusive com uma redução de verbos em comparação com seu antecedente imediato (Decreto0Lei 891/38)<sup>51</sup>. Ademais, como afirma Salo de Carvalho, é uma característica marcante do Código Penal de 1940 a tentativa de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada.<sup>52</sup>

Esta tentativa de resguardar a proximidade das leis gerais em relação às leis direcionadas às drogas porquanto, segundo Salo, a partir dos subsequentes Decreto-Lei 4.720/42 e Lei 4.451/64, “se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial – amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática-jurídica-penal)”.<sup>53</sup> As consequências nefastas da descodificação serão melhor analisadas no capítulo 2.

---

<sup>49</sup>CARVALHO, Salo de. 2016. p. 49

<sup>50</sup> RODRIGUES, Luicana Boiteux, **O Controle Penal Sobre As Drogas Ilícitas: O Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade.**

<sup>51</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

<sup>52</sup>CARVALHO, Salo de. 2016.. p. 50

<sup>53</sup>CARVALHO, Salo de. 2016. p. 51

### 1.3 O incremento do Controle Penal sobre drogas a partir de 1964 - A doutrina da segurança nacional e o Tráfico como inimigo

O incremento do controle penal sobre as drogas e o ingresso definitivo e irrefutável do Brasil no cenário internacional de combate às drogas se deu, no entanto, após a Ditadura Militar. Para Nilo Batista, o período iniciado em 1964 representou a transição de modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal, porquanto o regime ditatorial militar imposto pelo golpe de estado no Brasil forneceu as condições favoráveis a este modelo de repressão, o qual pode ser laconicamente sintetizado como uma “política criminal que resolveu opor-se às drogas com os métodos da guerra”.<sup>54</sup>

Com a promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes no território nacional por Castello Branco, por meio do Decreto 54.216 do próprio ano de 1964, é incorporado discurso oficial do governo brasileiro a retórica internacional de repressão às drogas, definida no estatuto da Convenção, o qual se refere expressamente “à necessidade de manutenção da saúde física e moral da civilização, sendo a toxicomania considerada um *perigo social e econômico para a humanidade*”.<sup>55</sup> Solidifica-se, neste ponto, um projeto de demonização da droga que culminará, durante todo o período do regime militar, na intencionável fusão entre inimigo externo –comunismo–, e o inimigo interno –os subversivos e opositores do regime de maneira geral, incluindo-se aqui, os agentes envolvidos no tráfico de entorpecentes, desde a produção até o consumo– nos discursos oficiais sobre segurança nacional.

Nilo explica magistralmente que a Guerra Fria produzia, nos dois grandes blocos mundiais de poder (Estados Unidos e OTAN de um lado e União Soviética e Pacto de Varsóvia de outro), uma simbiose entre os setores industriais e militares, dando “vida” ao capitalismo industrial de guerra, um modelo de industrialização fomentado pela iminência da guerra, para o qual se revelou imprescindível a militarização das relações

---

<sup>54</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

<sup>55</sup>CARVALHO, Salo de. Saraiva, 2016. p. 54

internacionais, e, concomitante, a militarização das políticas internas dos países incorporados a qualquer um desses blocos.<sup>56</sup>

O instrumento teórico para a aplicação interna da lógica da geopolítica da Guerra Fria foi o que se chamou de Doutrina da Segurança Nacional, um conjunto de ideias expressamente adotado pela legislação brasileira sob o pretexto de defesa do Estado ante o perigo iminente de um *inimigo interno*.

Com a incorporação dos postulados da Doutrina de Segurança Nacional (DSN) no sistema de seguridade pública a partir do Golpe de 1964, o Brasil passa a dispor de modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos. A estruturação da política de drogas requeria, portanto, reformulação: ao inimigo interno político (subversivo) é acrescido o inimigo interno político criminal (traficante). Categorias como geopolítica, bipolaridade, guerra total, adicionadas à noção de inimigo interno, formatam o sistema repressivo que se origina durante o regime militar e se mantém no período pós-transição democrática.<sup>57</sup>

Importa notar que, assim como o já mencionado Decreto-Lei 4.720/42 introduziu dispõe sobre o cultivo ("normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos"), a superveniente Lei 4.451/64 introduz na legislação nacional a ação de plantar. Ambas condutas serão objeto de análise neste estudo, especificamente no que se refere à sua tipicidade.

No âmbito legislativo, o período de regime militar foi substancialmente marcado pelo decreto 385/68, editado treze dias depois do Ato Institucional nº 5, com o Congresso Fechado, o qual possui valor substancial para o escopo deste estudo, vez que introduziu o conceito de matéria prima na legislação penal, além de adicionar mais verbos núcleos ao delito de tráfico, dando continuidade à tendência irrefreável de multiplicação de verbos. Ademais, talvez mais grave, equiparou-se, por meio de tal decreto, a conduta do usuário à do traficante, expandindo àquele o aparato repressivo do estado que comandava uma cruzada moral e bélica contra seus inimigos.

A produção jurídico-penal daquela conjuntura absorveu a ideia de que a generalização do contacto de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro da guerra fria, como uma estratégia do bloco comunista para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento da questão devia valer-se de

---

<sup>56</sup>BATISTA, Nilo Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

<sup>57</sup>CARVALHO, Salo de. Saraiva, 2016.

métodos e dispositivos militares. A reunião do elemento bélico e do elemento religioso moral resulta na metáfora da guerra santa, da cruzada, que tem a vantagem - extremamente funcional para as agências policiais - de exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam todos os meios.<sup>58</sup>

A absurda equiparação entre usuário e traficante foi mantida pela Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, que “utiliza-se da estrutura normativa da imposição do dever jurídico, fundamento dos ilícitos omissivos, para converter qualquer opinião dissidente da política repressiva numa espécie de cumplicidade moral com as drogas”.<sup>59</sup> Expressão máxima desse dever jurídico se consubstancia no parágrafo único do art. 7º da lei, que dispunha o que se segue:

“Art 7º Os diretores dos estabelecimentos de ensino adotarão tôdas as medidas que forem necessárias à prevenção do tráfico e uso, no âmbito escolar, de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.  
Parágrafo único. Sob pena de perda do cargo, ficam os diretores obrigados a comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e tráfico dessas substâncias no âmbito escolar, competindo a estas igual procedimento em relação àqueles”.<sup>60</sup>

Somente em 1976, com a Nova Lei de Tóxicos (6.638/76), esse dever jurídico é alterado, não mais impondo penalidades a pessoa físicas, apenas jurídicas, para a qual havia previsão de perda de auxílio pecuniário estatal. Revogada e aprimorada a lei 5.726/71, o novo estatuto repressivo agora deixa nítida a distinção entre usuário e traficante, adequando-se aos discursos internacionais de estereotipação dos agentes envolvidos no tráfico.<sup>61</sup>

Isso por que, segundo Rosa Del Olmo e Salo de Carvalho, a década de 1960 fora marcada, no contexto dos trada internacionais de repressão aos entorpecentes, pelo duplo discurso, estabelecendo-se a ideologia da diferenciação, cujos efeitos são nítidos até mesmo na legislação vigente na atualidade. Em suma, a diferenciação consiste em se dar tratamentos penais diferenciados para os sujeitos envolvidos com drogas – o doente em oposição ao delinquente; o usuário em oposição ao traficante -. Essa diferenciação, embora se apresente como aliada da proporcionalidade da punição, transmuta-se numa

---

<sup>58</sup>BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

<sup>59</sup>\_\_\_\_\_.

<sup>60</sup> Lei 5.726/1971.

<sup>61</sup>CARVALHO, Salo de. Saraiva, 2016.

diferenciação entre aqueles sujeitos envolvidos com a droga não a partir de seu grau de envolvimento com o tráfico, porém de maneira lastreada, *tout court*, na aferição de seu status social.<sup>6263</sup>

Note-se que a Lei de drogas 1976 traz consigo, embora de maneira velada, a herança da cruzada moral apontada por Nilo Batista, o que se nota logo na inauguração de seu texto, em seu texto, como atesta Salo de Carvalho:

A mobilização nacional pretendida na abertura do texto, apesar de apresentar-se como integrante das políticas preventivas, projeta sistema repressivo autoritário típico dos modelos penais de exceção. A Inversão ideológica do discurso revela os futuros efeitos perversos da Lei de Drogas: a aparente preocupação com as ações preventivas densifica o sistema repressivo.<sup>64</sup>

A derradeira conclusão a que se chega, a partir da análise da Lei de 1976, é que esta respondeu às mudanças do discurso internacional de uma maneira compatível com as políticas de drogas latino-americanas, marcada pela expansividade do direito penal sobre todo o conjunto de sujeito envolvidos. Embora trouxesse em seu bojo a ideologia da diferenciação, com tratamentos punitivos distintos para o comércio e para o uso, Salo de Carvalho observa que, em matéria de pena, o texto da lei evidenciava o aprofundamento da repressão ao mesmo passo em que ensejava a atuação rigorosa do direito penal mesmo em casos de hiatos de punibilidade, como ilustra o mesmo autor:

Embora não houvesse definição expressa da conduta de uso de entorpecentes, ausência que gerou em parte da dogmática penal afirmações da não incidência do sistema punitivo ao usuário, os verbos nucleares do tipo do art. 16 da Lei 6.368/76 acabam, por caminhos indiretos, impondo sanção ao consumidor.

Cabe rememorar que a década de 70 se consagrara como a década em que o direito penal se consolida como a “forma estratégica oficial considerada mais adequada para se lidar com o problema da droga”, consolidando-se as opções legislativas pelos seguintes recursos que vieram a ser energeticamente aproveitados na Lei de 2006: a utilização da lei penal em branco, a proliferação ainda maior de verbos-núcleo e tipos penais excessivamente vagos.

---

<sup>62</sup>OLMO, Rosa del. 1990, 1ª reimp., maio de 2009, p. 22.

<sup>63</sup>CARVALHO, Salo de. 2016.

<sup>64</sup>\_\_\_\_\_.

Ademais a Lei 6.368/76 constituíra o principal impulso do fenômeno da descodificação na legislação sobre entorpecentes. Por esse processo denominado descodificação, entenda-se um movimento de criação cada vez mais expressiva de legislações penais extravagantes, isto é, desvincilhadas formalmente do código penal. Aponte-se, sobre esse movimento, Salo de Carvalho:

“Inegável, portanto, a constância do horizonte maximizado de incriminação, circunstância potencializada pela fragmentação e autonomia do direito penal das drogas dos estatutos penais. Percebe-se, no processo histórico, como consequência direta da descodificação, a conversão das leis especiais em direito penal de diferenciado valor. Formam-se microssistemas jurídicos nos quais os rígidos princípios da lei codificada são flexibilizados, quando não absolutamente ignorados, acentuando rupturas com base garantista do direito penal”.

Desta feita, antes de se analisar a estrutura da Lei 11.343/06, a atual Lei de Drogas, faz-se mister uma breve explicação sobre o movimento de descodificação, que incidiu fortemente sobre esfera de atuação da Lei anterior (6.368/76) em seus trinta anos de vigência. Além da Constituição de 1988, trazendo normas incriminadoras, também as leis 8.072/90, 10.259/01, 10.409/02, 9.099/95, 11.313/06, podem ser citadas como exemplo de leis que incrementaram o processo e descodificação da legislação sobre drogas.

O grande problema da descodificação concentra-se no fato de que o mero distanciamento físico ou formal entre a Lei específica e o Código Penal propicia o distanciamento dogmático entre a legislação específica descodificada e os princípios basilares de direito penal. Produzem-se efeitos que se refletem no momento da aplicação da lei pelo juízo, que deixa de considerar princípios basilares do Código Penal ao interpretar a legislação descodificada, especialmente ao interpretar os tipos penais abertos trazidos por esta.

Em outras palavras, o distanciamento físico entre Lei e Código produziria um distanciamento também cognitivo no momento da interpretação, que culminaria numa deliberada inobservância dos princípios de direito penal. É o que se observa na jurisprudência sobre tráfico de drogas em geral, conforme será melhor no capítulo III, em que se analisará, especificamente a conduta de importação de sementes de Cannabis.

Diante da percepção fática dos nefastos efeitos da descodificação, conclui Ferrajoli pela necessidade de criação de garantias de código no processo legislativo com a finalidade de proteger as garantias processuais codificadas da legislação de emergências

“Despenalização e desencarceramento implicam evidentemente uma política reformista, orientada pelos objectivos de minimização e de racionalização do Direito Penal como condições, ao mesmo tempo, de eficiência e de garantismo. E todavia, parece-me, esses objectivos não bastam para superar a crise por que passa hoje o Direito Penal e que tem origem, sobretudo, na crise do princípio da legalidade penal. Por isso, quero concluir apresentando uma última proposta, na qual insisti várias vezes e que decidi repetir, até me tornar fastidioso, de cada vez que tiver ocasião de falar ou de escrever sobre o Direito Penal: a refundação da legalidade penal através da introdução na Constituição de uma reserva reforçada de Código contra as intervenções de excepção e de ocasião do legislador ordinário.

As reformas dos Códigos estão, na verdade, destinadas a falhar, como um inútil trabalho de Sísifo, se não forem acompanhadas por esta nova e específica garantia: uma meta-garantia, por assim dizer, destinada a colocar as próprias garantias penais e processuais ao abrigo da legislação de emergência e, simultaneamente, a pôr um travão à inflação penal, que produziu uma substancial descodificação do Direito Penal, fazendo com que ele regredisse à idade pré-moderna, quando a acumulação das fontes, a indeterminação das leis, a incerteza das competências e o predomínio das práticas geraram, na cultura iluminista, a exigência do Código enquanto sistema claro, unitário e coerente de proibições e punições para tutela das liberdades dos cidadãos contra o arbítrio dos juízes.

[...]

Todas as normas relativas a crimes, penas e processos deveriam estar contidas, na base desta reserva de Código, no Código Penal ou no Código de Processo Penal, de modo a que nenhuma devesse ser introduzida sem a modificação desses Códigos, para a qual seria necessária a aprovação por meio de processos legislativos qualificados. Trata-se de uma medida indispensável para voltar a dar credibilidade ao Direito Penal e restituir-lhe a sua natureza de extrema ratio. Por muito complexa e volumosa que fosse, uma nova codificação enformada pelo princípio “todo o Penal nos Códigos, nada fora dos Códigos” sê-lo-ia incomparavelmente menos do que a actual acumulação de leis especiais; quanto mais não seja porque a proibição de legislação penal especial obrigaria o legislador a considerar de cada vez a unidade e a coerência do conjunto. De resto, o Direito Penal, uma vez que incide sobre a liberdade dos cidadãos, tem uma relevância quase-constitucional, e não é tolerável que seja deixado quotidianamente exposto aos humores contingentes das maiorias de governo e à ocorrência constante de novas emergências”.<sup>65</sup>

Esse movimento, portanto, foi de fundamental importância para a estruturação da lei 11.343/06, que simboliza o sucesso do expansionismo desenfreado da legislação extravagante, na medida em que a nova lei mantém a já mencionada estrutura estratégica da lei 6.3868/76, trazendo como novidade o incremento do rigor na aplicação das penas e as barreiras processuais à defesa.

---

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. 2008.

## 2. A ESTRUTURA DA LEI 11.343/06

Após 30 anos de vigência da Lei 6.368/76, a lógica discursiva diferenciadora se consolida na Lei 11.343/06. “assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários”.<sup>66</sup>

Ao menos no plano do discurso – ou seja, no plano textual -, a nova lei dá igual relevância ao tratamento jurídico-penal para o traficante e o tratamento patologizante para o usuário, impondo-se, a este, penas brandas e medidas alternativas. Cristaliza-se no texto legal a dupla face do proibicionismo: “obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da

---

<sup>66</sup> \_\_\_\_\_.

punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto ao usuário”.<sup>67</sup>

Em relação às condutas do usuário, a despeito do que poderia sugerir o sentido terapêutico das medidas propostas, estas “conservam mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador”.<sup>68</sup>

O modelo de diferenciação da Lei 11.343/06 que começou a se desenhar na Lei 6.386/76, apoiou-se também em mudanças trazidas pela Constituição de 1988 e pela Lei 8.072/90.

Como nota Luciana Boiteux:

“Com o retorno da democracia e a edição da Constituição Democrática de 1988, paradoxalmente percebe-se um movimento de política criminal de endurecimento das penas, com a inclusão no texto constitucional do conceito de crime hediondo, no mesmo capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5o., XLIII). Logo a seguir, em uma onda de criminalização crescente, diversas leis foram editadas, reduzindo garantias processuais e criando novos tipos penais, com redações altamente defeituosas. Dentre estas, chama a atenção a “Lei dos Crimes Hediondos”, nº. 8.072/90, que equiparou o delito de tráfico de entorpecentes a esse rol, restringiu garantias, aumentou penas e fez com que presos passassem mais tempo nas prisões brasileiras”.<sup>69</sup>

A Constituição de 1988 trazia em seu bojo não apenas normas garantidoras, limitativas do poder punitivo, mas também normas incriminadoras. Especificamente em relação ao tráfico de drogas, a Constituição determina sua equiparação aos delitos hediondos, estabelecendo a impossibilidade de fiança, graça e anistia, maximizando-se o espectro de incidência do direito penal.<sup>70</sup>

Ademais, para Salo de Carvalho, “os artigos-base dos preceitos incriminadores da Lei 11.343/06 incorporam na estrutura do delito penal das drogas estes efeitos da descodificação.

---

<sup>67</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>68</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>69</sup> RODRIGUES, Luiciana Boiteux, **O Controle Penal Sobre As Drogas Ilícitas: O Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**.

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de. 2016.

Junto à proliferação de condutas pela previsão de inúmeros verbos nucleares é exposta a necessidade de preceitos em branco”.<sup>71</sup>

Em relação ao uso de preceitos em branco, destacam-se os artigos 33 e 34, que “incriminam atos meramente preparatórios, abandonando o critério da violação ou do perigo concreto ao bem jurídico”.<sup>72</sup>

Operam, em conjunto, duas formas elementares de abertura de tipicidade. À constante variação nas formas de complemento das leis em branco, soma-se a constante variação dos critérios jurisprudências e doutrinários de interpretação dos tipos penais abertos.<sup>73</sup>

Por todo o exposto, entende-se questionável a constitucionalidade da utilização da norma penal em branco como técnica legislativa, o que será analisado a seguir.

## 2.1 - Norma penal em branco e tipicidade

De acordo com o art. 5º, XXXIX da CRFB/88, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Tal dispositivo consagra o princípio da legalidade ou da reserva legal estrita em matéria penal, estando, inclusive, intrinsecamente relacionada à ideia de Estado de Direito. Para Bitencourt, “em nome do Direito Penal liberal e de um Estado Democrático de Direito, jamais se deve admitir qualquer violação ao primado do *princípio da reserva legal*”.<sup>74</sup>

A grande maioria das normas de direito penal do ordenamento jurídico brasileiro é composta por normas completas, quais sejam aquelas que trazem em seu texto a integralidade de seu sentido, e cuja sanção é aplicável sem a necessidade de norma avulsa.

A maioria das normas penais incriminadoras, ou seja, aquelas que descrevem condutas típicas, compõe-se de normas completas, integrais, possuindo preceitos e

---

<sup>71</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>72</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>73</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>74</sup>Bitencourt, Cezar Roberto. 2013. p. 201

sanções; conseqüentemente, referidas normas podem ser aplicadas sem a complementação de outras. Há, contudo, algumas normas incompletas, com preceitos genéricos ou indeterminados, que precisam da complementação de outras normas, sendo conhecidas, por isso mesmo, como normas penais em branco.<sup>75</sup>

Tratam-se de normas penais em branco as leis de direito penal que necessitam de complementação por ato administrativo cabível à autoridade do poder executivo, ou então por lei ordinária posterior à primeira.

Ainda segundo Bitencourt, “a norma complementar de uma lei penal em branco integra o próprio tipo penal, uma vez que esta é imperfeita, e por conseguinte, incompreensível por não se referir a uma conduta juridicamente determinada e, faticamente, identificável”<sup>76</sup>.

Inaugurando a Lei de Drogas, o parágrafo único do art. 1º é um exemplo usual e categórico. Enuncia que "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", fazendo, assim, referência às Portarias da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vinculada ao Ministério da Saúde, que preveem quais são as substâncias entorpecentes cuja comercialização é vedada.

Verifica-se que o emprego da norma penal em branco, nesse caso específico, objetiva atender à necessidade de atualização contínua do rol desta categoria de substâncias de comercialização proscrita sem exigir reiteradas mudanças na lei penal, vez que esta se submete a rigoroso processo legislativo. Por outro lado, a norma complementar pode se materializar em variadas formas, seja por meio delei, decreto, regulamento, portaria, entre outras.

Com efeito, em que pese a possibilidade de norma complementar ser veiculada por ato infralegal, ela “integra o próprio tipo penal”.<sup>77</sup> Nesta esteira, levantam-se dúvidas acerca da legitimidade do Poder Executivo da União na criação dessas normas.

Importa notar que as leis penais em branco são divididas pela doutrina em duas categorias: normas penais em branco em sentido lato (ou amplo) e normas penais em branco

---

<sup>75</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>76</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>77</sup> \_\_\_\_\_.

em sentido estrito, tendo como fator determinante de sua classificação a origem da norma complementar à norma em branco. Isto é, se a norma penal em branco é sempre uma lei que precisa ser complementada por outra norma, esta norma pode ser uma lei, o que configura a hipótese de norma penal em branco em sentido estrito. Ou pode a norma complementar originar-se de outra instância legislativa, diversa da norma complementada, caso em que se estará diante de norma penal em branco no sentido estrito.

A norma penal em branco em sentido estrito é a norma penal em branco por excelência, pois aqui há a heterogeneidade de fontes, e, por consequência, há maior preocupação quanto à constitucionalidade das leis pertencentes a esta categoria, uma vez que se institui a possibilidade de o Poder Executivo complementar uma lei em matéria penal. Tal possibilidade causa estranhamento e levanta dúvidas acerca da observância de princípios basilares do Direito Penal.

Por um lado, é sabido que a única fonte direta do direito penal é a lei<sup>78</sup>, cuja criação está submetida aos limites do devido processo criador. Conforme Mirabete e Fabrini:

O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade.<sup>79</sup>

Existe, neste ponto, uma aparente contradição entre a competência legislativa em matéria penal, cuja delegação é terminantemente proibida pela Constituição da República. Todavia, em diversas oportunidades, a doutrina e a jurisprudência se debruçaram sobre a questão da constitucionalidade das normas penais em branco, com atenção especial àquelas do sentido estrito, tendo como questão central o aparente conflito deste método legislativo com o princípio de Reserva Legal.

---

<sup>78</sup>FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, JulioFrabbrini. **Manuel de direito penal**, v. 1: parte geral. 30ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>79</sup> \_\_\_\_\_. p. 40

Também Mirabete e Fabrini, por exemplo, atestam que “as leis penais em branco em sentido estrito não afetam o princípio da reserva legal, pois sempre haverá uma lei anterior, embora complementada por regra jurídica de outra espécie”<sup>80</sup>.

Bitencourt, por exemplo, explica:

A fonte legislativa (Poder Legislativo, Poder Executivo, etc.) que complementa a norma penal em branco deve, necessariamente, respeitar os limites que esta impõe, para não violar uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do ‘princípio da tipicidade estrita’ (art. 1º do CP). Em outros termos, é indispensável que essa integração ocorra nos parâmetros estabelecidos pelo preceito da norma penal em branco. É inadmissível, por exemplo, uma remissão total do legislador penal a um ato administrativo, sem que o núcleo essencial da conduta punível esteja descrito no preceito primário da norma incriminadora, sob pena de violar o princípio da reserva legal de crimes e respectivas sanções (art. 1º do CP).<sup>81</sup>

O que se depreende disso é que, para parte da doutrina, a legalidade da norma penal em branco se encontra em seu caráter meramente complementar ou acessório. Na norma principal, por si só, devem se apresentar ao intérprete todos os elementos necessários à sua caracterização como tipo penal.

As sociedades modernas, na medida em que se tornam mais complexas, necessitam de mais regulamentação, o que prova um desencontro cada vez mais intenso entre o Direito e a sociedade a ser regulada. A partir de tal análise, verifica-se que na seara penal, o fenômeno torna-se ainda mais premente, pois aqui, é onde a realidade bate mais insistentemente em nossas portas, trazendo sentimentos de medo e insegurança, a cada rebelião nos presídios, a cada final de semana de chacinas e criminalidade, a cada novo chefe de facção que ascende à mídia. A consequente constatação da população e das autoridades públicas é, efetivamente, a “demora” e a “baixa intensidade” da legislação penal.

Daí todo o fundamento, nos dias atuais, da legitimidade das leis penais em branco. Vislumbrando-se uma incapacidade das leis em fornecer pronta e rápida resposta aos novos problemas sociais, em virtude da demora do legislador, lança mão o Estado de outras técnicas, além das leis em sentido estrito.<sup>82</sup>

Em relação aos delitos de tráfico de drogas, em uma sociedade que clama por uma resposta punitiva à altura de um sentimento generalizado de insegurança, Luciana Boiteux

---

<sup>80</sup> \_\_\_\_\_. p. 33

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2013. p. 202

<sup>82</sup> ROCHA JÚNIOR, Francisco De Assis Do Rêgo Monteiro. Jurisprudência Catarinense nº.118

esclarece: “a explicação dada para a adoção de leis penais em branco nos crimes de tóxicos estaria na alegada “criatividade dos traficantes”, que demandaria uma maior flexibilização para a alteração da lista das substâncias proibidas. Na realidade, atribui-se um maior poder às autoridades, que legislam sobre matéria de drogas sem depender de lei em sentido estrito”.<sup>83</sup>

Temos, portanto, que o emprego das leis penais em branco como estratégia criminalizante, mormente em face do tráfico de drogas, que ocupa o lugar de “inimigo” na “sociedade do risco”, se legitima pela urgência da resposta penal, pela incapacidade da Lei e do próprio direito em acompanhar a realidade. Se o processo legislativo nunca será capaz de alcançar o passo das mudanças da realidade social, isso se traduz, na esteira da Política Nacional de Drogas, na necessidade da criação de técnicas legislativas lassas, brevíloquas e menos compendiosas, mesmo que em detrimento de princípios tão elementares quanto o princípio montesquiano da separação de poderes na ordem constitucional, e os princípios da Legalidade, Taxatividade e Reserva Legal na ordem penal.

Cabe ressaltar aqui que, embora tenhamos tratado dos Princípios da Legalidade e Reserva Legal como sinônimos, parte da doutrina os considera princípios distintos, embora complementares, ou mesmo dimensões complementares de um mesmo princípio. Para fins de desambiguação, entenda-se aqui o princípio da legalidade criminal pela máxima “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal), e o princípio da reserva legal em matéria penal como o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, ou seja, “compete privativamente à União legislar sobre direito penal”.<sup>84</sup>

Evidente, portanto, o conflito entre as leis penais em branco e os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a incidência dessa técnica legislativa é crescente na atualidade, com destaque aos crimes de direito penal econômico e de direito ambiental.

---

<sup>83</sup>RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. 2006.

<sup>84</sup>ROCHA JÚNIOR, Francisco De Assis Do Rêgo Monteiro. Jurisprudência Catarinense nº. 118

Também os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos. Isto é válido não só para decisões políticas, tais como medidas de boicote no direito do comércio exterior, mas também para as crescentes ameaças ambientais e para a tecnologia moderna, em especial na forma do processamento de dados. Assim é que, p. ex., o direito penal de computadores (computerstrafrecht) está em constante movimento, pois tem sempre de adaptar-se a novas tecnologias de informação e a seu abuso. Algo similar vale para o número rapidamente crescente das regulamentações de direito penal econômico. Só em casos raros dispensa o legislador a tentativa de assegurar a observância dos novos dispositivos através de cominações penais.<sup>85</sup>

Paralelamente à ascensão do emprego das normas penais em branco, fruto de um sistema penal estrategicamente punitivista, ocuparam-se a doutrina e a jurisprudência de justificar a sua aplicação, sustentando-se a sua constitucionalidade.

Nesta esteira, em um primeiro momento, apura-se o caráter estratégico das normas penais em branco, justificando-se a ascensão de seu emprego no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas. Tal ascensão só é possível por tratar-se de uma técnica legislativa dotada de certa mutabilidade e dinamicidade, portanto, instrumental à suposta necessidade de maximização da vigilância na sociedade moderna (sociedade do risco). No entanto, parte da doutrina considera com razão, que o emprego do Direito Penal na efetivação de políticas públicas emergenciais é inconstitucional<sup>86</sup>.

Para além desta justificativa política, pois de origem parlamentar, há diversas justificativas jurídicas que sustentem o uso da norma penal em branco no sistema penal brasileiro, tendo em vista que a jurisprudência das cortes superiores tratou de legitimar a ascensão desta classe de leis nos últimos anos.

Apresenta-se uma verdadeira contradição, pois, de um lado, se a norma (infralegal) complementar da norma (lei) penal em branco heterogênea integra o próprio tipo penal, este, então estará incompleto e será ineficaz por si só, ou seja, a conduta é atípica enquanto não há a descrição específica da conduta pelo ato infralegal.

Desta feita, cria-se uma impressão de segurança jurídica, pois se resguarda o princípio da taxatividade estrita, o qual estabelece que o tipo penal deve conter a descrição da conduta em todas as suas circunstâncias para que seja capaz de ensejar a sanção.

---

<sup>85</sup>ROXIN, Claus. trad. Luis Greco. São Paulo, 2006.

<sup>86</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGLIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. 2008, v. 1

Considerar que o complemento da lei integra o próprio tipo penal, conferindo ao tipo elementos objetivos, sob o manto de preservar-se a taxatividade, em verdade, configura manifesta violação ao corolário constitucional da reserva legal e da separação de poderes, o que é incompatível com o Estado Democrático. Como explicam Zaffaroni e Nilo Batista:

É que dentro dos cânones constitucionais, somente poderíamos ter um reenvio interno (quando a complementação é realizada através de outra disposição da própria lei) ou externo (quando a complementação se dá através de outra lei de hierarquia idêntica ou superior).<sup>87</sup>

Todavia, afim de elucidar o debate, cabe ressaltar a existência de corrente teórica minoritária, apontando no sentido de que as normas penais em branco são tipos penais completos, dotados aplicabilidade por si só, de forma que a complementação diminui a amplitude do poder punitivo por meio da regulação, tornando-se assim, instrumento do sistema de “freios e contrapesos”.

“O elemento central deste ponto, quer nos parecer, é demonstrar a falibilidade da argumentação que sustenta que através da complementação não se está criminalizando, mas apenas regulamentando aquilo que já fora criminalizado”.<sup>88</sup>

Subsistem, em nosso ordenamento resquícios desta corrente teórica, evidentes na jurisprudência sobre o assunto. No entanto, O Supremo Tribunal Federal, no exercício de controle concentrado de constitucionalidade (confirmar), ao julgar a retroatividade benigna da lei penal em branco, estabeleceu que o complemento da norma penal em branco deverá retroagir em benefício do réu.

Portanto, a jurisprudência e a doutrina atuais, majoritariamente, consideram inadmissível a aplicabilidade de um tipo penal em branco sem a complementação que o define, embora encontra-se resquícios dessa teoria na doutrina.

Ao decidir pela atipicidade da norma penal em branco antes da vigência do seu complemento, a Corte Constitucional. Isso significa dizer que o texto complementar é

---

<sup>87</sup>

<sup>88</sup>ROCHA JÚNIOR, Francisco De Assis Do Rêgo Monteiro. Jurisprudência Catarinense nº.118.

indispensável para a tipicidade, portanto, é elementar do tipo. Cite-se, nesse sentido, Rocha Junior:

Em terceiro plano, há que se vislumbrar que a tal argumento deve-se somar o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, a lei penal em branco somente pode ser aplicada depois da vigência da norma a que remete o tipo. E, em assim sendo, é claro que a criminalização só se aperfeiçoa com a regulamentação respectiva, sendo as condutas anteriores à regulamentação, atípicas. Por tal razão, é evidente, não se pode compreender a demanda constitucional como satisfeita a partir do singelo argumento de que há lei exarada pelo Parlamento e que somente seu complemento terá feições extraparlamentares. Se o complemento não fizesse parte do tipo, isso é evidente, haveria criminalização independente de sua vigência. O que não ocorre no Brasil, segundo posição do Excelso Pretório.<sup>89</sup>

Ademais, no mesmo sentido, Luciana Boiteux explicita de que maneira a legislação se utiliza da norma penal em branco como um de seus principais instrumentos de flexibilização tanto da taxatividade estrita quanto da própria legalidade:

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.<sup>90</sup>

## 2.2 O Perigo abstrato e a sua construção dogmática

Dentre as diversas classificações dos crimes e contravenções presentes em nosso ordenamento jurídico, para dar seguimento à análise da tipicidade dos delitos trazidos pela Lei de Drogas (lei 11.343/2006), faz-se mister o entendimento da classificação dos tipos penais em crimes de lesão e crimes de perigo, operada pela doutrina majoritária a partir da análise da intensidade da afetação do bem jurídico tutelado pelo respectivo tipo penal.<sup>91</sup>

<sup>89</sup>ROCHA JÚNIOR, Francisco De Assis Do Rêgo Monteiro. Jurisprudência Catarinense nº.118

<sup>90</sup>RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. 2006,

<sup>91</sup>JOFFILY, Tiago. 2012.

Tal classificação implica dizer que, para a consumação de determinados crimes, é necessária a verificação de um resultado material que obrigatoriamente se exprimirá em uma lesão efetiva do bem jurídico que se materializa supervenientemente à ação do autor. Só então, verificada a lesão (também chamada de dano), restará configurado o delito descrito no tipo. Estes são os chamados crimes *de lesão ou de dano*.<sup>92</sup>

Por outro lado, para a categoria de crimes, denominados crimes *de perigo*, o resultado de efetiva lesão ao bem jurídico é prescindível. O que não significa dizer que não há um resultado, mas, sim, que esta espécie de crime “se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do *perigo real* para o bem jurídico protegido, sem produzir dano efetivo”.<sup>93</sup>

Em outros termos, “enquanto nos delitos de lesão se exige a efetiva depreciação do bem jurídico ou do objeto material que lhe dá existência real, nos delitos de perigo há uma antecipação da punição para um momento anterior ao da efetiva lesão”.<sup>94</sup>

Em um primeiro momento, pode-se imaginar que a antecipação do momento de atuação da tutela penal para um momento anterior à efetiva lesão de um bem jurídico representaria, necessariamente, uma ampliação desmedida ou ilegítima do direito penal.<sup>95</sup> De fato, tal ponderação é fundamentada na vocação expansiva do poder punitivo, aplacada em nosso ordenamento pelas garantias individuais e pelos princípios de direito penal, ambos derivados da Constituição.

O princípio da ofensividade, por exemplo, impõe sobre a atividade legiferante a “exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes”.<sup>96</sup> Consoante, o princípio da fragmentariedade - derivado do princípio da intervenção mínima ou última *ratio*-

---

<sup>92</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2013.

<sup>93</sup> \_\_\_\_\_. (a expressão “perigo real” não se encontra em itálico no original, de modo que a utilização do recurso represente uma mera liberalidade do presente trabalho).

<sup>94</sup>JOFFILY, Tiago. 2012.

<sup>95</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>96</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2013.

determina que o Direito Penal deve se ocupar apenas das ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes.<sup>97</sup>

Por outro lado, assim como um dano ou uma lesão, o perigo também constitui uma “transformação do mundo externo que atinge de forma relevante a esfera de existência das outras pessoas”.<sup>98</sup> Nessa esteira, deve-se considerar o perigo como uma perturbação relevante à segurança de um determinado bem jurídico que, por sua vez, é substancialmente caro para a sociedade e, portanto, contido na esfera de interferência do Direito Penal.

Destarte, delitos de colocação em perigo descrevem condutas que normalmente caminham para uma lesão de um bem jurídico e por isso são geralmente desaprovadas. Pretende-se, com a legitimação desses delitos, que a intervenção ocorra em um momento anterior à eventual ocorrência de sérias e irreparáveis lesões.<sup>99</sup>

Em verdade, conforme afirma Alexis Couto de Brito:

“nenhum agrupamento social dispensa a tipificação e punição de certas condutas consideradas “perigosas”, pelo alto potencial lesivo a um interesse caso a conduta venha a ser praticada, ainda que não atinja concretamente um bem jurídico, [...]. Prefere-se evitar a ofensa do bem ou do interesse em si a aplicar, posteriormente, a sanção pelo fato da lesão causada, especialmente porque, muitas vezes, a lesão adquire caráter irreversível ao afetado”.<sup>100</sup>

Para a teoria objetiva do perigo, este representa um momento da realidade possível de ser constatado segundo dados científicos ou sistemáticos. Qualquer fenômeno (leia-se lesão ou dano) resultante do perigo que, embora previsto, não aconteça, somente não o fez por circunstâncias externas posteriores às do agente que impulsionavam a sua realização.<sup>101</sup>

Ademais, a experiência em sociedade e a ciência permitem ao homem observar, como o faz Alexis Couto de Brito, que:

---

<sup>97</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>98</sup> JOFFILY, Tiago. 2012.

<sup>99</sup> BRITO, Alexis Couto de. 2015.

<sup>100</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>101</sup> \_\_\_\_\_.

“sob determinadas condições, produz-se um determinado resultado e que o mesmo pode repetir-se quando se repetirem as mesmas determinadas condições. Assim, se em alguma outra ocasião o homem observasse a existência de tais condições, poderia prever a produção de um resultado idêntico”.<sup>102</sup>

Cite-se, consoantemente, o exemplo trazido por Tiago Joffily:

“De fato, ninguém em sã consciência afirmaria que dois automóveis idênticos, um estacionado na garagem de uma residência e o outro balançando com duas rodas para fora de um precipício, compõe de forma idêntica o patrimônio de uma pessoa. A diferença entre esses dois estados de coisa, independentemente da integridade física do bem em si, é justamente o que caracteriza a situação de perigo como uma realidade distinta daquela em que se deu a prática da ação proibida, permitindo a classificação dos crimes de perigo como verdadeiros crimes de resultado”.<sup>103</sup>

Desta feita, os tipos penais que preveem o resultado perigo prescindem de um resultado de lesão ao bem jurídico para a configuração do tipo delitivo. Portanto, é correto se afirmar que essa categoria de tipo penal faz alçar a proteção de um estado de segurança do bem jurídico à um grau de importância semelhante à proteção da integridade do próprio bem jurídico.

Uma vez caracterizado o perigo com um resultado passível de ser tipificado e aferido objetivamente, a decorrência lógica é a contrapartida da necessidade de prova do perigo para que se configure a tipicidade da conduta. Isto é, para que exista a conformidade da conduta do agente (ação) com a descrição formal do tipo penal, indispensável a demonstração da materialidade de um perigo significativo e contíguo ao bem jurídico, bem como a prova do nexo de causalidade entre a conduta do agente, e o perigo criado.

Tal consideração, no entanto, apenas é relevante na medida em que se esteja trabalhando com a espécie de crime de perigo denominada de *crimes de perigo concreto*, considerada por alguns autores como o crime de perigo por excelência. Isso porque a doutrina e a jurisprudência têm admitido a vigência e a aplicabilidade, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, de uma segunda espécie de crime de perigo, qual seja o crime de *perigo abstrato*, cuja cognição nos será elementar na construção da crítica central deste estudo.

---

<sup>102</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>103</sup>JOFFILY, Tiago. 2012.

Definem-se crimes de perigo abstrato as tipificações que presumem o perigo para o objeto de proteção, prescindindo-se da produção real do resultado de perigo. Desta sorte, enquanto um crime de perigo concreto resta configurado a partir da valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em situação de risco no caso concreto<sup>104</sup>, “o tipo de perigo abstrato consuma-se quando o comportamento descrito tipicamente [como] perigoso do autor é revelado. Com isso surge o fundamento para a pretensão penal do Estado”.<sup>105</sup>

Para a configuração de um delito de perigo abstrato, portanto, a perturbação do estado de segurança do bem jurídico por um perigo real e iminente (concreto) é absolutamente prescindível. Isso significa dizer que o eventual resultado de [colocação do bem jurídico em] perigo extrapola a conformação da conduta do agente ao tipo penal, considerando-se esse resultado, portanto, como uma mera eventualidade.

Isso é dizer que não há espaço para o julgamento da perigosidade da conduta pelo juízo do caso concreto, porquanto tal julgamento já foi realizado pelo legislador no momento da criação do tipo penal.

A respeito do conceito de perigosidade da conduta, cite-se Tiago Joffily:

“a distinção entre os conceitos de perigo e periculosidade é a chave para compreender como um injusto fundado exclusivamente no desvalor da ação pode existir sem que acabe caindo na vala comum das meras desobediências. Enquanto o termo perigo está referido às consequências causais de uma ação, que importam numa transformação do mundo próxima à lesão de algum bem jurídico específico, o termo periculosidade refere-se à qualidade de determinadas ações que se mostram aptas a produzir transformações perigosas no mundo externo, mas que com elas não se confundem. Há entre a periculosidade e o perigo, uma relação de causa e efeito, de modo que todo perigo pressupõe a prática de uma conduta dotada de periculosidade, mas nem toda conduta com essas características leva, sempre e necessariamente, a um resultado de perigo. Nesse sentido, é comum dizer que, nos delitos de perigo abstrato, prescinde-se do resultado de perigo, mas não da periculosidade da conduta”.<sup>106</sup>

Desde logo, convém ressaltar a posição de Cezar Bittencourt em relação a essa particular espécie de crime de perigo:

---

<sup>104</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2013.

<sup>105</sup>BRITO, Alexis Couto de. 2015.

<sup>106</sup>JOFFILY, Tiago. 2012.

“Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador se abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração”.<sup>107</sup>

Portanto, pode-se entender os tipos de perigo abstrato como tipos delitivos que, embora amplamente aceitos pela jurisprudência, representam clara violação aos supramencionados princípios da ofensividade, fragmentariedade – derivado do princípio da última *ratio* -<sup>108</sup>, bem como os princípios da culpabilidade e proporcionalidade.

Outrossim, no âmbito processual, os crimes de perigo abstrato revelam-se como verdadeiro artifício legislativo que traz como função precípua a aplicabilidade prática em detrimento da ampla defesa, resultando na imposição de desmedido obstáculo a esta, invertendo o ônus da prova e desconsiderando o *in dubio pro reo*.<sup>109</sup>

No entanto, convém ressaltar a posição de Joffily a este respeito:

“O grande problema da presunção relativa do resultado perigoso [nos crimes de perigo abstrato], ao nosso ver, não está na violação do princípio da presunção e inocência, tal como sustentado pela maioria da doutrina, mas sim no fato de que a discussão sobre a ocorrência, ou não, de um resultado de perigo concreto só faz sentido naquelas hipóteses em que tipo penal exige o efetivo ingresso de algum bem jurídico no raio de ação do autor. Uma vez que se reconheça que é exatamente a ausência dessa circunstância o que caracteriza os tipos de perigo abstrato, então, o recurso à inversão do ônus da prova parece perder toda e qualquer serventia”.<sup>110</sup>

O verdadeiro problema, portanto, se dá em um âmbito anterior ao processual, qual seja, no momento da tipificação e legitimação desse tipo de crime no ordenamento jurídico-penal sem a exigência de aferição objetiva da perigosidade da conduta do

---

<sup>107</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2013.

<sup>108</sup>\_\_\_\_\_.

<sup>109</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 2019.

<sup>110</sup>JOFFILY, Tiago. 2012.

agente. Com efeito, a ausência dessa imposição deve-se à inexistência de um critério efetivo de aplicação dessa exigência para a tipificação de crimes de perigo.

No curso do desenvolvimento de sua crítica à doutrina tradicional do perigo abstrato, Joffily observa que, ao mesmo tempo em que se deve buscar “conferir ao direito penal uma interpretação o mais restritiva possível em relação ao exercício do poder punitivo”, repudiando-se “o argumento positivista normativo da validade das incriminações pela simples razão delas formalmente existirem”, também se faz imperioso compreender que “boa parte, senão mesmo a maioria, dos fatos submetido a julgamento diariamente perante as cortes brasileiras estão tipificados na forma de crimes de perigo abstrato”.<sup>111</sup>

Por esse motivo, entendendo que uma posição como a de Bittencourt carece de proficuidade diante da realidade do sistema penal atual, Joffily propõe uma construção dogmática dos crimes de perigo abstrato que tenha por pressuposto um modelo dualista de injusto penal “rigorosamente comprometido com o desvalor do resultado”, exigindo-se para os crimes de perigo abstrato a “possibilidade de se identificar no tipo legal desses delitos uma transformação do mundo externo que importe na restrição da esfera de existência livre e autônoma de um número indeterminável de pessoas”.<sup>112</sup> Esses seriam os tipos de perigo abstrato conciliáveis com o princípio da lesividade.<sup>113</sup> Nesse sentido, cite-se:

“Incriminações desse tipo [perigo abstrato] só serão legítimas na medida em que a conduta do agente importe numa transformação tal da realidade que qualquer pessoa que dele venha a se aproximar fique imediatamente exposta aos efeitos perigosos e sua conduta, independentemente da realização de qualquer outro ato, seja do próprio agente, seja de terceiros. Por isso, fatos que, por si só, não sejam capazes de afetar bens jurídicos (delitos de acumulação) ou fatos que ainda dependem da prática de alguma conduta posterior para a transformação perigosa da realidade circundante (delitos de atentado) não preenchem os requisitos materiais mínimos de um injusto constitucionalmente fundado. Nesses casos, ainda não tendo sido criado o redemoinho que exterioriza a situação de perigo difuso para um número indeterminado de pessoas, impossível falar-se em incriminação legítima”.<sup>114</sup>

É certo dizer que diversos autores têm proposto modelos inovadores de legitimação dos tipos do perigo abstrato a fim de afastar as doutrinas tradicionais, que presumem a perigosidade de determinadas condutas em razão da mera desobediência à norma. Todavia,

---

111 \_\_\_\_\_.

112 \_\_\_\_\_.

113 \_\_\_\_\_.

114 \_\_\_\_\_.

inexiste, na doutrina atual, qualquer modelo explicativo de perigo abstrato que tenha logrado ampla aquiescência dos aplicadores do direito. Em verdade, isso muito se deve ao fato de que os próprios autores não estão dispostos a dar um tratamento unitário aos crimes de perigo abstrato, preferindo-se interpretá-los de forma variável, de acordo com a redação conferida pelo legislador a cada tipo penal. Da mesma maneira, fazem-no os tribunais brasileiros, conforme observa Nilo Batista, referindo-se especialmente ao contexto dos julgamentos relacionados à produção, tráfico e uso de entorpecentes:

“Todo o desprestígio teórico dos crimes de perigo abstrato, às vezes proclamado pelos tribunais - versando matéria distinta - não abalou, contudo, a aplicação massiva e indiscriminada da lei”.<sup>115</sup>

O que Nilo Batista definiu como política criminal com derramamento de sangue - isto é, a política brasileira de repressão às drogas, marcada por discursos e estratégias próprios de situações de guerra -, permite a diluição das fronteiras entre segurança pública e direito penal, permitindo-se a instrumentalização deste aos mais rompantes interesses punitivos daquela. Tal diluição é o fruto da atuação histórica, em toda a América Latina, do “discurso de emergência constantemente revigorado pelas agências repressivas como instrumento de legitimação das políticas criminais de guerra às drogas, encontrando no crime organizado o inimigo visível a ser combatido”.<sup>116</sup>

Ao passo que o direito e processo penal devem representar barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva, também atuam na legitimação dessas violências, permitindo o extravasamento dos atos de poder. Neste sentido operamos tipos delitivos de perigo abstrato, o que é inquestionável no que se refere aos crimes relacionados ao tráfico de drogas.

Axiomático exemplo dessa faceta do modelo atual de perigo abstrato é a criminalização do mero porte de drogas. Enquanto alguns poucos acórdãos sustentam que tal criminalização representa uma violação, sob o ponto de vista material-constitucional, do princípio da privacidade e da intimidade, por se considerar que “ter em sua posse drogas qualificadas de ilícitas para seu consumo pessoal, ou consumi-las

---

<sup>115</sup> BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

<sup>116</sup> CARVALHO, Salo de. 2016.

em circunstâncias que não tragam um perigo concreto, direto e imediato para outras pessoas, são condutas privadas, que estão situadas na esfera individual”<sup>117</sup>, a jurisprudência majoritária recusa esse argumento com base, justamente, na alegação de que se trata de um delito de perigo abstrato à saúde pública.<sup>118</sup>

A concepção da figura de um inimigo criada ao redor dos delitos de tráfico de drogas justifica não só a aplicação de uma política de segurança pública com marcas de beligerância, mas, em última análise, de um direito penal de emergência, que atua no “vácuo entre o garantismo e o inquisitorialismo”<sup>119</sup>, e que justifica e (re)legitima a excepcionalidade da violência institucional, impulsionando, com isso, a “maximização incontrolável e a generalização desmesurada da repressão”.<sup>120</sup> Some-se a isso a “naturalização do fenômeno da emergência como regulador da normalidade, o apego ao autoritarismo e à vontade de punitividade, tanto pelos operadores das agências penais quanto pelo seu público espectador (senso comum teórico, *everydaytheory*)”.<sup>121</sup>

Por todo o exposto, embora se reconheça a periculosidade dos complexos sistemas de crime organizado destinados à produção e tráfico de drogas ilícitas, não é exagero atestar que, para os delitos de tráfico de drogas e seu entorno, vige no ordenamento jurídico-penal brasileiro um verdadeiro direito penal do inimigo, ao qual o perigo abstrato server de instrumento mantenedor - legitimante de uma política de repressão genocida -<sup>122</sup>, permitindo-se assim que se persiga determinado crime, muito frequentemente, não a partir do seu potencial lesivo (para o bem jurídico), mas a partir de preceitos morais, éticos e religiosos, configurando-se sistemática e permanente afronta aos princípios basilares de direito penal, que apenas encontra parelha nos estados de exceção.

Portanto, se por um lado parece precipitado afirmar de maneira generalizante a inconstitucionalidade absoluta dos delitos de perigo abstrato, por outro, clama-se pela urgente necessidade do comprometimento, por parte dos aplicadores de direito penal, em proporem modelos explicativos de perigo abstrato capaz de inspirar a segurança jurídica em

---

<sup>117</sup> KARAM, Maria Lucia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 12, n. 47, São Paulo, 2004.

<sup>118</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. 2006.

<sup>119</sup> CARVALHO, Salo de. 2016.

<sup>120</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>121</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>122</sup> BATISTA, Nilo. Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

nosso ordenamento jurídico no que tange a essa espécie de delito. O modelo proposto por Tiago Joffily tem especial valor para este trabalho, na medida em que sugere critérios unificantes de valoração da periculosidade de uma conduta, reconhecendo a utilidade dessa modalidade de crime de perigo, ao passo que afasta a presunção *juris tantum* de perigosidade da conduta de que se imbuí a legislação e a jurisprudência atual. Veja-se, por exemplo, a explicação trazida pelo autor ao analisar a periculosidade da própria conduta de tráfico de drogas:

“É verdade que, em relação a algumas figuras típicas, a avaliação acerca da perda, ou não, do poder de controle do agente sobre os efeitos de sua conduta dependerá de uma análise mais aprofundada de todas as circunstâncias do caso concreto. Para a ocorrência do delito de tráfico de drogas, por exemplo, nem sempre se exige que o autor do delito já tenha praticado atos de venda ou que esteja expondo a(s) substância(s) entorpecente(s) para a compra imediata de qualquer pessoa que se mostre interessada. Nada obstante, em função do conjunto de elementos objetivos e subjetivos presentes em cada caso concreto, será possível avaliar se e em que medida a conduta do agente contribui para a transformação do mundo externo, criando uma situação de perigo de tal forma descontrolada que qualquer pessoa pode acabar sendo por ela atingida, acaso venha a ingressar em seu raio de ação. Assim, a conduta de ter drogas em depósito, por exemplo, pode, ou não, representar um resultado de perigo abstrato na forma por nós concebida, tudo depende da quantidade e qualidade das drogas em questão, das condições e do local em que o sujeito opera, dos instrumentos e da matéria prima por ele utilizados no fabrico e endolação, da quantidade de dinheiro movimentada, dos aparatos tecnológicos de comunicação e armamentos utilizados para a comercialização, etc. Se, diante das circunstâncias do caso concreto, se puder concluir que a conduta do acusado contribuía para a existência da situação do perigo difuso consistente no funcionamento do complexo e intrincado sistema de produção e distribuição de drogas ilícitas, então, pode-se dizer que a incriminação é válida por satisfazer o princípio da lesividade. Se, ao contrário, as circunstâncias concretas do caso não permitirem antever de que forma aquela conduta já importa numa transformação da realidade externa capaz de colocar em perigo concreto toda e qualquer pessoa que venha a se aproximar de seu raio de interferência, então a conduta deverá ser reputada materialmente atípica, por não afetar, nem mesmo de forma indireta, o bem jurídico vinculado à norma”.<sup>123</sup>

Por fim, destaca-se, com o auxílio de Cezar Bittencourt que “em Direito, convém que se repita, nada é estanque, inalterável e definitivo”<sup>124</sup>. Nesse sentido, ao tratar do princípio da ofensividade, atesta Bittencourt que “quando, por exemplo, o legislador, no exercício de sua função legislativa, criminalizar condutas ignorando a necessidade de possuírem conteúdo lesivo, como exige o princípio em exame, essa omissão deve, necessariamente, se suprida pelo juízo ou intérprete”.<sup>125</sup> Com isso, evidencia que a

---

<sup>123</sup>JOFFILY, Tiago. 2012.

<sup>124</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2013.

<sup>125</sup>\_\_\_\_\_.

atividade legiferante “não é absoluta e não esgota em definitivo o direito de estabelecer o limite do *ius puniendi* estatal”.<sup>126</sup>

Uma vez que a atividade parlamente pode “apresentar-se de forma incompleta ou imperfeita ou, por alguma razão, mostrar-se insatisfatória, vaga, exageradamente extensa ou inadequada no âmbito de um Estado Democrático de Direito”<sup>127</sup>, cabe ao juízo, o poder-dever de “corrigir eventual imperfeição da norma legislativa para adequá-la aos princípios norteadores dessa modalidade de Estado de Direito”.<sup>128</sup>

Nessa toada, a breve exposição do perigo abstrato trazida no escopo deste capítulo permitirá que se analise criticamente, no capítulo que se segue, a construção histórica da jurisprudência brasileira, em especial dos tribunais superiores, em relação a uma determinada conduta historicamente associada ao tráfico de drogas, nomeadamente a conduta de importação de sementes de maconha. Isso porque a questão do perigo abstrato é elementar na construção das teses firmadas ao longo de muitos anos, assim como é fundamental para as atuais mudanças que sobrepujam esses entendimentos historicamente consolidados, ensejando-se a possibilidade de conjecturação das tendências futuras, bem como a proposição de uma tese quanto à tipicidade dessa conduta em específico.

---

126 \_\_\_\_\_.

127 \_\_\_\_\_.

128 \_\_\_\_\_.

### 3. A TIPICIDADE DA IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS

Na nomenclatura técnica, o que se estuda e se debate no âmbito da doutrina e da jurisprudência com sementes de maconha, ou sementes de Cannabis, são denominados de frutos aquênios, constituem sementes mesmo ou é outra coisa? Ver revista da pericia.

Assim como se afirmou no primeiro capítulo que seria impossível a apontar a origem da criminalização das drogas, também se reputa impossível apontar a origem da criminalização das sementes de Cannabis na legislação brasileira. No entanto, pode-se dizer que com segurança que se trata de um processo de criminalização que se construiu como resultado da jurisprudência na medida em que a conduta adquiriu relevância.

Segundo dados da Polícia Federal, esta registrou, em 2013, a apreensão de mais de 220 toneladas de maconha, ultrapassando os números de 174 toneladas em 2011 e 111 toneladas em 2012. Além disso, registrou-se, também em 2013, a erradicação de cerca de 800.000 “pés” de maconha nos interiores dos estados da Bahia e de Pernambuco, representando aproximadamente 250 toneladas de drogas prontas para o consumo.<sup>129</sup>

Tais esforços empenhados por parte das forças de segurança pública no combate ao tráfico podem ter contribuído para a ascensão de “uma nova forma de tráfico internacional de drogas” no Brasil: a importação de sementes de Cannabis em pequena quantidade pela via postal, normalmente para cultivo em ambientes indoor dentro de centros urbanos. Os registros da Polícia Federal revelam o crescimento exponencial dessa prática ao longo dos últimos anos porquanto o número de lados produzidos para apreensões dessa natureza saltou de 34 em 2010, para 137 em 2011, 194 em 2012, 1157 em 2013 e 2.192 em 2014. O que representa um crescimento de 6.347% em 4 anos.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup>MARIOTTI. Kristiane de Cassia, et. al. **Seized Cannabis seeds cultivated in greenhouse: a chemical study by gas chromatography-mass spectrometry and chemometric analysis.** Science and justice, nº 56, 2016.

<sup>130</sup>MARIOTTI. Kristiane de Cassia, et. al. **Seized Cannabis seeds cultivated in greenhouse: a chemical study by gas chromatography-mass spectrometry and chemometric analysis.** Science and justice, nº 56, 2016.

Estes números, ressalte-se, são frutos de uma aferição limitada pela eficiência das operações policiais e seus registros, portanto podem não refletir a real dimensão do fenômeno do crescimento exponencial da prática referida. No entanto, representam lastro científico satisfatório para atestar relevância do referido fenômeno, uma vez que demonstra a sua expressiva incidência na realidade do sistema penal.

No bojo deste estudo, analisar-se-á o impacto da importação de sementes de *Cannabis sativa* L. na jurisprudência, com foco na atuação cortes superiores.

### 3.1 – A criminalização da conduta por meio da tipificação aberta

O estudo empreendido nos capítulos 1 e 2 compõe a base teórica fundamental para a compreensão do processo de criminalização da importação de sementes de *Cannabis Sativa* L. pela via postal.

Em verdade, trata-se de um processo de criminalização ainda em construção e que, portanto, sofre a influência de fatores externos que existem na atualidade, como por exemplo, as novas políticas de drogas alçadas a nível global. Destaca-se, entre elas, as políticas de legalização de algumas drogas adotadas por diversos países no cenário global nos últimos anos (Estados Unidos, Uruguai e Canadá são exemplos claros). Portanto, não se descarta a possibilidade de se vislumbrar uma guinada da jurisprudência em direção a um processo de descriminalização, a partir das observações que se fará a seguir.

Como já afirmado, não se sabe a origem da criminalização da importação, porte, venda, ou uso das sementes de *Cannabis*. Sabe-se, por outro lado que a utilização de tipos penais vagos, de grande extensão semântica, sempre constituiu uma estratégia para a ampliação do escopo de atuação do direito penal.

O emprego do conceito da palavra entorpecente, iniciado no Decreto 4.294 de 1921, multiplicação do verbos e opção pela norma penal em branco, inauguradas no decreto nº 20.930 de 1932, e a cruzada moral – e bélica – empreendida durante a Ditadura Militar no combate às drogas, seguindo-se o amplo movimento de descodificação empreendida entre 1967 e a Lei de Drogas de 2006. Em todas as oportunidades de renovação da legislação criminalizante, no que diz respeito à matéria das drogas, inauguraram-se novos mecanismos

de expansão do aparato punitivo, razão pela qual a Lei de Drogas que se apresenta hoje vigente representa uma amálgama das estratégias implementadas pelas legislações passadas.

Desse modo, não seria exagero considerar que, sob a vigência das legislações anteriores, as sementes de cannabis recebessem tratamento penal similar ao conferido para a própria cannabis em seu estado pronto para consumo. Isso porque restava clara a intenção expansionista dos tipos penais de tráfico.

No entanto, o fenômeno da importação de sementes apenas recentemente se tornou relevante para a jurisprudência e para a doutrina. Isso por que o avanço das tecnologias de comércio digital, juntamente com a própria popularização da cannabis no espaço digital, propiciam a sua expansão a níveis significativos de incidência no sistema penal.

Por esse motivo, somente se pode concluir que a criminalização da importação das sementes de cannabis é resultado direto de uma amálgama de artifícios para a maximização do escopo de incidência das leis penais de drogas.

Sobre a incidência da Lei de Drogas nesse fenômeno, veja-se:

“Apesar de a Lei 11.343/2006 ter vindo ao mundo como uma positiva novidade, uma vez que a posse para uso pessoal não mais seria punida com prisão, a repressão ao tráfico de drogas foi incrementada, aumentando penas e restringindo direitos.(2) Foi necessário que a jurisprudência do STF se manifestasse no sentido de garantir direitos, para dizer que o tráfico de drogas não é incompatível com a liberdade provisória (HC 104.339, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes), com o regime inicial aberto de cumprimento de penas (HC 111.840, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli), e mesmo com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (HC 97.256, rel. Min. Ayres Britto, que redundou na Resolução 5/2012, do Senado Federal). E, mais recentemente, para afastar as regras previstas para crimes hediondos e equiparados quando se trata do chamado “tráfico privilegiado” (HC 118.533, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia).

Na disfuncional mecânica de aplicação da Lei de Drogas, admite-se a presunção de tráfico violadora da regra do ônus da prova, como se depreende da Súmula 528 do STJ: “Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional”. De acordo com o raciocínio sustentado pela Segunda Câmara de Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e cristalizado na Súmula 528 do STJ, quem importa droga ilegal pratica tráfico internacional de drogas (art. 33, caput ou, dependendo do entendimento, § 1.º, inc. I, nos dois casos combinados com o art. 40, inc. I). Isso porque o mero ato de importar drogas aperfeiçoaria o crime referido, sendo desnecessária a prova da destinação mercantil ou ânimo de lucro. Com base nesse entendimento, indivíduos que

importaram pequenas quantidades de sementes de maconha para iniciar autocultivo com vistas a subsidiar o consumo pessoal estão sendo denunciados como traficantes internacionais.

Trata-se, a toda evidência, de interpretação desconforme a Constituição, uma vez que ao presumir a traficância, viola-se a presunção de não culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF), por meio da qual não se pode tolerar que finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida”.<sup>131</sup>

O texto do artigo 33 tipifica as condutas de:

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:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

Embora ausente qualquer menção expressa sobre sementes, o leitor pode ser levado a entender que o escopo de proteção peretendido pela normal incluiria, presumidamente, a tutela penal integral e absoluta sobre a planta *Cannabis Sativa*, mesmo que esta se encontre em seu estado de semente (que na verdade são frutos aquênios). O próprio uso do verbo “semear”, também presente no art. 28, denota uma intenção de atuação sobre o ato da semeadura e, portanto, sobre as próprias sementes. Assim o fez a jurisprudência.

Em um primeiro momento, os tribunais trataram de conferir às sementes de *Cannabis* o tratamento conferido às matérias primas e, por vezes, o mesmo tratamento conferido às próprias drogas prontas para o consumo. Vejam-se exemplos nos exertos:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. REMESSA DE ENTORPECENTE DO EXTERIOR POR VIA POSTAL. CONSUMAÇÃO DO DELITO QUANDO DA ENTRADA DA DROGA NO TERRITÓRIO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL EM QUE OCORREU A APREENSÃO DA DROGA. PRECEDENTES. 1. A conduta prevista no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 constitui delito formal, multinuclear, que, para cuja

<sup>131</sup>MARONNA, Cristiano Avila. **Os Danos Constitucionais causados pela práxis do direito penal das drogas**. Boletim IBCCRIM. Nº 284, 2016.

consumação basta a execução de qualquer das condutas previstas no dispositivo legal. 2. Para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam: 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".<sup>132</sup>

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. Incorre no tráfico de entorpecentes quem importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76). 2. No caso, o fato narrado na denúncia, ou seja, a apreensão, na residência do paciente, de 170 sementes de cannabis sativa, amolda-se perfeitamente ao tipo penal "ter em depósito" e "guardar" matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76), não podendo se falar em atipicidade da conduta. 3. Ordem denegada."<sup>133</sup>

Rapidamente, consolidou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as sementes de Cannabis, constituem, de fato, matéria prima destinada à produção de droga:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE MATÉRIA PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. FATO ATÍPICO. 1. O fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato. 3. Recurso provido.<sup>134</sup>

### 3.2 - O movimento de descriminalização da conduta na jurisprudência tribunais superiores

Essa interpretação que atesta que as sementes de Cannabis Sativa L. constituem, presumidamente, matéria prima para a produção da droga em seu modo consumível se consolidou no âmbito do STJ. Todavia não é uma interpretação absoluta na jurisprudência, haja vista que, em diversas oportunidades, tribunais da Justiça Federal optaram por classificar a conduta de importação de sementes de

<sup>132</sup> STJ - CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 132.897/2014 / PR. Min. Relator: Rogerio Schietti Cruz

<sup>133</sup> STF. HABEAS CORPUS Nº 100.437 / SP. Min Relator: Arnaldo Esteves Lima

<sup>134</sup> Resp. Nº 1.675.709 / SP Min Relatora: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

cannabis pela via postal como “contrabando”, o que significa assumir que as sementes de cannabis não possuem natureza de matéria prima, portanto, estariam excluídas do arcabouço de atuação da Lei 11.343, que não prevê expressamente a tipificação da importação de sementes, mas de matéria-prima.

Esse entendimento é observável em diversos acórdãos da Justiça Federal sobre o tema, e encontra fundamento no documento proferido pelas Nações Unidas, em que atestava-se em definitivo, que as sementes de cannabis não possuíam THC suficiente para serem qualificadas como drogas.<sup>135</sup> A partir dessa informação oficial do documento das nações unidas, a cadeia de implicações lógicas e jurídicas que levam à desclassificação para o contrabando está brilhantemente ilustrada no julgado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. LEI Nº 11.343/06, ARTIGO 33, § 1º, INCISOS I E II. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECLASSIFICAÇÃO. CRIME DE CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

I - A importação de semente de maconha não configura o delito do artigo 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/06 que se refere à matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente.

II - As sementes de maconha não podem ser consideradas matérias-primas, pois não possuem "condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas".

III - A matéria-prima, destinada à preparação, é aquela industrializada, que, de uma forma ou de outra, pode ser transformada ou adicionada a outra substância, com capacidade de gerar substância entorpecente ou que cause dependência ou, ainda, seja um elemento que, por suas características, faça parte do processo produtivo das drogas.

IV - De outra parte, não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir o folhas necessárias para a droga. A partir exclusivamente da semente ou adicionando qualquer outro elemento, não se obtém, por si só, a maconha. A semente é a maconha em potência, mas, antes disso, precisa ser adequadamente cultivada a fim de florescer.

V - A semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo 33, § 1º, II, da Lei nº 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga.

VI - No caso dos autos, não foram iniciados os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga. Apenas se supõe que seriam plantadas para ulterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

VII - A conduta não se subsume ao artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei n.º 11.343/06, porquanto a semente de maconha não constitui matéria-prima, objeto material do referido tipo penal.

VIII - A conduta poderia ser enquadrada no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06 se o investigado ao menos houvesse semeado, cultivado ou feito a

---

<sup>135</sup> UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. **Recommended methods for de identification and analysis of cannabis and cannabis products**, 2019.

colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência, o que também não ocorreu, no caso dos autos.

IX - A importação de sementes não inscritas no Registro Nacional de Cultivares, como no caso em tela, configura, em tese, o crime de contrabando, que tipifica a importação e a exportação de mercadorias proibidas.

X - O princípio da insignificância é inaplicável ao crime de contrabando. No entanto, deve-se verificar as peculiaridades do caso concreto para se afastar de plano a incidência do referido princípio, sob pena de se punir condutas que, não obstante formalmente típicas, não causam lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

XI - In casu, considerando que a conduta consistiu na importação de 35 (trinta e cinco) sementes de maconha, encontram-se presentes os parâmetros considerados pelos Tribunais Superiores para o reconhecimento da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica.

XII - Recurso em sentido estrito a que se nega provimento.<sup>136</sup>

Esta tese aplica os conhecimentos científicos oficializados nos tratados internacionais, e hoje reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Reconhece-se que, por um lado, não há necessidade de que as matérias-primas já tenham de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos. Todavia, é imprescindível, para qualificarem-se como matérias-primas, que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas.

Esta tese aplica os conhecimentos científicos oficializados nos tratados internacionais, e hoje reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Reconhece-se, por um lado, que não há necessidade de que as matérias-primas já tenham de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos. Todavia, é imprescindível, para qualificarem-se como matérias-primas, que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas.

Em verdade, uma das questões mais controversas em relação às sementes de cannabis é a sua qualificação, ou não, como matéria prima. A cadeia de argumentos lógicos que embasam a desclassificação para o contrabando emprega argumentos fortemente embasados nos princípios da taxatividade e legalidade. Ao considerar-se que o legislador tipificou a ação de semear, por exemplo, ele teria estabelecido a semeadura como marco temporal lógico, a partir do qual incidiria a tipicidade. Portanto, a importação de sementes constituiria ato preparatório da conduta típica de semear, uma vez que nenhum outro artigo prevê a importação de sementes, apenas de matéria-prima. Veja-se:

---

<sup>136</sup>Resp. Nº 0014397-72.2013.4.03.6181/SP. Desembargador Relator: JOSÉ LUNARDELLI

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO. SEMENTES DE MACONHA. MATÉRIA-PRIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas, é necessário distinguir "preparação de drogas" da "produção de drogas".

2. A semente de maconha presta-se à produção da maconha, mas não à preparação dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahidrocannabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas.

3. O verbo preparar tem o sentido de "aprontar (algo) para que possa ser utilizado"; "cuidar para que (algo) aconteça como planejado"; "compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes"; "criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)", entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo produzir significa "fazer nascer de si"; "fabricar"; "causar"; "provocar", etc. (ibidem).

4. Comparando esses verbos, verifica-se que: a) a semente de maconha não pode ser "composta" com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de "aprontar" a semente de maconha, "cuidar" dela ou "criar um estado de coisas propício" a que ela germine importam a que a semente seja "semeada" ou "cultivada". Só assim, ela "produzirá" a maconha, ao dela "fazer nascer" a planta que dará origem à droga.

5. A semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as sementes da planta *Cannabis sativa* Linneu.

7. A semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à produção da maconha. Não há, porém, qualquer referência à produção de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a "preparação" à "produção" em face do princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal. Caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à "produção" e não apenas à "preparação" de drogas, no inciso em questão.

8. Já à luz do inciso II do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a conseqüente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas.

9. A semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada "maconha". A importação e posse da semente de maconha, até que, ao menos, se inicie a execução dessas condutas, não poderá ser considerada fato típico caracterizador do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/06, nos termos do art. 14, II, do CP.

10. Só quando o agente inicia a semeadura ou o cultivo da planta de maconha, utilizando-se da semente dessa planta que importou, parece configurar-se, em tese, o crime equiparado ao tráfico previsto no § 1º, II, do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

11. Importante ressaltar a distinção que a lei faz em relação à matéria-prima que sirva para a preparação de drogas e às plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do § 1º do art. 33, fala-se em "matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas", enquanto, no inciso II, "plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas".

12. Razoável interpretar a primeira referência a "matéria-prima", contida no inciso I, como a que cuida da hipótese em que a matéria-prima não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e

incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da substância entorpecente conhecida como "maconha".

13. Assim, não se prepara a "maconha" tendo por base a semente dela, mas sim a partir da planta que dela se originou.

14. Registre-se que muitos órgãos do Ministério Público Federal, ou seja, os próprios procuradores da República que oficiam perante as varas federais criminais de São Paulo, têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito.

15. Ainda que equiparasse a preparação de drogas à sua produção, a quantidade da semente apreendida, ou seja, 28 (vinte e oito), denota que a intenção do agente era plantio para consumo pessoal e não para o tráfico. Tal conduta, teoricamente subsumível no art. 28, § 1º, da Lei n. 11.343/06, na forma tentada (CP, art. 14, II), apresenta-se impunível, já que o preceito secundário, isto é, as penas do art. 28 da Lei n. 11.343/06, na prática, não comportam combinação com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

16. Cumpre registrar que a importação de semente de maconha poderá subsumir-se no crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, caput, do Código Penal), já que não se permite a importação de semente de maconha sem prévia autorização do órgão competente, de modo que não houve, nem haverá, liberação geral de tal conduta como fato penalmente atípico, a ponto de incentivar pessoas desavisadas a acharem que a importação de semente de maconha não é crime, portanto, livre. Muito pelo contrário. A importação de semente de maconha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é, sim, crime, ressalvando-se que não se trata de crime de tráfico de drogas, mas sim de contrabando.

17. Eventual punição do agente pelo contrabando deverá levar em conta duas ordens de considerações. A primeira diz respeito à quantidade da semente de maconha importada ilegalmente, e a segunda, às condições pessoais do infrator.

18. Quanto à quantidade da semente, há que se indagar do cabimento ou não do princípio da insignificância ou da bagatela. Tal princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima que informa o Direito Penal contemporâneo (o qual deriva, por sua vez, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), segundo o qual só se justifica a intervenção desse ramo do direito como último instrumento de controle social ("ultimaratio"), devendo o Estado, sempre que há instrumentos menos gravosos para assegurar a paz social, prioritariamente recorrer a eles, evitando-se o emprego da pena criminal, que atinge mais intensamente a liberdade individual, que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Daí falar-se em caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que o Direito Penal deve atuar tão-somente em face de fatos que causem grave lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos por ele tutelados.

19. Nesse diapasão, se ínfima a quantidade de semente importada, aplicável, ao menos em tese, o princípio da insignificância, ficando a critério do prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto, pois o fato, embora formalmente típico, pode não sê-lo sob o ponto de vista da tipicidade material.

20. Quanto às condições pessoais do infrator, é necessário verificar se ele já importou as sementes de maconha, qual a finalidade por ele visada por essa conduta, qual o seu meio de vida, se a intenção dele é de semeá-las e plantá-las, com vistas à colheita da planta para consumo pessoal ou para o tráfico, se há indício de habitualidade etc., pois, dependendo da resposta a essas indagações, a solução variará, deixando ser aplicável o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade da semente ilegalmente importada.

21. Na situação dos autos, a conduta narrada na inicial acusatória não se subsume ao tipo descrito no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, haja vista que a semente importada pelo paciente não constitui matéria-prima destinada à preparação de drogas. [...]"<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup>TRF 2ª região. Primeira turma. HC 0025590-03.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, 2013

O julgado colacionado acima ilustra facetas importantes do debate jurisprudencial acerca do tratamento penal das sementes de cannabis. Dele se depreende que, pelo menos desde 2013, o debate já havido sido explorado no âmbito judiciário até um nível significativo de profundidade. Dessa análise, é possível considerar que o âmbito da justiça federal tem exercido a função e vanguarda do garantismo para as decisões tomadas, posteriormente, pelas cortes superiores no sentido da descriminalização da conduta em análise. Note-se deste acórdão do ano 2000:

“HABEAS CORPUS”. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES, PORQUE APREENDIDAS EM SEU PODER SEMENTES DE MACONHA. IMPETRAÇÃO DE “HABEAS CORPUS”, VISANDO A SUA SOLTURA. SEMENTES DE MACONHA NÃO CONSTITUEM OBJETO MATERIAL DO CRIME DO ARTIGO 12 DA LT. CONCESSÃO DA ORDEM: DETERMINAÇÃO DA SOLTURA DO PACIENTE. UNÂNIME”.

Entre as teses apresentadas no âmbito dos tribunais federais, dar-se-á especial a atenção a algumas em particular. Primeiramente, estabeleceu-se que as sementes de cannabis não constituem matéria prima, pois não satisfazem o conceito mais moderno e apurado de matéria-prima, portanto, seriam atos preparatórios do tipo contido na norma do art. 33, §1º, II. Poderiam, no entanto, ser destinadas à produção da planta cannabis que, por sua vez, constitui a matéria-prima, por excelência, da droga que consiste na própria planta após um processo de preparo para o consumo (separação das partes aéreas – trimming – e secagem/evaporação).<sup>138</sup>

Essa tese é corroborada pelo fato trazido à luz pelo próprio julgado, qual seja a informação de que órgãos do Ministério Público Federal, “têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito”. Também estudos recentes, empreendidos em parceria com a Polícia Federal, têm demonstrado que as sementes de cannabis são inaptas ao preparo da droga, pela insuficiência das substâncias presentes em seu perfil químico. Ademais, reconheceu-se nesses estudos exatamente a proporção com que a planta “adulta” pode ser transformada em droga efetivamente consumível, de forma a denotar

---

<sup>138</sup>MARIOTT, Kristiane de Cássia. Et. Al. **Seized cannabis seeds cultivate in greenhouse: a chemical study by gas chromatography-mass spectrometry and chemometric analysis**. Science and Justice, nº 56, 2016.

mais uma vez a possível relação de matéria-prima e produto que se supõe existir entre a planta em seu estado adulto e a planta pronta para consumo.<sup>139</sup>

Cabe ressaltar que é inegável que a criminalização da importação de sementes de cannabis extrapola a interpretação puramente gramatical da Lei 11.343/06. Isso é, pela interpretação rigorosamente comprometida com a taxatividade estrita, a conduta resta inapta à conformação ao tipo legal. Partindo-se desse pressuposto, resta quase irrefutável a tal desclassificação.

No entanto, a tese da desclassificação para o contrabando, embora comumente explorada pelo Ministério Público Federal e por alguns tribunais federais, nunca foi acatada pelas cortes superiores. O STJ, por exemplo, continuou a aplicar o seu entendimento de que as sementes constituem, sim, matéria-prima, portanto a conduta continuou a receber, perante essa corte, até o presente momento, o tratamento do art. 33, §1º, inciso I. É o que se depreende dos seguintes acórdãos:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE MATÉRIA PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. FATO ATÍPICO. 1. O fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato. 3. Recurso provido”.<sup>140</sup>

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. DELITO PREVISTO NO ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI N. 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que "A importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006" (EDcl no AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016). 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, não é cabível a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de importação clandestina de produtos

---

<sup>139</sup> \_\_\_\_\_.

<sup>140</sup> STJ/Resp Nº 1.687.058 – SP. Min. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, 2018.

lesivos à saúde pública, em especial a semente de maconha. 3. Agravo regimental desprovido”.<sup>141</sup>

Embora se vislumbre nos julgados acima uma consoância em relação à conformidade da conduta de importação de sementes ao tipo do art. 33, §1º, I, existe uma clara divergência no que diz respeito à aplicabilidade do princípio da insignificância. Essa incompatibilidade é resultado de uma série de acórdãos proferidos sobre a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Firmou-se, entre a 5ª e a 6ª turma, uma divergência pontual no que diz respeito à aplicabilidade do princípio da insignificância.

De um lado, a 5ª turma firmou o posicionamento de que não se aplica o princípio da insignificância, pois, segundo essa turma, a conduta não só se subsume ao tipo penal do art. 33, §1º, I, por razão de que este artigo confere proteção irrestrita a um bem jurídico coletivo, qual seja a saúde pública, utilizando-se, explicitamente do recurso ao perigo abstrato. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. ART. 33, § 1º, INC. I, PARTE FINAL, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. I - A orientação adotada pelo eg. Tribunal a quo diverge daquela assentada nesta Corte, no sentido de que as sementes da planta cannabis sativa são consideradas matéria-prima para efeito de configuração de quaisquer uma das ações delituosas previstas no art. 33, § 1º, inciso I, da Lei 11.343/2006. Assim, a conduta ora em análise - importação de sementes de maconha - reveste-se, em princípio, de tipicidade e há a justa causa para a ação penal. Precedentes. II - Outrossim, "Prevalece na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. Precedentes" (AgRg no REsp n. 1.733.645/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/06/2018). Agravo regimental desprovido.”<sup>142</sup>

Em contrapartida, a Sexta Turma da mesma corte superior tem firmado o entendimento em sentido contrário, refutando a presunção de perigo trazida pela doutrina tradicional do perigo abstrato. Embora seja plausível que a *Ratio Legis*, ou intenção legislativa por trás da norma, totalmente compatível a presunção da periculosidade de todas as condutas relacionadas às drogas, a Sexta Turma do STJ, seguindo a tendência de

---

<sup>141</sup> STJ/AgRg no Resp. Nº 1.637.113 – SP. Min. Relator: Alexsander Luiz Formigoni De Souza,

<sup>142</sup> AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.761.768 – SP. Min Relator: Felxi Fischer, 2018.

descriminalização, entende mister a aplicação de critérios objetivos de aferição da perigosidade da conduta, como se pode ver do seguinte acórdão:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE 15 SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINEU (MACONHA). QUANTIDADE INEXPRESSIVA. FATO ATÍPICO. 1. Os frutos aquênios da maconha não se encaixam no conceito de droga, por não possuírem em sua composição a substância psicotrópica e causadora de dependência, o THC (tetraidrocannabinol), pelo menos não em teor relevante, mas configuram matéria-prima para obtenção do entorpecente, após processo de plantio e germinação. Desse modo, a importação de sementes de maconha adequa-se à conduta prevista no inciso I do § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. 2. Todavia, em casos como o dos autos, em que a quantidade de grãos é ínfima, não vejo motivo para considerar a prática como revelante o bastante a imputar ao recorrente um ilícito penal. Isso porque o pequeno número de frutos importados (15 unidades) não seria suficiente para extração do princípio ativo THC. Ademais, estudos científicos já comprovaram que a probabilidade de que pequenas quantidades de sementes originem plantas fêmeas que contenham as flores das quais se extraia a substância entorpecente é remotíssima, de modo que a conduta ora em análise dificilmente redundaria em uma ação típica. 3. Outrossim, nem mesmo poder-se-ia conjecturar da aplicação do artigo 28 da citada Lei ao caso, já que o dispositivo não traz previsão de importação de pequena quantidade de sementes de maconha para cultivo de plantas destinadas ao consumo pessoal. E, ainda que se forçasse o reconhecimento da ação em exame como etapa do crime de cultivo de planta para preparação de pequena porção de entorpecente, nos termos do §1º do artigo, improvável o êxito do processo de colheita de plantas aptas à extração da droga. 4. Dessa forma, é mister a absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. 5. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus de ofício para trancar a ação penal por atipicidade da conduta”.<sup>143</sup>

Nota-se a prevalência do argumento de consideração da periculosidade no caso concreto, posição atualmente, no âmbito do STJ pela 6ª Turma.

Por um lado, ao se considerar que a conduta de importação sementes de maconha não se pode presumir tipificada pela leitura atenta da Lei 11.343/06, tem-se como uma possível conclusão a sua desclassificação para o crime de contrabando, já que a importação de sementes poderia, por exclusão da Lei de Drogas, amoldar-se a esse tipo. Em resposta a este argumento, o STJ se posiciona pela defesa do princípio da especialidade, alegando-se a almodação da conduta à Lei de Drogas.

“a importação clandestina de sementes de cannabis sativalineu amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lein. 11.343/2006, não havendo falar em desclassificação para o delitode contrabando, dada a especialidade da norma em

---

<sup>143</sup> STJ. AgRg no AgResp Nº 1.076.132 – SP. Min relator: NEFI CORDEIRO, 2017.

espeque quecriminaliza a importação de matéria prima para a preparação desubstância entorpecente".<sup>144</sup>

Por outro lado, o posicionamento do contrabando continua a exercer alguma influência sobre a jurisprudência. O Ministério Público Federal continua a embasar esse posicionamento, como se pode observar, por exemplo, do Parecer nº 795/2017:

“Primeiro, porque não é a semente, mas plantas específicas produzidas a partir dela – adultas e preferencialmente fêmeas – é que constituem, estas sim, matéria-prima para a preparação de droga (flores). Segundo, porque não faria sentido que a lei criminalizasse a preparação da preparação ou o perigo do perigo, antecipando tão extensamente a tutela penal da saúde pública, e, pois, tipificasse a simples aquisição de semente para semeadura, cultivo e colheita da planta. Terceiro, porque, se assim fosse, violar-se-ia o princípio da ofensividade, seja porque a semente não dispõe do princípio ativo, seja porque não é passível de utilização para a efetiva preparação de droga. Quarto, porque a lei só penaliza as condutas que imediatamente, e não apenas mediadamente, estão destinadas à produção de droga.

[...]

Tampouco incide, no caso, o delito de porte de droga para consumo, quer porque os verbos descritos no artigo 28 da Lei 11.343/06 se referem a droga como objeto material, para fim de uso pessoal mas não fazem referências as suas sementes, quer porque, diversamente do art. 33, §1º, da Lei 11.343/06, o art. 28 sequer tipifica o ato de adquirir, importar (etc.) matéria-prima ou insumo para a preparação de droga, mas apenas a conduta de semear, cultivar e colher planta destinada à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente

[...]

Como demonstrado, não há como tipificar a conduta de quem importa pequena quantidade de sementes de maconha na Lei nº 11.343/2006, quer no art. 33, §1º, incisos I e II, quer no artigo 28, ante princípio da legalidade estrita da norma penal (art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB). Afastada a norma especial, há que se analisar se a pequena quantidade de sementes estaria subsumida ao conceito de mercadoria proibida previsto no artigo 334-A do Código Penal, que tipifica a conduta do contrabando.

[...]

Basta uma simples pesquisa na internet, disponibilizado na URL:[http://extranet.agricultura.gov.br/php/snpc/cultivarweb/cultivares\\_registradas.php](http://extranet.agricultura.gov.br/php/snpc/cultivarweb/cultivares_registradas.php), para se verificar que a semente de cannabis sativa (“maconha”) não consta da lista do Registro Nacional de Cultivares (RNC) não, podendo, assim, ser importada ao Brasil. Além disso, o artigo 41 da mesma Lei 10.711/2003, veda a produção, o beneficiamento, o armazenamento, a análise, o comércio, o transporte e a utilização de sementes e mudas em desacordo com a lei e sua regulamentação. O referido regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 5.153, de 2004, que expressamente estabeleceu, em seu art. 178, inciso V, a proibição da produção, armazenamento, embalagem, comércio e o transporte de sementes de espécies nocivas proibidas.

---

<sup>144</sup>STJ. REsp 1687058 – SP. Min Relator: NEFFI CORDEIRO, 2017

[...]

Em boa hora, a Autarquia editou a Resolução RDC nº 17, de 6 de maio de 2015, com as alterações da Resolução RDC Nº 66, de 18 de março de 2016 habilitando, excepcionalmente, pessoas portadoras de doença graves, que sofrem de convulsão, a importarem produtos à base da substância Canabidiol, também advinda da planta *cannabis sativa* (“maconha”).

A importação foi condicionada aos seguintes critérios: i) o medicamento deve ser industrializado (cinco opções no Anexo I); ii) requerido por pessoa física cadastrada e autorizada; iii) para uso próprio; e: iv) prescrito por médico legalmente habilitado:

[...]

Em contrapartida, a norma expressamente proíbe a importação da *cannabis sativa* (“maconha”) in natura, e suas partes, nas quais decerto se incluem as sementes, pois estas são necessariamente retiradas da planta adulta:

[...]

Todas essas considerações legais indicam que a semente de maconha é mercadoria de importação proibida, o que configura, em tese, o crime de contrabando. A relação é de generalidade com os crimes da Lei de Drogas, sendo inaceitável reduzir a conduta de quem importa sementes a um *ante factum impuniel*.

A norma penal inserta no delito de contrabando tem por objetivo tutelar o interesse da Administração Pública, e, como corolário, a saúde pública resguardada pela Lei nº 11.343/2006.”<sup>145</sup>

Em verdade, O Conselho Institucional do Ministério Público Federal, responsável por julgar os recursos interpostos das decisões proferidas pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, adotou entendimento semelhante, em dois casos recentes, de que a importação de sementes de *cannabis* pela via postal, em pequenas quantidades, não deve gerar denúncia, ante a configuração da prática do delito descrito no art. 334-A, do CP, e, neste, a incidência do princípio da insignificância.<sup>146</sup>

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, os recentes julgamentos sobre a matéria sofreram a influência determinante do julgamento do RE 635.659-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, no ponto em que se criminaliza o porte de pequenas quantidades de entorpecentes para uso pessoal. Embora este julgamento, que se iniciou em 20.08.2015 esteja ainda inconcluso em razão de pedido de vistas, é certo que a iminência de conclusão do julgamento, assim como os argumentos dos votos já proferidos, têm orientado a guinada da jurisprudência da Suprema Corte para a direção da descriminalização da importação de sementes de *Cannabis Sativa L.*, conduta central em análise neste trabalho.

---

<sup>145</sup> Parecer MPF Nº 795/2017 – LCFE proferido no âmbito do STJ. AResp Nº 1077512/SP. Autoria

<sup>146</sup> \_\_\_\_\_.

Se, em 2017, o STF, em pelo menos duas oportunidades, declinou-se de julgar Habeas Corpus sobre a matéria da importação dos frutos da Cannabis, alegando que o paciente não se amoldava nas hipóteses,<sup>147</sup> em 2018 o STF entendeu haver repercussão ao recurso extraordinário (RE-RG 635.659), de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, no ponto em que se criminaliza o porte de pequenas quantidades de entorpecentes para uso pessoal. Portanto, passou a proferir decisões que se mostram de suma importância não só para a sedimentação das questões jurídicas entorno da tipicidade da importação de sementes, mas que podem repercutir no julgamento da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

Dessa forma, é válido apontar que a experiência da jurisprudência das cortes Superiores em relação às sementes de maconha constitui um verdadeiro laboratório da descriminalização, produzindo efeitos em potencial em questões maiores a serem julgadas no futuro. Evidentemente, a expectativa mais plausível a médio prazo é de que produza efeitos determinantes no julgamento iminente do RE-RG 635.659.

Em 2018, seguindo a tendência apontada acima, o STF proferiu três decisões em Habeas Corpus nas quais se entendeu que a conduta do acusado poderia se amoldar ao tipo do art. 28 da Lei 11.343/06. Nas três oportunidades, a segunda turma decidiu, por maioria, pelo trancamento da ação pela ausência da justa causa, verificada, por sua vez, a partir da ausência de tipicidade material da conduta.<sup>149</sup><sup>150</sup><sup>151</sup>

Curioso notar que no âmbito do HC 142.987 / SP e do HC 144.161 / SP, o agente fora denunciado pelo crime de contrabando (344 do CP), enquanto no AgR HC 143.557 / SP, o agente fora denunciado pelo crime de Tráfico de Drogas. A curiosidade nessa observação reside no fato de que justa-causa foi observada pela referida Turma julgadora a partir da ausência da tipicidade material, ou seja, da ausência da periculosidade real da conduta, tendo em vista as particularidades do caso concreto. Reforça-se, portanto, o entendimento cristalizado no capítulo deste trabalho que tratou dos tipos delitivos perigo abstrato.

Na hipótese da imputação da conduta do art. 33, §1º, I, qual seja a conduta e tráfico de drogas ou matéria prima para a produção de droga, poder-se-á alegar a atipicidade formal

---

<sup>147</sup> STF. Primeira Turma. AgR no HC 138099 /SP. Min. Relator: Luiz Fux

<sup>148</sup> STF. Primeira Turma. AgR no HC 147459 / SP. Min Relator: Luiz Fux.

<sup>149</sup> STF. Segunda Turma. HC 142.987 / SP. Min. Relator Gilmar Mendes, 2018.

<sup>150</sup> STF. Segunda Turma. HC 144.161 / SP. Min. Relator Gilmar Mendes, 2018.

<sup>151</sup> STF. Segunda Turma. AgR no HC 143.557 / SP. Min. Relator Dias Toffoli, 2018.

pelos motivos já expostos neste capítulo. Assim o fez o ministro Edson Fachin. No entanto, reputa-se impossível negar a tipicidade da conduta no nível formal quando se está diante da imputação do crime de contrabando, pelas razões apodíticas trazidas à luz no parecer do MPF anteriormente citado neste capítulo. Por essa razão, a conclusão a que se chega é a de que o afastamento da justa causa só foi possível por uma quebra com o entendimento tradicionalmente firmado em relação à possibilidade de incidência do princípio da insignificância às condutas de perigo presumido, principalmente àquelas que adentram a questão das drogas em geral.

Por se tratarem ambas as imputações – contrabando e tráfico de drogas - de tipificações em que o perigo é presumido, configurando hipóteses clássicas de perigo abstrato, só é possível admitir o afastamento da justa-causa, independentemente da imputação, porquanto, em todos os casos trazidos, o STF tratou de exercer juízo objetivo sobre a periculosidade da conduta do agente em cada caso concreto, mesmo se tratando de hipóteses de tipos penais em que o perigo seria, a princípio, presumido.

Seguindo-se a tendência da descriminalização, em outros julgados desta Suprema Corte, o Ministro Roberto Barroso já havia deferido a liminar para suspender a tramitação da ação penal, na origem, em razão da pequena quantidade de sementes de maconha importadas. Notadamente, nos HCs 147.478/SP, 143.798/SP e 131.310/SE.<sup>152</sup>

Assinale-se, finalmente, que o STF tem entendido, em sucessivas decisões acerca de casos análogos, que não se justifica a instauração de persecução criminal nos casos em que o litígio penal envolve importação, em reduzida quantidade, de sementes de maconha, especialmente porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à substância canábica.<sup>153</sup>

### 3.3 – Uma análise dogmático-crítica da tipicidade da conduta.

---

<sup>152</sup> STF. Segunda Turma. HC 142.987 / SP, Min. Relator Gilmar Mendes, 2018.

<sup>153</sup> São exemplos: ARE 1.013.705/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 131.310-MC/SE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 142.987/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 143.798-MC/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO HC 143890 / SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 149.199/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 149.575/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN – HC 153.568/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 163.730/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - HC 143.890 / SP, Rel. Min Celso de Mello.

Por todo o conjunto exposto acima, resta evidente a existência de um movimento de descriminalização da conduta de importação de sementes de Cannabis. Tal movimento é observável, especialmente, no âmbito da jurisprudência das cortes superiores.

Pode-se afirmar categoricamente que este movimento representa um laboratório para o iminente julgamento do RE 63.659 – RG, no bojo do qual a Suprema Corte e decidirá, com repercussão geral, sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, no ponto em que criminaliza a posse e entorpecentes para uso próprio.

No âmbito do STF, inclusive, a questão da importação dos frutos da cannabis só passou a ter relevância em razão do próprio julgamento do RE 63.659 - RG, uma vez que a pendência desta pauta – suspensa por pedido de vista – permitiu que o STF entendesse que a conduta de importação de sementes – em pequena quantidade e para uso próprio - poderia se amoldar ao tipo penal do art. 28 e, portanto, entendimentos jurídicos formados incidentalmente a partir de decisões paradigmáticas em relação à importação de sementes poderão ser aproveitados no julgamento – este de repercussão geral – acerca da constitucionalidade do art. 28.

No âmbito do Superior Tribunal e Justiça esse movimento de descriminalização é observado, apesar da verdadeira diáspora de entendimentos entre a 5ª e a 6ª turma. Para aquela, prevalece a doutrina tradicional do perigo abstrato, posição que deve ser rechaçada como restou explícito no capítulo 2 deste trabalho. Para aquela, no entanto, reconhece-se a incidência da insignificância para os casos em que considera mínima a quantidade de sementes importadas, a ser observada em cada caso concreto em conjunto com o contexto individual do agente. Desta sorte, leva-se em consideração a idoneidade da conduta para representar qualquer perigo ao bem jurídico tutelado penal norma penal, partindo-se de uma análise do caso concreto individualizado.

Isso significa, em outros termos, a escorreita aplicação de critérios objetivos na aferição da periculosidade de uma conduta definida por lei como crime de perigo abstrato.

Resta saber, no entanto, onde a conduta de importação de sementes e cannabis se encontra, definitivamente, tipificada.

Pela interpretação literal do texto da Lei 11.343/06, é possível que se exclua completamente a possibilidade da tipificação desta conduta específica ora em análise, porquanto os tipos do art. 31, §1º, I e II – mesmo somados à regulação complementar da

ANVISA - não preveem expressamente a importação de sementes, *tout court*, independentemente da finalidade à que se destinariam as sementes.

Tal entendimento de que a Lei de Drogas não carrega em seu texto a criminalização a importação de sementes só foi possível em razão de dois fatores determinantes: 1) o crescimento da incidência dessa conduta na realidade dos tribunais brasileiros, devido ao avanço das tecnologias de comércio digital e do acesso à informação de maneira geral, perpetuados em compasso com os avanços da *internet*; 2) a sedimentação do conceito de matéria-prima que se consolidou por meio de estudos científicos e passou a atingir a jurisprudência brasileira em razão da divulgação pelos documentos internacionais das Nações Unidas.

Anteriormente a isso, a vagueza semântica dos termos da Lei, em conjunto com a abundância proposital de verbos, possibilitou que o peso da tutela penal recaísse sobre os frutos da cannabis sativa como se estes fossem a própria droga, pronta para consumo, conforme se revelou no subcapítulo 3.1. Sem dúvidas, nos moldes da jurisprudência atual, tal criminalização seria considerada uma afronta exuberante aos princípios da taxatividade e da legalidade.

Ademais, a interpretação apenas gramatical, ou seja, do sentido literal da norma, levará, quase irrefutavelmente, à aceitação da tese de que a conduta de importação de sementes se amolda ao tipo penal previsto pelo artigo 344-A do código penal, qual seja, o crime de contrabando, como restou demonstrado pela exposição da sequência lógica de consequências jurídicas trazidas no bojo do Parecer MPF Nº 795/2017 – LCFF.

A tese que defende o contrabando tem importância fundamental no processo de descriminalização ora estudado, haja vista firmar uma posição no sentido de que qualquer interpretação, no sentido da criminalização, que extrapole o texto da Lei seria afrontosa ao princípio da legalidade, podendo constituir analogia *in malam partem*.

No entanto, não se pode incorrer na ingenuidade de considerar que a Lei de Drogas não tivesse a intenção de atuar sobre as drogas em todas as suas etapas de existência relevante na sociedade, desde o início da cadeia produtiva até o consumidor final. Em verdade, é de sabedoria comum que, muitas vezes, o texto da Lei pune como tráfico atos que deveriam ser considerados como meramente preparatórios, por exemplo, a própria previsão do verbo “semear” trazia pelo art. 32, §1º, II.

Por um lado, pode-se interpretar a opção do legislador de empreender o verbo “semear” como uma opção de estabelecer, com esse verbo, o marco inicial da atuação do direito penal na cadeia de produção da cannabis. Por outro lado, a partir de um ponto de vista teleológico, pode-se argumentar que a *Ratio Legis* seria a da maximização do raio de incidência da lei sobre os complexos sistemas de produção e tráfico de drogas.

Nesta esteira, reputar-se-ia ingênuo imaginar que a nossa lei de drogas - dado o panorama histórico tecido no capítulo 1 a respeito das políticas de drogas brasileiras - tenha feito uma opção voluntária de se abster do controle penal sobre as sementes de maconha, sabendo-se que a Lei 11.343/2006 se revela, na verdade, como uma amálgama de estratégias de criminalização extensamente apontadas no bojo deste estudo crítico, cuja finalidade precípua é a maximização do *iuspeniendi* estatal. Provavelmente, a Lei de drogas não criminalizou expressamente a conduta e importação dos frutos da cannabis simplesmente por que tal conduta não representava, no momento da edição e sanção da lei, um fenômeno socialmente relevante.

Dessa maneira, forçoso reconhecer que se trata de árdua tarefa – talvez impossível - refutar a coerente cadeia de argumentos que levam à conclusão de que a importação de sementes de cannabis se amoldam ao crime de contrabando por exclusão da tipificação pela Lei de Drogas.

Todavia, não se pode olvidar que a própria Lei de Drogas vigente é indissolúvel do contexto de uma política de drogas violenta e expansiva que, por sua vez está intimamente ligada ao discurso da segurança pública. Dentro desse contexto, não se pode olvidar que a Lei 11.343 possui os recursos necessários para a ampliação de seu próprio escopo punitivo. Destaca-se aqui a possibilidade de complementação da norma penal em branco por ato do poder executivo, artifício amplamente abordado no capítulo 2.

Portanto, faz-se mister reconhecer que a análise da tipicidade da ação de importar sementes de cannabis não deve se restringir ou se concentrar na interpretação do texto legal, embora se compreenda que a interpretação restritiva da Lei tenha trazido contribuições de grande relevância para o movimento de descriminalização.

A exemplo da Jurisprudência dos recentes julgados do STF, percebe-se que, independentemente da amoldação ao tipo penal no momento da imputação, pode-se considerar a atipicidade material da conduta a partir de uma interpretação comprometida com

o desvalor do resultado da conduta. Isso expressamente implica a derrocada da presunção, *iuris tantum*, da periculosidade da conduta em ambas as hipóteses – quer se fale de tráfico, quer se fale de contrabando -, já que se tratam de hipóteses clássicas de crime de perigo abstrato.

Não se pode olvidar que, em todos julgados recentemente pelo STF, fala-se em quantidade ínfima de sementes, pois a inclusão desses julgados na alçada da competência da Suprema Corte apenas se deu em razão da possibilidade dessas condutas – consideradas no caso concreto – se amoldarem ao tipo do art. 28, suscitando a criação de novas teses e precedentes que, potencialmente, serão aproveitados no julgamento de Repercussão Geral do RE 63.659 - RG.

Portanto, não se pode falar em uma descriminalização absoluta, nem da atipicidade generalizada da conduta de importação de sementes de Cannabis. Pelo contrário, quando se fala na importação de grande quantidade de sementes, torna-se difícil vislumbrar que seja acolhida a tese de atipicidade por qualquer uma das Cortes Superiores. Afinal, não há dúvida razoável de que a conduta de importação de sementes de cannabis, embora não represente perigosidade por si só, pode constituir uma conduta destinada à implementação dos complexos esquemas de crime organizado destinados ao tráfico de drogas. Seria ingênuo presumir que a doutrina e a jurisprudência tratassem de proteger essa conduta, em absoluto, da incidência do sistema penal. Ademais, nenhuma das cortes superiores, mesmo em seus precedentes mais garantistas, tratou de rejeitar por completo a tipicidade da conduta sem levar em consideração elementos do caso concreto. Em todos os julgados analisado em que restou decidido pela atipicidade, levou-se em consideração a pequena quantidade de sementes importadas.

Por essa razão, defende-se, como tese deste estudo, a necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para aferição da periculosidade da conduta a partir de elementos do caso concreto. Como explorado no capítulo 2, com o apoio de Tiago Joffly, apela-se para a necessidade de se estabelecer na doutrina e na jurisprudência, de uma vez por todas, critérios objetivos que possibilitem a medida do potencial de uma conduta perigosa – em abstrato – para produzir um perigo real e próximo ao bem jurídico tutelado. Esses critérios devem ser atrelados ao desvalor do resultado da conduta, considerando-se elementos individuais da ação e do indivíduo.

Embora se possa afirmar, com certeza, que existe um movimento de descriminalização da importação de sementes de cannabis, que este movimento deve se manter como uma tendência e que servirá de apoio para o derradeiro julgamento do R.E. 63.659, não se pode perder de vista que é um movimento de descriminalização parcial, limitado e reversível.

Como se viu, a mera exclusão desta conduta pela interpretação restritiva da Lei de Drogas, não impede que ela seja criminalizada por outro tipo legal, tampouco impede que um eventual complemento emanado do poder executivo traga uma criminalização expressa.

O que se pode e se deve perscrutar com estudos como este é o estabelecimento, em definitivo, na doutrina e na jurisprudência, de um patamar mínimo de valoração do perigo de condutas como a importação de sementes de cannabis, cujo resultado perigoso é, para uma doutrina tradicional atrasada, presumível.

## CONCLUSÃO

Quando se pretende construir uma análise acerca da tipicidade da importação dos frutos aquênios da planta *Cannabis Sativa L.*, elege-se um grande desafio. Isso porque se trata de uma conduta cuja relevância é indissociável do momento presente por que passa a sociedade. Em outros termos, apenas o estado de desenvolvimento tecnológico em que se encontra, nos dias de hoje, a sociedade globalizada seria capaz de permitir a expansão vertiginosa do número de ocorrências desse comportamento a ponto de provocar o judiciário brasileiro para a construção de teses e entendimentos sobre o tema.

A construção de uma análise dogmático-crítica acerca da tipicidade da conduta só é possível se alicerçado em amplo conhecimento histórico do desenvolvimento da legislação sobre drogas. Portanto, traçou-se os principais marcos históricos da legislação sobre drogas no Brasil, inseridos em seus respectivos contextos, de modo a se explicitar em que medida esses marcos trouxeram inovações jurídicas no sentido de incrementar ou abrandar o controle penal sobre as drogas.

Entendendo-se conceitos de direito penal do inimigo, doutrina da segurança nacional, sociedade do risco e direito penal de emergência, pode-se compreender a construção histórica da legislação de drogas vigente no modelo atual de controle, na medida em que se vislumbra na Lei de Drogas atual um epítome dos modelos de repressão anteriores.

A partir disso, fez-se a análise crítica de institutos fundamentais, substancialmente presentes na Lei de Drogas atual, os quais permitem a maximização da incidência da norma penal sobre o conjunto de condutas complexas que compõem a realidade. Destacam-se, nesse ponto, o recurso da norma penal em branco, os tipos penais semanticamente vagos e o perigo abstrato.

Nesse sentido, a partir da cognição na legislação de drogas comprometida com as forças de segurança pública e de seus artifícios expansionistas da política de drogas e os seus

evidentes reflexos, faz-se possível a análise aprofundada quanto à tipicidade das condutas circunscritas nessa legislação.

Portanto, empreendeu-se, neste trabalho, a análise dogmático-crítica acerca da tipicidade de uma dessas condutas, qual seja, a importação de sementes de maconha, como já exposto.

Esta conduta, a partir do momento que ganhou relevância no ordenamento jurídico, sujeitou-se ao mesmo tratamento penal reservado a outras condutas mais comuns relacionadas ao tráfico de drogas. Ora fora equiparada ao tráfico das drogas, sem mais, ora fora equiparada ao tráfico de matéria prima.

Ainda hoje se fala na equiparação das sementes às matérias-primas, mesmo no âmbito das cortes superiores, onde vêm se operando um evidente processo de descriminalização paulatina e parcial da referida conduta.

Quanto às teses tecidas na jurisprudência sobre o assunto, adquiriu-se notável relevância a tese que considera que essa ação se subsume ao crime de contrabando. Isso decorreria da exclusão lógica da hipótese da tipificação pela Lei 11.343, em razão da ausência de menção expressa desta às sementes (ou frutos aquênios).

No entanto, a análise da tipicidade da importação dos frutos da cannabis, não pode partir da presunção de que a legislação penal sobre drogas pretendeu deixar um vácuo no exercício do *ius puniendi*. Tendo em vista a tendência expansionista das políticas de drogas, marcadas pelos discursos belicistas da segurança pública, é cediço imaginar que a mera exclusão da tipicidade, por não se amoldar na literalidade do texto da lei de drogas, não produza efeitos reais na descriminalização. Pelo contrário, seria um pequeno obstáculo aos tentáculos do controle penal, que poderia se valer de recursos existentes e identificáveis para sanar a ausência aparente de tipicidade formal.

O processo de descriminalização que se observa na jurisprudência das cortes superiores não deve ser presumido como uma tendência pacífica. Há entendimentos no âmbito dessas mesmas cortes no sentido da maximização da punibilidade, qual seja o entendimento da 5ª turma do STJ. Portanto, considera-se, neste estudo, que a questão central que circunda a tipicidade se refere à necessidade de aferição da real periculosidade da conduta, qualquer que seja a imputação típica, a partir de critérios objetivos a serem estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Política Criminal Com Derramamento de Sangue**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129–146, out./dez., 1997.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIRMAN, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação Objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Henrique. **As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX**. Revista Outubro, ed. 6, 2002.

CARNEIRO, Henrique. **As origens do abstencionismo e da proibição do álcool na historiografia estadunidense e alguns reflexos no Brasil**. In: Beatriz Caiuby Labate; Thiago Rodrigues. (Org.). **Política de drogas no Brasil: conflitos e alternativas**. 1ed. Campinas/São Paulo: Mercado de Letras/NEIP, 2018.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Frabbrini. **Manual de direito penal**, v. 1: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo e Direito Penal** – trad. Pedro Vaz. Revista Julgar, 2008.

FRANÇA, Jean Marçcel Carvalho. **Historia da Maconha no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

GENELHU, Ricardo. **O médico e o direito penal**, v. 1: introdução histórico-criminológica. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

JOFFILY, Tiago. **Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal**: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade. Rio de Janeiro, 2012.

KARAM, Maria Lucia. **Políticas de drogas**: alternativas à repressão penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, 2004.

MARIOTTI, Kristiane de Cassia, et. al. **Seized Cannabis seeds cultivated in greenhouse: a chemical study by gas chromatography – mass spectrometry and chemometric analysis**. Science and justice, nº 56, 2016.

MARONNA, Cristiano Avila. Os Danos Constitucionais causados pela práxis do direito penal das drogas. **Boletim IBCCRIM**. nº 284, 2016.

MORAIS, Paulo César de Campos. **Mitos e omissões**: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte. Belo Horizonte, 2000.

MORAIS, Paulo César Campos. **Drogas e Políticas Públicas**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Humanas: sociologia e política Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal de Minas Gerais.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, 1ª reimp., maio de 2009,

ROCHA JÚNIOR, Francisco De Assis Do Rêgo Monteiro. **Revista Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis, nº.118, 1º trimestre 2009.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago; LABATE, Beatriz Caiuby (orgs.). **Políticas de drogas no Brasil: conflitos e alternativas**. Campinas: Mercado das Letras; São Paulo: Núcleo de Estudos Interdisciplinares Psicoativos (INEP), 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGLIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 4ª ed. São Paulo: Revan, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.