

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

**A LEI N.º 11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCESSOS DE
CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DE SEUS DISPOSITIVOS**

PEDRO GONÇALVES SZALAY

RIO DE JANEIRO

2022

PEDRO GONÇALVES SZALAY

**A LEI N.º 11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCESSOS DE
CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DE SEUS DISPOSITIVOS**

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 Dr. Antonio José Teixeira Martins**.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

S9961 Szalay, Pedro Gonçalves
A lei n.º 11.343/06: uma análise crítica dos processos de criminalização primária e secundária de seus dispositivos / Pedro Gonçalves Szalay. -- Rio de Janeiro, 2022.
62 f.

Orientador: Antônio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Processos de criminalização da Lei n.º 11.343/06. I. Martins, Antônio José Teixeira, orient. II. Título.

PEDRO GONÇALVES SZALAY

**A LEI N.º 11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCESSOS DE
CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DE SEUS DISPOSITIVOS**

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 Dr. Antonio José Teixeira Martins**.

Data da Aprovação: 11/07/2022.

Banca Examinadora:

Antonio José Teixeira Martins
Orientador

João Guilherme Leal Roorda
Membro da Banca

Renata Saggiaro Davis
Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: 11/07/2022

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos(as) professores(as)
Antonio José Teixeira Martins (orientador)

João Guilherme Leal Roorda

Renata Saggioro Davis

Reuniu-se para examinar a MONOGRAFIA do discente:

Pedro Gonçalves Szalay

DRE 117050538,

INTITULADA

A LEI N.º 11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E
SECUNDÁRIA DE SEUS DISPOSITIVOS

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS
DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR

(A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)	2,0	2,0	4,0	1,0	9,0
Prof. Membro 01	2,0	2,0	4,0	1,0	9,0
Prof. Membro 02	2,0	2,0	4,0	1,0	9,0
Prof. Membro 03					
MÉDIA FINAL					9,0

PROF. ORIENTADOR (A):  _____ NOTA: 9,0

PROF. MEMBRO 01:  _____

PROF. MEMBRO 02:  _____

PROF. MEMBRO 03: _____

MÉDIA FINAL*: 9.0

*O trabalho recebe indicação para o PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10,0 dez)(

) SIM () NÃO

RESUMO

Este trabalho busca investigar os aspectos e características da legislação de drogas brasileira, constituída na Lei n.º 11.343/06, dando especial atenção aos processos de criminalização primária e secundária dos tipos penais da norma, em razão de se tratarem de alguns dos delitos mais cometidos e imputados no Brasil, consubstancializados em um dos grandes problemas sociais enfrentados no Direito Penal pátrio. Ao abordar esse tema, se procurou uma abordagem do ponto de vista crítico, com base nos processos de criminalização sob a perspectiva crítica dos conceitos dos processos de criminalização cunhados pela teoria do etiquetamento ou *labelling approach*, com a finalidade de desvendar a política de drogas nacional, seus efeitos para o sistema penal e para a realidade do país, o que será demonstrado por meio de levantamentos documentais, bibliográficos e estatísticos. Assim, por meio da investigação realizada nesse trabalho, se poderá concluir que os processos de criminalização da Lei n.º 11.343/06 são efetivados e ao mesmo tempo têm como consequência a seletividade penal da norma, que incide com maior força e frequência sobre os grupos sociais mais vulneráveis, bem como fomentam o encarceramento em massa dos indivíduos historicamente marginalizados, com a acentuação da desigualdade social no Brasil.

Palavras-chave: lei n.º 11.343/06; criminalização primária; criminalização secundária; seletividade penal.

ABSTRACT

This work investigates the aspects and characters regarding the drug law, represented in the Law 11.343/06, with special attention to the primary and secondary criminalization processes of its criminal types, as they are one of the most committed and imputed crimes in the country, constituting one the biggest social problems faced by the national Criminal Law. The theme was investigated from a criticist point of view of the labelling approach theory, having the objective to unravel the national drugs politic, its effects to the penal system and to the country's reality, which will be demonstrated through documental, bibliographic and statistic research. As a result of this investigation, it will be possible to conclude that the criminalization processes regarding the drug law are performed and at the same time have as consequence the criminal selectivity of the legislation, which focuses with more strength and frequency in the most vulnerable social groups, as well increases the mass incarceration of the historically marginalized individuals and deepens the social inequality in Brazil.

Keywords: law 11.343/06; primary criminalization; secondary criminalization; criminal selectivity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O DIREITO PENAL E O COMBATE ÀS DROGAS	12
2.1. Direito Penal e controle social.....	12
2.2. O controle social e as legislações de drogaS	14
3. A POLÍTICA E LEGISLAÇÕES DE DROGAS BRASILEIRAS	15
3.1. Panorama histórico das legislações de entorpecentes brasileiras.....	15
3.2. A Lei n.º 11.343/06 e suas alterações	21
3.3. Descriminalização ou despenalização do art. 28 da Lei n.º 11.343/06.....	23
4. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA	32
4.1. A teoria do etiquetamento	32
4.2. O conceito de desvio no <i>labelling approach</i>	34
4.3 criminalização primária	36
4.3.1 o conceito de tipo penal.....	38
4.3.2 elemento objetivo do tipo penal	40
4.3.3. Tipo penal subjetivo	40
4.4 Criminalização secundária.....	41
5. OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA NOS TIPOS PENAIIS DA LEI N.º 11.343/06	43
5.1. A criminalização primária na Lei n.º 11.343/06.....	43
5.1.1. A discussão sobre constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/06.....	51
5.2 A criminalização secundária dos tipos penais da Lei n.º 11.343/06	54
6. CONCLUSÃO.....	60
7. BIBLIOGRAFIA	63

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, para a melhor compreensão do assunto se faz necessário tecer alguns comentários a respeito da Lei nº 11.343/06 e realizar uma breve comparação com suas antecessoras. A nova legislação revogou a Lei n.º 6.368/76 e a n.º Lei 10.409/02, representando uma inovação legislativa, com inúmeras alterações positivas para a política de drogas brasileira e o combate ao tráfico e uso de entorpecentes.

Enquanto suas predecessoras, de forma geral, dispunham sobre medidas de prevenção e repressão contra o uso e tráfico de substâncias ilícitas, a Lei n.º 11.343/06, também denominada “Lei de Drogas”, foi responsável pela criação do SISNAD¹ (Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas), bem como, semelhantemente, instituiu medidas voltadas à repressão e prevenção do uso de entorpecentes, com uma atenção especialmente direcionada à reinserção social dos usuários de drogas.

Uma das importantes alterações trazidas pela promulgação deste dispositivo foi quanto ao tratamento do Direito Penal brasileiro no tocante ao tipo penal do porte para consumo pessoal, cuja conduta foi classificada em infração penal *sui generis*, do ponto de vista formal, com sanções de cunho alternativo, isto é, que não resultam na restrição da liberdade do usuário, conforme entendimento dos professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches²:

“Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*.” (GOMES e CUNHA, 2006, online)

Ainda que o julgado do STF, RE 430.105-RJ³, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, não tenha concordado quanto à caracterização deste tipo penal como espécie única de

¹ BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm >. Acesso em: 17/05/2022.

² GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

³ STF. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível em: <

seu gênero, também concluiu que houve efetiva despenalização, como se atesta do seguinte posicionamento exarado pelo relator: “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.”

Esse entendimento parece coadunar com os intuitos legislativos promulgadores da nova lei, como se infere de parte do relatório produzido pelo relator do PL n.º 7.134/02 originado no Senado Federal, Deputado Paulo Pimenta, cujo trâmite se deu na Câmara dos Deputados, reproduzida no voto do Ministro relator⁴:

“Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão para os usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por muito, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais grave.”

No entanto, para este tipo penal, ainda se verifica a aplicação de penas, como a penalidade de advertência, prestação de serviços e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Alternativamente, cabe repisar que, apesar da manutenção das sanções previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06⁵, não se pode menosprezar o avanço desta norma na perspectiva de tratamento do consumidor de entorpecentes, especialmente quando contraposta ao dispositivo que regia anteriormente tal infração, isto é, o art. 16 da Lei n.º 6.368/76⁶, que estabelecia a pena de detenção, em conjunto da aplicação de multa, penalidade evidentemente mais rigorosa e repressiva.

Ocorre que, apesar de tais alterações representarem uma guinada para uma política de drogas mais preocupada com a saúde dos indivíduos, a nova Lei de Drogas ainda trouxe consigo aspectos normativos controversos e, por conseguinte, danosos para a sociedade.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> >. Acesso em: 20/05/2022.

⁴ STF. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> >. Acesso em: 20/05/2022.

⁵ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁶ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Exemplarmente, pode-se citar o caso do cidadão Rafael Braga⁷, ocorrido em 2016, no qual o catador de materiais recicláveis foi preso por portar quantidades mínimas de entorpecentes, tendo sido acusado do crime de tráfico de drogas na ocasião. Trata-se de evidente demonstração prática dos processos de criminalização primária e secundária dos tipos penais previstos na Lei n.º 11.343/06.

A criminalização primária pode ser definida como o ato de elaboração e sanção de uma norma penal que tipifica certa conduta como crime. Enquanto a secundária corresponderia ao agir estatal de selecionar determinados indivíduos como supostamente praticantes de uma ação específica, classificada como delito, de acordo com os pressupostos estabelecidos em sua antecessora.⁸

Nesta toada, a presença de inúmeros núcleos verbais na definição das condutas delitivas descritas, inclusive, de maneira repetida nos dispositivos da Lei de Drogas, contribui para a possibilidade subsunção dos comportamentos delitivos tanto sob a égide de seu art. 28, quanto de seu art. 33⁹, oriunda da ausência de critérios objetivos de diferenciação e classificação, situação que abre espaço para uma aplicação subjetiva pelos agentes penais, de maneira semelhante compreendem Assis Brasil e Weigert(2006)¹⁰:

“A lei 11.343/06, enaltecida por muitos pela descaracterização do uso de drogas, não resolveu um dos maiores problemas existentes na criminalização do tráfico e consumo de drogas no Brasil, qual seja, o da diferenciação, na prática, entre tais condutas criminosas. O que se pretende analisar é o fato de que a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva.” (WEIGERT, 2006, p. 97)

Logo, insta salientar que a seletividade penal encontrada na aplicação da Lei n.º 11.343/06, cuja incidência sobre pessoas concretas se dá subjetivamente, escolhendo corpos específicos para penalização, eis que a determinação sobre qual tipo penal a conduta delitiva o indivíduo estaria incorrendo depende unicamente dos agentes estatais responsáveis por verificar

⁷ G1. Ex-morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/ex-morador-de-rua-presos-em-protesto-de-2013-e-condenado-a-11-anos-de-prisao-por-trafico.ghtml>. Acesso em: 20/05/2022.

⁸ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Uso de drogas e sistema penal: Entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 97.

⁹ 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:

¹⁰ ZAFFARONI, E.U.; BATISTA, N; ALAGIA, A. SLOKAR, A. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 41.

na prática o cometimento de tais crimes, como é o exemplo das agências policiais, encarregadas em um primeiro momento deste juízo de criminalização.

Sob essa perspectiva, se pode concluir que a Lei n.º 11.343/06, da forma que sua redação foi concebida, especialmente no tocante aos seus tipos penais, assim como a maneira que incidem sobre determinados indivíduos, representa verdadeira aplicação prática dos mecanismos de criminalização primária e secundária no Direito Penal pátrio, com a acentuação de problemas estruturais da sociedade brasileira, como a seletividade penal e o encarceramento em massa, algumas das principais causas da desigualdade social que atinge o país.

Desta feita, o que se busca investigar é a forma como são operacionalizados os processos de criminalização primária e secundária dos dispositivos da Lei n.º 11.343/06, como fatores contributivos para a seletividade penal, e quais são os efeitos práticos destes processos para o direito e sistema penais brasileiros.

Com o intuito de embasar, fundamentar e principalmente, alcançar o objetivo mencionado anteriormente, será necessário realizar um levantamento documental, bibliográfico e estatístico, que fornecerão as ferramentas adequadas para a compreensão do tema em comento.

2. O DIREITO PENAL E O COMBATE ÀS DROGAS

2.1. Direito Penal e controle social

O Direito Penal, como todos demais ramos do Direito, possui uma razão de ser, uma função, qual seja, a tutela de determinados bens jurídicos, definidos segundo a sua relevância social. Esses bens são tutelados pela disciplina penal em razão de sua instrumentalização para execução do controle social, isto é, a sua proteção pelo Estado se faz necessária para a manutenção do *status quo*.

Segundo Shecaira¹¹, o controle social nada mais seria que: “o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários” (SHECAIRA, 2004, p. 56).

As origens do Estado e do Direito como forma de controle social foram inicialmente debatidas pelos jusnaturalistas, tal como enunciado por Rousseau “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui.”. (ROUSSEAU, 1987, p. 36)¹²:

Nesta obra, o autor conclui que a instituição da sociedade civil organizada só seria possível mediante o denominado “contrato social”, consubstanciado por meio de um acordo firmado entre o povo e o Estado, no qual, aquele renunciaria determinadas liberdades em troca da proteção estatal de outras, representando verdadeiro escambo de direitos e deveres entre as partes.

É exatamente a partir dessa lógica que o Direito Penal moderno se estabelece, como mecanismo punitivo de titularidade exclusiva do Estado, ou seja, os cidadãos se privam da autotutela de seus direitos, com a finalidade de assegurar a proteção e defesa de certos bens jurídicos, privilegiando a coletividade em detrimento dos indivíduos.

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 56.

¹². ROUSSEAU, Jean- Jacques. Do contrato social. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987, p. 36. (Os pensadores).

Sob essa perspectiva assevera-se o papel central do Direito Penal, em especial da titularidade do poder de punir, - *jus puniendi* - como figura constituidora dos Estados modernos e das sociedades civis, como enunciado por Salo de Carvalho: “(...) assim como a ideia de um território entra na construção do conceito de Estado, da mesma forma a ideia de direito de punir é um dos elementos formadores do conceito geral da sociedade”. (CARVALHO apud BARRETO 1926, p. 643)¹³:

Nessa ótica, os agentes estatais são responsáveis por selecionar condutas específicas, criando dispositivos normativos que as criminalizem, de acordo com a sua periculosidade ou capacidade de produzir algum efeito danoso para os bens jurídicos tidos como fundamentais para a garantia da harmonia social, necessária à manutenção do *status quo*, como enunciado por Heleno Cláudio Fragoso¹⁴:

“Parece claro que a justificação da pena se encontra na própria função do Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum. Isso se faz através da proteção de certos estados valiosos que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal”. (FRAGOSO, 2006, p. 546).

Dessa forma, o Direito Penal possui papel fundamental para a efetivação dos mecanismos de controle social, por meio das sanções institucionalizadas, cuja prerrogativa de concepção e aplicação foram atribuídas aos entes estatais, que selecionará certas condutas como criminosas, com a finalidade de tutelar e defender determinados bens jurídicos.

O papel da disciplina penal como instrumento de efetivação do controle social se materializa mediante a aplicação das sanções por ele estipuladas, tais como as penas restritivas de liberdades e medidas de segurança, com o intuito tanto de punir como prevenir determinados comportamentos, reputados como ilegais por atentarem contra os bens jurídicos abraçados pela proteção estatal.

Com efeito, a escolha desses bens jurídicos está diretamente relacionada com a sua influência para com a perpetuação das estruturas sociais, isto é, qual a sua capacidade de reprimir as condutas que possam alterar a estratificação da sociedade, mantendo as classes

¹³ CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro. 2ª ed. Saraiva. São Paulo. 2015, p. 45.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 546)

dominantes no topo da pirâmide social e as demais abaixo, como enunciado por Zaffaroni e Pierangeli¹⁵:

“É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquelas que participam nos seus segmentos estáveis (ver n. 10). Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 102).

Ao que parece, as legislações de combate às drogas seguiram destino semelhante, se adequando para satisfazer a função do Direito Penal como agente mantenedor do controle social das classes dominantes sobre as dominadas, representando mais um braço do ramo penalista voltado para a consecução desse objetivo.

2.2. O controle social e as legislações de drogas

A partir dos meados do século XX começa-se a observar a incrementação da produção legislativa brasileira com relação às drogas, aumentando-se o controle do Estado não apenas sobre essas substâncias, mas também dos indivíduos que as consumiam e comercializavam.

Esse aumento encontra suas origens na transnacionalização da política de guerra às drogas, oriunda da efervescente necessidade de combate ao denominado “inimigo interno”, representado na figura dos traficantes e usuários, narrativa criada com o intuito de se marginalizar determinados grupos para se proteger os interesses das classes dominantes e do capital.

A escolha dos legisladores de criminalizar determinadas substâncias não foi uma decisão meramente apoiada em seus efeitos para a saúde pública, como afirmado no discurso declarado pelo Estado. Na realidade, essa opção se consubstanciou em um processo voltado para a acentuação da marginalização de grupos sociais considerados como indesejáveis e possivelmente subversivos à infraestrutura da sociedade, em outras palavras, como ameaças ao poder constituído.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Volume 1 - Parte geral. 9. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

Vera Malagutti sintetiza esse pensamento em sua obra, “Difíceis ganhos fáceis”¹⁶, quando afirma:

“O problema da droga está situado no nível econômico e ideológico. Com a transnacionalização da economia e sua nova divisão do trabalho, materializam-se novas formas de controle nacional e internacional. Foi criado todo um sistema jurídico-penal com a finalidade de criminalizar e apenar determinadas drogas.” (MALAGUTTI, 2003, p. 39-40)

Ou seja, as legislações de drogas que viriam surgir nesse período, apesar de declararem como sua finalidade a recuperação dos usuários e o combate ao tráfico, expostos como fatores de acentuação dos problemas sociais, na verdade serviriam como mecanismos de operacionalização do controle social, em seu aspecto interno, com pano de fundo a manutenção do controle externo internacional.

Sob essa perspectiva, a autora complementa¹⁷:

“A dramática concentração da opinião pública e da ação repressiva do Estado não tem como fator determinante o incremento do consumo real, mas sim o incremento do controle levado a cabo pela medicina e pelo direito penal. São movimentos ligados à disputa de poder interno e internacional.” (MALAGUTTI, 2003, p. 40)

Desse modo, a execução dessa finalidade nas legislações de drogas foi levada a cabo por meio dos mecanismos de criminalização primária e secundária, os quais se consubstanciaram em importantes ferramentas para que o controle social fosse efetivado por essas normas, cujo desenvolvimento histórico no Brasil apontará na mesma direção.

3. A POLÍTICA E LEGISLAÇÕES DE DROGAS BRASILEIRAS

3.1. Panorama histórico das legislações de drogas brasileiras

Com a finalidade de entender de forma mais aprofundada as problemáticas envolvendo a Lei n.º 11/343/06, deveremos a analisar o histórico das normas de combate às drogas que a antecederam, demonstrando a evolução histórica da política de drogas no Brasil.

¹⁶ MALAGUTTI, Batista Vera. Difíceis ganhos fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed. 2003, p. 39-40.

¹⁷ Ibidem, p. 40.

A primeira aparição de uma norma pátria que criminalizasse condutas tais como porte e comércio de determinadas substâncias se deu em 1603 com as Ordenações Filipinas, marcada pelos dogmas do Direito Germânico, Canônico e Romano, que compunham a matriz da legislação portuguesa, dispondo em seu título 89¹⁸: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.

Após, tendo em vista que o Código Criminal do Império de 1830 restou omissivo em relação ao tema, cita-se o Decreto n.º 828 de 1851, que versava sobre a política sanitária e comercialização de substâncias de caráter medicinal.

Posteriormente, se tem a promulgação do Código Penal Republicano de 1890, a primeira codificação de caráter exclusivamente penal brasileira¹⁹ a tipificar a comercialização de substâncias tóxicas, como elencado em seu art. 159²⁰: “Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários.”

Um ponto importante a ser ressaltado é que as legislações de entorpecentes seguintes, especialmente as mais recentes, foram elaboradas como forma de instituir uma política internacional de combate às drogas, em um movimento transnacional, observado em diversos países da América Latina.

Exemplarmente, a Convenção Internacional do Ópio, em Haia, e as convenções de Genebra, todas subscritas pelo Brasil, representaram o marco de uma política internacional de combate às drogas, estabelecendo as bases para as legislações entorpecentes nacionais vindouras. Segundo Batista (BATISTA, 1998, p. 131)²¹: “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”.

¹⁸ BRASIL. Ordenações Filipinas, Título LXXXIX. Disponível em:

<<https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-05-89.pdf>>. Acesso em: 14/05/2022.

¹⁹ 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, p. 24.

²⁰ BRASIL. Código Penal de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14/05/2022.

²¹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: Revista Discursos Sediosos, nº5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 131.

Importante retocar que o Código Penal de 1940, em seu art. 281²², posteriormente revogado, considerava como crime apenas a comercialização e posse de entorpecentes, cuja redação previa:

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

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

Esse também era o entendimento compartilhado pelo próprio Supremo Tribunal Federal à época, cuja jurisprudência estava firmada no sentido de que o uso de drogas não constituía conduta típica. Na mesma direção aponta o professor Salo de Carvalho²³:

“No entanto, vigora, até então, a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento era de que o art. 281 do Código Penal não abrangia os consumidores, pois em seu § 3o previa a punição do induzidor ou instigador. A interpretação era de que, sancionando o induzidor ou o instigador, estaria excluindo o usuário, visto que bastaria a regra geral do art. 25 do Código Penal de 1940 para a configuração da co-autoria.” (CARVALHO, 2016, p. 31)

A lógica esculpida em tal artigo parece coadunar com a tendência sanitaria da época, que buscava diferenciar o traficante e o usuário, sem atribuir caráter criminoso ao consumo, com vistas a enquadrá-lo como enfermo e não delinquente. Porém, tal distinção também estaria condicionada à origem social do indivíduo, nessa linha explica Carvalho:

“Assim, sobre os ‘culpados’ recai o discurso jurídico que define o estereótipo criminoso, passando a serem considerados como corruptores da sociedade. Sobre o consumidor, devido a sua condição social, incidiria o discurso médico, consolidado pelo modelo médico-sanitário em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência” (CARVALHO, 2016, p. 29)

Contudo, na década de 60, em virtude do aumento vertiginoso do consumo de drogas em território americano, influenciado pelos movimentos contracultura, tendo como contexto a Guerra do Vietnã, são consolidadas as já difundidas políticas de Lei e Ordem²⁴. Desta feita, acompanhando a tendência estabelecida nos Estados Unidos, ocorre a disseminação de um

²² BRASIL. Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14451.htm >. Acesso em: 14/05/2022.

²³ 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, p. 31.

²⁴ Ibidem, p. 29.

discurso internacional de combate ao consumo de drogas, que se extravasa para as demais nações, como foi o caso do Brasil,

Em uma guinada em direção a uma política mais repressiva ao consumo e comércio de entorpecentes, em compasso com a crescente política de guerras às drogas em profusão na América, são editadas leis que, aos olhos da matéria penal, não ofereciam nenhum tipo de separação efetiva entre o usuário e traficante, com imposição de penas idênticas para ambos os comportamentos, como no caso do Decreto-lei n.º 385 de 1968, responsável por alterar o art. 281, do Código Penal, que passou a vigorar com a seguinte redação²⁵:

“Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, terem depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.”

Assim, influenciado pelo contexto político internacional e doméstico (início da ditadura militar no Brasil), ao elevar as condutas de uso e tráfico ao mesmo patamar, o Decreto-lei n.º 385/68 acaba por enfraquecer a narrativa de separação entre o usuário e traficante, predominante no cenário internacional até então.

Na mesma linha concluí o professor Salo de Carvalho ao enunciar: “Contrariando toda orientação internacional e rompendo com próprio discurso oficial fundamentado pela ideologia da diferenciação, o Decreto-lei n.º 385/68 estabelecia a mesma sanção para traficante e usuário, ainda que o último fosse dependente.” (CARVALHO, 2016, p. 32)²⁶.

Ocorre então a revogação operada pela edição da Lei n.º 5.726 de 1971, criando um rito especial para os delitos envolvendo substâncias ilícitas, em consonância ao comando legal disposto no art. 14 da respectiva lei²⁷: “O processo e julgamento dos crimes previstos no art.

²⁵ BRASIL. Decreto-lei n.º 385 de 26 de dezembro de 1968. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-385-26-dezembro-1968-378122-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17/05/2022.

²⁶ 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, p. 32.

²⁷ BRASIL. Lei n.º 5.726 de 29 de outubro 1971. Disponível em: <

281 e seus parágrafos do Código Penal reger-se-ão pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.”

Não apenas isso, mas também ocorreu o aumento da pena máxima que poderia ser cominada aos delitos relacionados aos entorpecentes, elevando a sanção para 6 (seis) anos, bem como introduziu a associação para o tráfico no Direito Penal pátrio, alterando novamente a redação do art. 281, do Código Penal, como se infere do artigo 23²⁸, abaixo transcrito:

“Art. 23. O artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal passam a vigorar com a seguinte redação:

Comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

"Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

(...)

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

Em uma reviravolta, ainda que tímida, sobreveio a Lei n.º 6.368 de 1976, também denominada como “Lei de Tóxicos”, responsável pela revogação do art. 281 do Código Penal. A legislação acentuou a diferenciação entre o usuário e traficante, com a criação de um tipo penal específico para criminalizar o consumo, quebrando o paradigma de equiparação estabelecido anteriormente pelo Decreto-lei n.º 385/68.

Além disso, a Lei n.º 6.368/76 também previa pena menor para o delito de uso do que se comparado ao de tráfico, assim como a pena passou a ser a de detenção, modalidade notadamente menos repressiva que a de reclusão, o que representou grande avanço para a política de drogas nacional. Em contrapartida a legislação aumentou a sanção penal mínimas e

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 17/05/2022.

²⁸ BRASIL. Lei n.º 5.726 de 29 de outubro 1971. Disponível em: <

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 17/05/2022.

máximas para a conduta de comercialização, conforme redações de seus artigos 12 e 16²⁹, reproduzidas a seguir.

“Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

A Lei n.º 6.368/76 vigorou até a promulgação da atual legislação de entorpecentes, eis que a tentativa de substituição pela Lei n.º 10.409/02 foi desastrosa, em razão das inúmeras inconsistências jurídicas em seu texto, o que acarretou diversos vetos, inclusive, exatamente no tocante à parte que tratava sobre a questão do consumo de drogas, mantendo-se a regência dada pela sua predecessora. De maneira análoga, expôs o professor Renato Marcão³⁰:

“Impressiona por ter sido objeto de estudos pelo Poder Legislativo por mais de uma década e ter resultado em um "nada jurídico" (ou injurídico); impressiona pelo conjunto de equívocos e erros crassos que alberga (mandato de citação, p. ex.; cf. art. 38, caput); impressiona pelo conjunto de "regras perdidas"; pelo absurdo de certas disposições; pelos retalhos abandonados no universo jurídico após os vetos Presidenciais ao Projeto que ela deu origem.”. (MARCÃO, 2002)

A mitigação da capacidade da Lei n.º 10.409/02 gerar efeitos pelos inúmeros vetos que sofrera obstaculizou os planos do Poder Legislativo em criar uma legislação de drogas que coadunasse com a política de drogas internacional dominante à época, o que originou a necessidade de edição de uma nova norma que pudesse legislar sobre o tema de forma efetiva, permitindo que o país pudesse acompanhar as tendências observadas nas demais nações, assim como regular tais delitos de maneira mais compatível com a Constituição de 1988.

²⁹ BRASIL. Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm >. Acesso em: 17/05/2022.

³⁰ MARCÃO, Renato. Novas considerações sobre o momento do interrogatório na Lei nº 10.409/2002. 2002. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2876/novas-consideracoes-sobre-o-momento-do-interrogatorio-na-lei-n-10-409-2002> >. Acesso em: 17/05/2022.

3.2. A Lei n.º 11.343/06 e suas alterações

Como relatado anteriormente, a inépcia que acometeu a Lei n.º 10.409/02 gerou a promulgação da Lei n.º 11.343 de 2006, cuja essência se encontra positivada em seu art. 1º³¹, conforme redação em destaque:

“Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.”

Dessa forma, a nova Lei de Drogas demonstrou maior preocupação com o usuário, estabelecendo medidas que visassem a recuperação tanto do consumidor eventual, como do dependente. Porém manteve sua finalidade repressiva, especialmente quanto ao tráfico de entorpecentes, bem como seguiu com alguns aspectos questionáveis, já observados em suas predecessoras, como será visto a diante.

Dentre as inovações trazidas pela lei cita-se as observadas em seu art. 28, responsável por criminalizar o consumo de droga, que, embora ainda preveja a aplicação de penas para a conduta, estas não são mais restritivas da liberdade, tratando-se apenas de medidas alternativas, o que se depreende do texto do *caput* e incisos I a III do dispositivo³². Veja-se:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Essa mudança em sua sanção resultou em intensa discussão pelos operadores do direito, cuja controvérsia estava centrada no embate se teria ocorrido *abolitio criminis*, isto é, a descriminalização da conduta ou então se houvera somente a despenalização. Em virtude da complexidade envolvendo esse debate, será retomada em um momento posterior, de forma apartada.

³¹ BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17/05/2022.

³² BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17/05/2022.

Outra importante alteração encontrada no art. 28 diz respeito à questão do plantio para consumo pessoal, conduta que anteriormente se encontrava inserida no delito de tráfico, na forma do inciso II do §1º, do art. 12, da Lei n.º 6.368/76³³, a qual deixou de ser aplicada a mesma sanção, passando a figurar no §1º do art. 28 da Lei n.º 11.343/06³⁴, cujo comando legal determina aplicação das mesmas penas em que incorre o consumidor de drogas, como se confirma da redação de ambos os dispositivos:

“§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - 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;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”

Já em relação ao delito de comercialização, elencado no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, houve mudança positiva quanto à conduta de prevista no dispositivo que trata sobre o uso conjunto de drogas, cuja pena foi abrandada, bem como a previsão da modalidade privilegiada, como causa de redução de pena.

A respeito dessas alterações, Masson e Marçal³⁵ concluem no mesmo sentido:

“Em cotejo com as leis precedentes, a Lei 11.343/2006 apresentou muitas novidades, tais como: (a) não imposição de pena privativa de liberdade a quem possui drogas para consumo pessoal (art. 28); (b) criação de crime especial para a pequena cessão de pequena quantidade de droga para consumo conjunto (“cedente eventual”); (c) criação do tráfico privilegiado (art. 33, § 3º);”

Assim, o parágrafo 2º do art. 33 estabelece nova modalidade do delito de tráfico, representado na figura do cedente eventual, equiparando à conduta de fornecer drogas a outrem,

³³ BRASIL. Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm>. Acesso em: 17/05/2022.

³⁴ BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17/05/2022.

³⁵ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. Lei de drogas: aspectos penais e processuais. São Paulo. 1ªed. Editora Método. 2019, p. 27.

mesmo que de forma gratuita e para consumo compartilhado, ao crime de comercialização de drogas.

Trata-se de tímido avanço, eis que o abrandamento da pena parece estar em compasso com as finalidades da nova lei, mas que ainda penaliza conduta sem objetivo de auferir vantagem econômica como tráfico. Logo, apesar de não possuir a finalidade de obter proveito econômico, como é o caso da traficância, manteve-se parte da lógica repressiva das normas anteriores, mitigando-se a diferenciação entre o consumidor e traficante no dispositivo legal.

Entretanto, em que pesem as inovações benéficas observadas na nova Lei de Drogas, a redação do art. 33 também trouxe tratamento ainda mais punitivo para o traficante ao aumentar a pena mínima prevista em seu predecessor, a qual passou de 3 (três) anos de reclusão para 5 (cinco) anos, senão vejamos:

“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.”

Dessa forma, a Lei n.º 11.343/06 trouxe importantes alterações quanto ao tratamento do usuário, com a previsão de um tratamento mais benevolente para este, ainda que com as devidas críticas. Porém, como demonstrado acima, acentuou o caráter repressivo e punitivo da legislação de drogas brasileira no que tange ao traficante, aumentando a punição mínima legal prevista para o delito, o que consolidou a já predominante política de guerras às drogas implantada no país e difundida globalmente.

3.3. Descriminalização ou despenalização do art. 28 da Lei n.º 11.343/06

Como dito linhas acima, a partir da promulgação da atual Lei de Drogas, cujo art. 28 versa sobre o delito de consumo de substâncias ilícitas, ocorreu a exclusão das penas restritivas de liberdade do rol de punições do dispositivo, com a incidência restrita das medidas alternativas.

Essa alteração foi responsável por criar grande debate sobre a possibilidade de descriminalização da conduta, isto é, a chamada *abolitio criminis*, ou se teria ocorrido apenas a despenalização.

Parte da doutrina sustentava a tese de que a redação do art. 28 teria acarretado descriminalização do uso de drogas, como elencado no artigo dos professores Rogério Cunha Sanches e Luiz Flávio Gomes, intitulado: “Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?”.

Os argumentos dos professores no sentido de que teria ocorrido descriminalização da conduta são apoiados no fato de que se o comando legal do dispositivo não prescreveu como resposta penal as penas de reclusão ou detenção se teria descaracterizado aspecto fundamental, de uma perspectiva formalista, para que a conduta fosse considerada como crime, nos termos do art. 1º da Lei de introdução do Código Penal³⁶:

“Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Logo, pelo que se observa da redação do dispositivo supracitado, para que determinada conduta seja considerada como criminosa, existiria a necessidade que lhe fosse atribuída pena de reclusão ou detenção, o que, de fato, não é o caso do art. 28.

A respeito, em seu artigo argumentam os professores:

“Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP).” (SANCHES, CUNHA, 2007)

Por conseguinte, o consumo de drogas também não constituiria infração administrativa, pois as penas cominadas no dispositivo seriam aplicadas pelos magistrados dos Juizados

³⁶ GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

Criminais, bem como não poderia ser classificado como contravenção penal, em razão da inexistência de previsão de pena que culmine na restrição de liberdade do usuário, configurando, na verdade, delito de caráter único de sua espécie, como exarado no aludido artigo dos docentes³⁷:

“Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*.” (SANCHES, CUNHA, 2007)

Além disso, são apresentadas outras razões, quais sejam, a deficiência na técnica legislativa quando da edição da lei ao inserir a conduta de consumo no capítulo da Lei n.º 11.343/06 que trata sobre os delitos e penas. Com o intuito de reforçar esse argumento, citam-se outras inconsistências encontradas em legislações anteriores que tratavam sobre o tema, como foi o caso da Lei 10.409/02, como exposto pelos professores³⁸:

“a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950 (clique aqui), v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 (clique aqui), o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;” (SANCHES, CUNHA, 2007)

Não apenas isso, mas também contribui o fato de que a reincidência prevista no parágrafo 4º do art. 28, segundo os docentes, não poderia ser considerada como aquela considerada do ponto de vista formal do Direito Penal, em virtude de que se esta não é aplicada nos casos de cometimento de infração penal e crime, tampouco poderia incidir para o caso do consumo, por se tratar de infração *sui generis*. Com efeito, a definição de reincidência segundo o art. 63, cumulada com o art. 64, ambos do Código Penal³⁹ parece fortalecer essa arguição:

³⁷ GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

³⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <

“Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

Da redação dos artigos se pode chegar à conclusão de que a reincidência só estaria configurada quando cometido crime no espaço de tempo de 5 anos do trânsito julgado da sentença condenatória por crime anterior, não existindo menção à prática de delitos considerados como contravenção penal ou infração *sui generis* nos dispositivos, como seria o caso do *caput* do art. 28, conforme apontado por Sanches e Gomes⁴⁰:

“b) a reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção);” (SANCHES, CUNHA, 2007)

Nesse sentido, o entendimento de que a prática de conduta caracterizada como contravenção penal anteriormente à prolação de sentença condenatória por cometimento de crime não poderia ser considerada para fins de reincidência está respaldado pelo comando legal do art. 7º da Lei de Contravenções Penais⁴¹: “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.”

Igualmente compreende Bittencourt⁴²: “Quem é condenado por um crime e depois pratica uma contravenção é reincidente (art. 7º da LCP). No entanto, quem pratica uma contravenção e depois um crime não é reincidente (art. 63 do CP).” (BITTENCOURT, 2007, p. 278-279)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 20/05/2022.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

⁴¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm >. Acesso em: 20/05/2022.

⁴² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 278-279

Outrossim, concorre o contra-argumento de que a prescrição que fala o art. 30 da Lei n.º 11.343/06⁴³ não é restrita apenas aos crimes e contravenções penais, sendo possível sua aplicação até mesmo para outros atos ilícitos, como arguido pelos docentes⁴⁴:

“c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;” (SANCHES, CUNHA, 2007)

De fato, como exemplo, o art. 1º da Lei n.º 9.873/99⁴⁵ determina o prazo de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública instaure o processo administrativo para apuração da prática de infração administrativa e aplicação da correspondente punição. Veja-se:

“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”

A jurisprudência também possui entendimento sedimentado sobre a possibilidade de prescrição para a hipótese da aplicação de medidas socioeducativas, em conformidade com o verbete da Súmula n.º 338 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.”

Aparentemente, o ponto levantado pelos professores parece acertado, porque, como demonstrado anteriormente, a arguição de que a previsão da prescrição para o consumo de drogas no art. 30 da Lei n.º 11.343/06 desconfiguraria a hipótese de descriminalização, em razão de se tratar de instituto restrito aos crimes e contravenções penais não se sustentaria.

⁴³ “Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.”

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

⁴⁵ BRASIL. Lei n.º 9.873 de 23 de novembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm >. Acesso em: 20/05/2022

⁴⁶ BRASIL. Volume 29 da Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula338.pdf >. Acesso em: 20/05/2022.

Ademais, Sanches e Gomes elencam como argumentos e/ou contra-argumentos favor da tese de que teria ocorrido *abolitio criminis* do delito de consumo de drogas os seguintes pontos descritos no artigo⁴⁷:

“d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) (clique aqui), cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.” (SANCHES, CUNHA, 2007)

Contudo, muito embora os doutrinadores tenham levantado fortes argumentos em favor da tese de descriminalização da conduta, a controvérsia foi resolvida no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 430.105-9/RJ, julgado em 13/02/2007, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, com prevalecimento da hipótese de que somente houvera despenalização do consumo de drogas.

Conforme ementa⁴⁸ transcrita a seguir, os ministros do Supremo Tribunal Federal concordaram de forma unânime que a redação do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 não culminou em descriminalização da conduta por não prever como resposta penal a imposição de pena de reclusão ou detenção, mas sim, teria causado a despenalização da conduta.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

⁴⁸ STF. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n.º 430.105-RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível em: . Acesso em: 20/05/2022.

“EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.”.

Em conformidade com o voto do Ministro Relator, o argumento de que a redação do art. 1º da LICP afastaria a possibilidade de se encaixar a conduta de consumo na definição legal de crime deveria ser refutada, pois o referido dispositivo legal não teria esgotado o conceito, servindo, na verdade, como mero critério de diferenciação entre crime e contravenção penal.

Complementarmente, não há nada que obstaculize a existência de determinação legal que imponha sanção penal que não seja a de reclusão ou detenção, bem como as penas previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 encontram-se elencadas no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988⁴⁹.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20/05/2022

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”

A propósito, destacamos parte do voto do Min. Sepúlveda Pertence⁵⁰:

“Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do D. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L.11.343/06 criasse crime sem imposição de pena de reclusão ou detenção.

A norma contida no art. 1º do LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção.

Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça, para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da “*privação ou restrição de liberdade*”, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela “*lei*” (CF/88, ART. 5º, XLVI e XLVII).”

No que tange à arguição de que a inserção do art. 28 no capítulo que versa sobre os delitos e penas da Lei n.º 11.343/06 teria ocorrido por displicência do legislador também foi refutada no Recurso Extraordinário, eis que, como apontado pelo Min. Relator, as intenções do Poder Legislativo ao editar a aludida legislação foram claras no sentido de manter a criminalização da conduta de uso, senão vejamos⁵¹:

“De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto despreço do legislador pelo “*rigor técnico*”, que o teria levado - inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “*Dos crimes e das Penas*” (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts.27/30).
(...)

⁵⁰ STF. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> > . Acesso em: 20/05/2022.

⁵¹ STF. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> > . Acesso em: 20/05/2022.

Cuida-se, apenas de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado “*Dos crimes e das Penas*” e, a partir daí, analisar se, na Lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime.”

Sobre a argumentação envolvendo a reincidência, o RE n.º 430.105-9/RJ resolve o assunto ao decidir que a reincidência tratada no art. 30 da Lei n.º 11.343/06 não poderia ser considerada em seu sentido informal, em razão de que tal possibilidade só poderia ser concebida se houvesse posituação na própria lei nessa direção, o que não se verificou, conforme exarado pelo Min. Sepúlveda Pertence:

“De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

O uso, por exemplo, da expressão “*reincidência*”, não parece ter um sentido “*popular*”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12: “*As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*”).

Os demais argumentos em favor da tese da descriminalização são refutados nos seguintes termos do voto do Min. Relator⁵²:

“Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§1º e 5º), bem como a disciplina de prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343/06, art. 30).

Assim, malgrado, os termos da Lei não sejam inequívocos – o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição –, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes.

O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, §3º; e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.”

Com efeito, a decisão proferida pelo STF encerrou a discussão, confirmando a tese em favor da despenalização do uso de drogas, mantendo-se a criminalização da conduta. Assim, apesar de a exclusão da aplicação das penas restritivas de liberdade ter representado

⁵² STF. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n.º 430.105-RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> >. Acesso em: 20/05/2022.

significativo avanço no tratamento do Direito Penal brasileiro ao usuário, a manutenção da conduta como crime, manteve o estigma do usuário como infrator, perpetuando a política de guerra às drogas.

Outrossim, essa alteração, embora positiva, se mostrou pouco efetiva do ponto de vista prático, tendo em vista que a legislação continuou com a lógica estabelecida por suas predecessoras de não proporcionar critérios objetivos que permitissem a diferenciação efetiva entre as condutas de consumo e tráfico.

Essa possibilidade de subsunção arbitrária das condutas é operacionalizada por meio da criminalização primária e secundária, as quais possibilitam imputação seletiva dos delitos pelos agentes estatais, cuja finalidade é o uso da legislação como instrumento de manutenção do controle social e do *status quo*.

4. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

4.1. A teoria do etiquetamento

Os processos de criminalização primária e secundária foram cunhados pela teoria do etiquetamento ou *labelling approach*, cujo marco teórico foi o deslocamento do eixo de estudo da criminologia para a análise do crime e sua correspondente reação, antes centrado no criminoso.

A propósito, Andrade⁵³ explica:

“O labelling desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das “causas” do crime (e, pois da pessoa do criminoso e seu meio e mesmo do fato crime) para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante” (ANDRADE, 1997, p. 207).

Elaborada pelos estudiosos da Escola de Chicago, a teoria do etiquetamento social buscava se debruçar sobre os processos de criminalização, entendendo que o conceito de crime não se constituía uma característica nata de determinado comportamento, mas sim, uma

⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 207.

construção social, fundamentada na reação dada pela sociedade e Estado à conduta, raciocínio que também se estendeu para a definição de criminoso. De maneira semelhante compreende Baratta⁵⁴:

“(...) a criminologia ao longo dos séculos tenta estudar a criminalidade não como um dado ontológico pré-constituído, mas como realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social, o criminoso então não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal e pela sociedade que classifica a conduta de tal indivíduo como se devesse ser assistida por esse sistema. Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea: o comportamento criminoso como comportamento rotulado como criminoso”. (BARATTA, 2002, p. 11)

Dessa forma, o que se observa é que a teoria buscou compreender o desvio e o desviante por meio do paradigma da reação social, em outras palavras, a concepção desses conceitos dependeria inteiramente do tratamento que lhes era despendido pelo Estado e sociedade, qual seja, a resposta que forneciam ao comportamento que reputavam como indesejável, materializada na exclusão e estigmatização dos indivíduos que praticavam a conduta.

A teoria sofreu grande influência das correntes sociológicas da etnomedologia e interacionismo simbólico, as quais forneceram a base teórica de pensamento que funcionaria como pano de fundo para a criação do paradigma desenvolvido no *labelling approach*.

Com relação à etnomedologia, esta teoria é caracterizada pelo pensamento em que a sociedade é formada pelos elementos subjetivos, não sendo passível de cognição somente por seus aspectos objetivos, sendo uma verdadeira construção coletiva, realizada pelos indivíduos que a compõe. O interacionismo simbólico parte de uma premissa semelhante, mas cujo foco está na essência dos indivíduos, isto é, para a corrente sociológica, a identidade individual será o resultado das interações sociais em que se encontra inserido. Sob essa perspectiva, Baratta⁵⁵ elucida:

“Também segundo a etnomedologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnomedologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 11.

⁵⁵ Ibidem, p. 87.

as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social” (BARATTA, 2002, p .87)

Foi somente a partir dos pensamentos cunhados pela etnomedologia e pelo interacionismo simbólico que os teóricos da teoria do etiquetamento criaram e fundamentaram suas concepções acerca dos conceitos de desvio, desviante e rotulação.

Isto posto, para se entender os processos de criminalização, antes devemos conceituar o desvio e o desviante segundo a visão da teoria do etiquetamento e seus expoentes, tratando-se de conceitos centrais para o tema em debate.

4.2. O conceito de desvio no *labelling approach*

O conceito de desvio sob a perspectiva do etiquetamento social foi alvo da obra de Howard S. Becker, intitulada “*Outsiders*”, na qual o autor realiza um exercício de desconstrução das normas sociais, que em um primeiro olhar, são consideradas como inerentes às sociedades como conhecemos.

Nessa linha, segundo Becker, as normas sociais são concebidas por meio de interações entre os indivíduos que compõe determinada sociedade, da qual a moral e ideais do grupo dominante são impostos sobre os demais, o que somente é possível exatamente pelas relações de poder estabelecidas entre estes grupos. Em outras palavras, a sobreposição de valores característicos de parcelas da sociedade em detrimento de outros constitui o processo de formação das regras sociais, como compreendido pelo autor⁵⁶:

“Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamentos a ela apropriados, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. (BECKER, 2008, p. 12

Assim, o desvio e o desviante são assim considerados, por se mostrarem como contraditórios a esse grupo de regras sociais impostas, infringindo os valores dominantes de determinada sociedade.

⁵⁶ BECKER, S. Howard. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. 1ª ed. Zahar. 2008, p. 12.

Partindo da perspectiva sociológica, de caráter relativista, o autor descreve o conceito de desvio como uma criação social, ou seja, a caracterização de uma conduta específica como desviante é feita pela transgressão das normas sociais que regem determinado grupo ou sociedade e a resposta que lhe é dada. Nesse sentido, o elemento central para a definição de um comportamento como crime não é ser qualificado como tal, isto, é, como sendo uma característica da conduta, mas só é considerado como delito por sofrer alguma sanção pelas instituições.⁵⁷

A importância do elemento da reação social como definidor do desvio é indiscutível, eis que se nota também a presença de valores e regras nos grupos marginalizados, nos quais, muitas vezes, o crime é tomado como regra. Ou seja, o desvio é tido como parte dos axiomas daqueles indivíduos, enquanto o comportamento dentro das regras sociais dominantes é considerado como anômalo.

Assim compreende Molina⁵⁸:

“A conduta delitiva nas teorias da subcultura, não seria produto da “desorganização” ou da “ausência de valores”, senão reflexo e expressão de outros sistemas de normas e de valores distintos: os subculturais. Teria, portanto, um respaldo normativo. Assim, tanto a conduta normal, regular, adequada ao Direito, como a irregular, desviada, delitiva, seriam definidas em relação aos respectivos sistemas de normas e valores oficiais e subculturais” (MOLINA, 2008, p .318)

Desse modo, a resposta dada ao comportamento destoante das regras estabelecidas por e em determinado grupo social configura fator decisivo para se definir uma conduta como desvio. Seguindo o mesmo raciocínio, o delinquente é o indivíduo que age em contradição aos valores e normas vigentes, sendo tal transgressão constituída na figura do desvio.⁵⁹

Cabe aqui trazer à discussão os conceitos de desvio primário e secundário, segundo a visão de Lemert. Para o autor, o desvio primário pode ser definido como a origem do desvio, ou seja, os fatores sociais, culturais e psicológicos. Enquanto o desvio secundário diz respeito a um momento posterior, constituído na estigmatização oriunda da criminalização imposta

⁵⁷ BECKER, S. Howard. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. 1ª ed. Zahar. 2008, p. 21-22.

⁵⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95*. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). *Lei dos juizados especiais criminais*. 6ª ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 318.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

sobre o indivíduo, cujos efeitos são tão prejudiciais que levam o indivíduo a aceitar tal concepção, abraçando o caráter delinquente que lhe foi atribuído.⁶⁰

A estigmatização se constitui em processo de marcação ou atribuição de uma identidade, fruto de um juízo de valor efetuado pela sociedade, normalmente, de cunho pejorativo, criando uma imagem negativa daquele indivíduo perante seus pares⁶¹.

Diante do exposto, é inegável o papel dos mecanismos de criminalização, sendo divididos pela doutrina em criminalização primária e secundária, eis que ambos os processos são responsáveis pela criação da figura do crime e do criminoso, gerando o terreno fértil para a aplicação seletiva do Direito Penal, e, conseqüentemente, para manutenção do controle social, necessário à estratificação da sociedade e das relações de poder.

4.3 Criminalização primária

A criminalização primária é o ponto de partida para o processo de criminalização, podendo ser definida como o momento em que o Estado e suas instituições, especificamente, o Poder Legislativo, como detentor do poder de legiferante, seleciona determinadas condutas, que, segundo os valores e normas sociais, são reputadas como reprováveis, e, portanto, deverão ser reprimidas pelo Direito Penal. Assim, uma vez realizada a identificação dos comportamentos que serão combatidos, os legisladores irão criar dispositivos, inseridos nos diplomas penais, que correspondam a estas condutas, nos quais estão descritas tais condutas e as respectivas penas pelo seu cometimento.

Desse modo, segundo o professor Cleber Masson⁶², a criminalização primária pode ser entendida como:

“Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar de uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas. Trata-se de ato formal, fundamentalmente programático, pois, quando se estabelece que uma conduta deve ser punida, enuncia-se um programa, o qual deve ser cumprido pelos entes estatais (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário etc.)” (MASSON, 2019, p. 74)

⁶⁰ LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967, p. 40-41.

⁶¹ LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967, p. 42.

⁶² MASSON, Cleber. *Direito Penal – parte geral*. 13ª ed. Método. São Paulo. 2019. p. 74.

Ao enunciar o caráter programático da criminalização primária, o professor destaca um de seus aspectos mais relevantes, qual seja, este processo nada mais é do que uma das ferramentas empregadas pelo Estado, com a verdadeira finalidade de executar a agenda de interesses das classes dominantes, sendo o primeiro meio de repressão das classes oprimidas.

Essa lógica se torna ainda mais evidente ao se observar a inexistência da criminalização de determinadas condutas que mesmo prejudiciais, por serem tipicamente praticadas pelas elites dominantes, não são criminalizadas ou então até podem ser consideradas como delitos pela lei, mas cujas penas são consideravelmente mais brandas, recebendo um tratamento privilegiado pelo Direito Penal nesse sentido.

A título de comprovação por meio de comparação, cumpre destacar que o delito de sonegação fiscal⁶³, infração típica dos grupos com maior poder aquisitivo, e conseqüentemente, mais influentes, possuem penas mínimas e máximas, assim como a modalidade da pena restritiva de liberdade, qual seja, a de detenção, consideravelmente mais brandas, do que as sanções previstas para o crime de furto⁶⁴, senão vejamos:

“Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

“Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal;

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

⁶³ BRASIL. Lei n.º 4.729 de julho de 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm >. Acesso em: 21/05/2022

⁶⁴ BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 21/05/2022

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.”

Dessa forma, embora ambos os delitos possuam caráter patrimonial, o crime de sonegação fiscal, cujos efeitos atingem diretamente a coletividade, por retirar do Poder Público verbas destinadas diretamente à consecução de políticas públicas imprescindíveis ao bem-estar social, tais como investimentos em saúde e educação, o legislador optou por atribuir pena notadamente menor do que se comparado ao crime de furto, cuja gama de efeitos, em regra, não se estende além do indivíduo que foi vitimado. A contradição desse raciocínio é patente e não por acaso, bastando simples análise da predominância dos agentes comumente responsáveis pelas práticas de ambos os delitos para se confirmar isso.

Essa ideia foi bem resumida por Andrade⁶⁵:

“Quanto aos “conteúdos” do Direito Penal abstrato, esta lógica se revela no direcionamento predominante da criminalização primária para atingir as formas de desvio típicas das classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Enquanto é dada a máxima ênfase à criminalização das condutas contrárias às relações de produção (crimes contra o patrimônio individual) e políticas (crime contra o Estado) dominantes e elas dirigida mais intensamente à ameaça penal; a criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal e outros tantos não guarda a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial e política.” (ANDRADE, 1997, p. 279)

Dessa forma, a criminalização primária constitui os chamado os tipos penais, positivando as regras sociais impostas pelos grupos dominantes, com o intuito de reprimir de maneira desproporcional e desarrazoada as condutas praticadas majoritariamente pelas parcelas mais frágeis, enquanto despense tratamento mais benevolente para aquelas típicas das elites. Trata-se de processo fundamental para que a segunda etapa do processo de criminalização seja realizada, denominada como criminalização secundária, em atendimento à exigência criada pelo princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, XXIX, da CF/88⁶⁶.

4.3.1 O conceito de tipo penal

Antes de se analisar de se adentrar o conceito de criminalização secundária, se faz imprescindível compreender a definição de tipo penal como concebido pelo Direito Penal, por

⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 279..

⁶⁶ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

se tratar de figura fundamental para a ambos os processos de criminalização, sendo a materialização da criminalização primária, bem como possibilita a aplicação da criminalização secundária.

O tipo penal é uma figura criada para descrever determinada ação humana, seja omissiva ou comissiva, de forma abstrata, consubstancializando-a como criminosa (conduta típica, antijurídica e culpável), com intuito proibitivo, podendo ser divididos em seus aspectos objetivos e subjetivos.

Nesse sentido, explicam Zaffaroni e Pierangeli: "o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes" (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 387)⁶⁷.

Assim, o Estado, por meio das leis, em respeito ao princípio da legalidade (*nullum crime sin lege*), previsto no art. 1º do Código Penal de 1940⁶⁸, irá prescrever uma série de comportamentos realizados pelos indivíduos, os quais serão limitados e punidos pelo Direito Penal. O aludido princípio também foi consagrado no art. 5º, XXIX, da CF/88⁶⁹.

A estrutura do tipo penal pode ser definida em dois principais componentes: preceito primário, que representa a ação criminosa propriamente dita, no caso do exemplo mencionado anteriormente, "roubar alguém" e o preceito secundário, sendo este a resposta penal à ofensa, definidos assim por Salo de Carvalho⁷⁰:

"Assim, a estrutura da norma penal (tipo penal incriminador) é formada pela associação entre preceito primário, descritivo da conduta proibida – p. ex., "matar alguém" - e o preceito secundário, que estatui a punição – "pena: reclusão de 06 a 20 anos" (art. 121, Código Penal)"

Além disso, o tipo penal é constituído de elementos objetivos e subjetivos, cada qual relacionado a aspectos diferentes, sendo o primeiro correspondente aos componentes factuais

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Volume 1 - Parte geral. 9. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.

⁶⁸ "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

⁶⁹ "XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

⁷⁰ CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro. 2ª ed. Saraiva. São Paulo. 2015, p. 43.

do tipo, enquanto o segundo guarda relação com a consciência do agente ativo da conduta delitiva, como será melhor destrinchado adiante.

4.3.2 Elemento objetivo do tipo penal

O elemento objetivo do tipo penal se resume às características verificáveis no plano dos fatos, como o núcleo verbal da conduta delitiva, o agente da conduta, o nexa causal, resultado e respectivas penas, sem que sejam considerados os aspectos que envolvem o elemento volitivo do comportamento.

Esses podem ser ainda subdivididos em descritivos e normativos, sendo aqueles limitados aos aspectos puramente factíveis, cuja constatação é possível por mera análise material dos elementos objetivos da conduta. Já os últimos dependem de exercício cognitivo para que sejam compreendidos, isto é, de um juízo de valor.

Segundo Vargas⁷¹: “os elementos normativos requerem, para sua exata compreensão, uma atitude especial do intérprete, que pode ser de índole estimativa (perigo de vida), social (honestidade, probidade) ou jurídica (sem permissão legal, nos limites da lei etc.)” (VARGAS, 2012, p. 287)

4.3.3. Tipo penal subjetivo

No tocante aos elementos subjetivos do tipo penal, estes são relacionados à vontade do transgressor, tais como a culpa e o dolo⁷², possuindo relação direta com o *animus* do agente responsável pela conduta criminosa.

O dolo pode ser caracterizado como direto ou eventual, enquanto o primeiro se consubstancializa na intenção do indivíduo em atingir o resultado decorrente da realização do

⁷¹ VARGAS, José Cirilo. Os elementos negativos do tipo penal. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, 2012, p. 287.

⁷² Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

crime, o último não tem como finalidade a consequência direta do delito cometido, mas aceita o risco iminente e inerente da conduta perpetrada.

Entretanto, no caso da culpa, o ofensor comete o ato criminoso por meio de uma ação omissiva, isto é, não se atenta ao dever de cuidado que deveria ter. Vale ressaltar, que na hipótese de culpa consciente, há a assunção do risco resultante do comportamento, mas se espera que não ocorra. A propósito Bittencourt expõe⁷³: “a tipicidade do crime culposos decorre da realização de uma conduta não diligente causadora de uma lesão ou de um perigo concreto a um bem-jurídico penalmente protegido”.

4.4 Criminalização secundária

A criminalização secundária diz respeito a um momento posterior do processo de criminalização, materializada após a seleção pelo Poder Legislativo das condutas que serão consideradas como crime aos olhos da lei. Esta se ocupa da escolha sobre quem incidirá a aplicação dos dispositivos penais, ou seja, em quais indivíduos será empregado o poder punitivo do Estado, por meio das instituições responsáveis por sua aplicação, como as agências policiais, Ministério Público e tribunais, como lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar⁷⁴:

“(...)a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização”, correspondidos, como já mencionado, pela “investigação, prisão, judicialização, condenação e encarceramento”. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2015, p. 43)

Cabe destacar que esse exercício de aplicação seletiva da lei penal decorre da impossibilidade fática de se punir todas as condutas delitivas, assim resta aos agentes estatais optar por quais comportamentos serão efetivamente punidos. Porém, o que se observa é que essa escolha parece recair com certa frequência em determinados grupos, enquanto para outros o mesmo não ocorre, sendo essa incidência orientadas pelos estereótipos e estigmas de criminalidade estabelecidos pela sociedade.

⁷³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

⁷⁴ ZAFFARONI, E.U.; BATISTA, N; ALAGIA; A. SLOKAR, A. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

As estatísticas relacionadas ao sistema penal brasileiro contribuem para chegar a essa conclusão, constituindo a chamada cifra oculta ou negra, como denominada pela doutrina, a qual se deve em grande parte à criminalização secundária, mas que de forma alguma está limitada apenas a ela, tendo papel fundamental também em sua constituição a criminalização primária. A cifra oculta pode ser definida como a parcela de delitos que sequer são criminalizados pelo Poder Legislativo ou então que, apesar de estarem previsto no diploma penal, não são punidos pelo poder público.

Aqui se fazem imprescindíveis os ensinamentos de Andrade⁷⁵:

“Visível se torna, nesta perspectiva, como a criminalidade estatística não é, em absoluto, um retrato da criminalidade real, mas o resultado de um complexo processo de refração existindo entre ambas um profundo defasamento não apenas quantitativo, mas também aqui qualitativo. Pois, o “efeito-de-funil ou a “mortalidade de casos criminais” operada ao longo do corredor da delinquência, isto é, no interior do sistema penal, resulta da ampla margem de discricionaridade seletiva dos agentes de controle.” (ANDRADE, 1997, p. 263)

Partindo dessa lógica, se pode enunciar a seletividade e vulnerabilidade como principais características da criminalização secundária⁷⁶, eis que a incidência do braço punitivo do Estado se restringi majoritariamente a um grupo de indivíduos, selecionados exatamente por sua fragilidade, possibilitando a satisfação dos anseios sociais punitivos, criados pela narrativa da criminalidade descontrolada, bem como forma de perpetuação do controle social e *status quo*, como exposto por Foucault⁷⁷:

“(...)a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.” (FOUCAULT, 2008, p. 229)

Diante do exposto, a criminalização secundária exerce papel de inegável relevância para a seletividade penal observada nos sistemas penais, se apresentando, em conjunto da criminalização primária, como uma das engrenagens principais do mecanismo punitivo estatal, com a última finalidade de manutenção da estratificação social, por meio do controle social

⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 263.

⁷⁶ MASSON, Cleber. Direito Penal – parte geral. 13ª ed. Método. São Paulo. 2019, p. 74.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 229.

verticalizado, ou seja, direcionado das camadas mais altas da sociedade para a mais baixas, cujo grau de vulnerabilidade acentuado permite e influencia diretamente na medida que essa seletividade se manifesta.

5. OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA NOS TIPOS PENAIIS DA LEI N.º 11.343/06

5.1. A criminalização primária na Lei n.º 11.343/06

As controvérsias envolvendo a Lei n.º 11.343/06 estão diretamente relacionadas aos processos de criminalização primária e secundária de seus dispositivos, materializados em seus tipos penais. Logo, se faz imprescindível se debruçar sobre suas características e efeitos práticos para o sistema penal e sociedade brasileiros sob a perspectiva crítica para que se compreenda a questão de maneira aprofundada.

Como citado anteriormente, a Lei n.º 11.343/06 foi promulgada com o intuito de adequar a legislação pátria de drogas às políticas de drogas internacionais, com a acentuação da diferenciação entre usuário e traficante, bem como oferecendo tratamento mais benéfico do que em comparação às legislações anteriores.

Desse modo, a nova lei consolida a ideologia de diferenciação, especialmente, pela remoção das penas restritivas de liberdade para o consumidor. Contudo, a Lei n.º 11.343/06 foi editada pelo Legislativo de forma a ainda manter seu caráter repressivo e punitivo, seja de maneira mais aparente, como por exemplo, o citado aumento da pena mínima para o delito de tráfico, seja mais sutilmente, por meio da possibilidade de interpretação flexível e aplicação seletiva de seus tipos penais, o que será analisado a diante.

Um das grandes problemáticas encontradas na Lei n.º 11.343/06 diz respeito à repetição dos núcleos verbais entre seus dispositivos. A existência destes elementos objetivos de seus tipos penais de forma repetitiva em seus dispositivos abre caminho para ampla interpretação e arbitrariedade pelos agentes estatais responsáveis pela criminalização das condutas previstas na norma.

Essa repetição se torna possível pela aplicação da técnica legislativa denominada por Zaffaroni como multiplicação de verbos⁷⁸, caracterizada pela inserção de inúmeros núcleos verbais caracterizadores do delito em um único tipo penal. A primeira aparição dessa técnica nas legislações de drogas pátrias foi avistada no Decreto-lei n.º 20.930/32, mais especificamente em seu art. 25.

Assim, como se vê da redação do artigo 25 do Decreto-lei n.º 20.930/32⁷⁹, há a enunciação de inúmeras condutas que passam a caracterizar o delito:

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

Consubstanciando-se, assim, em marco fundamental para a compreensão da técnica legislativa que viria a impregnar suas sucessoras, ao estabelecer um padrão futuro que permitiria a subsunção do usuário como traficante e vice-versa, como verificado atualmente.

Não por acaso, os legisladores empregaram reiteradamente a multiplicação de verbos nos tipos penais das legislações de drogas, prática que se manteve até a lei atual sobre o tema. A presença desses inúmeros núcleos verbais cria um vasto espaço de interpretação e aplicação desses dispositivos, aumentando a capacidade repressiva da norma de forma expressiva.

Basta simples observação da redação dos *caputs* dos artigos 28 e 33 da Lei n.º 11.343/06 para se confirmar a repetição dos núcleos verbais entre os dispositivos, senão vejamos:

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

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:”

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “”. Publicado em: *Anuario No. 13-14 del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario*. Venezuela, Caracas, 1995, p. 6

⁷⁹ BRASIL. Decreto nº 20.390, de 11 de Janeiro de 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaoriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 14/05/2022.

Com efeito, há a repetição em ambos os dispositivos dos núcleos verbais: “*adquirir, guardar, transportar e trazer consigo*”, elementos objetivos de dois tipos penais distintos, mas que se confundem, o que possibilita ampla interpretação pelas agências policiais e magistrados, o que, por consequência, relega o juízo a respeito de qual seria a conduta efetivamente praticada aos elementos subjetivos caracterizadores dos delitos.

Apesar de o §2º do art. 28⁸⁰, prever em seu texto quais seriam os critérios para que a conduta fosse tipificada como crime de uso, o mesmo não ocorre no caso do art. 33, sendo, portanto, definido por um processo de exclusão da conduta de consumo. Nessa perspectiva, o que se observa é que o que irá caracterizar a imputação do crime de tráfico não será o dolo de comercialização da droga, mas sim, por não se encaixar na hipótese de uso, o que será definido por meio dos elementos subjetivos previstos no aludido parágrafo.

Da mesma maneira entendeu o professor Salo de Carvalho, conforme trecho da entrevista dada ao ConJur,⁸¹ em destaque:

“A estrutura da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) acaba gerando vácuos de legalidade, porque todas as cinco condutas do artigo 28, vulgarmente conhecido como artigo que incrimina o porte para consumo pessoal, também estão entre os 18 atos do artigo 33, que trata do tráfico. Então, a conduta objetiva de trazer consigo, por exemplo, não diz nada. Ela pode tanto ser enquadrada como artigo 28 ou como artigo 33. O que é que vai fazer essa diferenciação? É o elemento subjetivo do tipo — dolo. A questão é a seguinte: o artigo 28 diz que guardar, trazer consigo droga para uso pessoal, tem o elemento subjetivo especial do tipo, aqui, para uso especial, que antigamente se chamava de dolo específico. E isso determina uma imputação do artigo 28. Qual é o primeiro problema? É que o artigo 33 não tem nenhuma indicação de elemento subjetivo para fins de comércio. Então, o problema começa normativamente, antes de entrarmos na realidade dura em que vivemos. Isso significa que qualquer finalidade que não seja para consumo pessoal cairá na imputação do artigo 33.”

Em que pese o §2º do art. 28 elenque um elemento que, ao primeiro olhar se demonstraria evidentemente de caráter objetivo, qual seja, a verificação da quantidade de droga em posse do indivíduo quando da abordagem policial, mesmo este critério ainda não é capaz de traçar um parâmetro efetivo de diferenciação entre as condutas de consumo e tráfico, exatamente pela

⁸⁰ § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

⁸¹ RODAS, Sergio. Entrevista: Salo de Carvalho. CONJUR. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrrj#:~:text=Em%20entrevista%20%C3%A0%20ConJur%20concedida,penitenci%C3%A1rias%20administradas%20por%20entidades%20privadas.> > Acesso em: 14/05/2022

ausência de positivação explícita da quantidade considerada como patamar para que a conduta seja considerada como consumo ou tráfico.

A ausência da determinação de qual seria a quantidade para que se fosse configurado o crime de tráfico acabar por relegar a definição de qual conduta teria sido efetivamente cometida para os demais critérios elencados no §2º do art. 28, os quais são de caráter puramente subjetivo, abrindo espaço para uma interpretação caso a caso, o que atenta diretamente contra a segurança jurídica.

Na prática, mesmo que o dispositivo supracitado defina que a quantidade devirá servir como critério de diferenciação entre as condutas, o que se verifica é que pelo fato de a lei não definir especificamente qual seria a quantidade para que fosse configurado o crime tráfico, este acaba tendo um papel secundário, sendo utilizados com muito maior frequência os demais critérios para justificar a imputação do crime aos indivíduos comumente acusados de cometer o delito.

Esse é o entendimento compartilhado por Pedrinha⁸²:

“A lei silencia quanto à quantidade específica de droga para classificar o usuário e o traficante, ficando a seleção ao arbítrio dos representantes do Estado. Dessa forma, a condição social, a cor, a raça de certos indivíduos serão fatores determinantes na aptidão à captura seletiva da polícia e dos magistrados.”

Assim, a opção do legislador em não determinar especificamente qual a quantidade exata para que a conduta fosse considerada como consumo ou tráfico acabou por tornar esse critério ineficiente ou ao menos subsidiário em relação ao demais, que assumem papel determinante no juízo exercido pelas agências policiais e magistrados para a imputação do delito. E é exatamente a subjetividade envolvendo esses critérios que se torna possível a seletividade penal observada nos crimes envolvendo substâncias ilícitas.

⁸² PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica. Anais do Congresso Nacional de Pós-graduação em Direito. CONPEDI, Manaus. Disponível em: < www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/Salvador/roberta_dubocpedrinha.pdf >. Acesso em: 25/05/2022

Outro ponto que merece destaque no tocante à redação dos dispositivos da Lei n.º 11.343/06, diz respeito ao uso das normas penais em branco, técnica legislativa que foi amplamente reproduzida nos diplomas relacionados às drogas.

As normas penais em branco são caracterizadas por sua incompletude, ou seja, dependem de outra norma que preencha as suas lacunas, sendo constituída de tipos penais genéricos, cuja aplicação é condicionada à complementação.

Nessa linha, Bitterncourt⁸³ leciona:

“A maioria das normas penais incriminadoras, ou seja, aquelas que descrevem condutas típicas, compõe-se de normas completas, integrais, possuindo preceitos e 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.” (BITTENCOURT, 2013, p. 201)

Embora a constitucionalidade dessa técnica legislativa seja pacífica entre a doutrina e jurisprudência majoritárias, há certa apreensão nesse aspecto no tocante à possibilidade de serem complementadas não apenas por leis, mas também por atos infralegais, sendo neste caso denominados pela doutrina, tipos penais em branco estrito senso, como é o caso dos delitos da Lei n.º 11.343/06, cujos tipos penais só podem ser imputados se a conduta envolver alguma das substâncias previstas nas portarias editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, parte do Poder Executivo.

A delegação dessa definição de quais substâncias seriam consideradas como drogas para fins de enquadramento nos delitos da Lei de Drogas para um ato administrativo, poderia configurar lesão não apenas aos princípios da legalidade e da reserva legal, mas também ao da separação dos poderes, por ferir a titularidade exclusiva do Poder Legislativo em determinar quais as condutas constituem crimes, conforme enunciado por Zaffaroni e Batista⁸⁴: “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

⁸³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGLIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2015, p. 206.

complementação se dá através de outra lei de hierarquia idêntica ou superior)” (ZAFFARONI, BATISTA, 2015, p. 206)

Como justificativa declarada para a elaboração dos tipos penais em branco em estrito senso, é apresentada necessidade de se flexibilizar os dispositivos da Lei de Drogas para se adequar à engenhosidade e fluidez do delito de tráfico e dos agentes envolvidos, como o crescente surgimento de novas drogas. Portanto, caso a definição de quais as substâncias seriam consideradas ilícitas fosse limitada exclusivamente a seara do Direito Penal poderia haver um descompasso entre a norma e realidade social, como colocado por Luciana Boiteaux⁸⁵:

“(...)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” (BOITEAUX, 2006, p. 141)

Em que pese a razoabilidade dessa justificativa, o efeito prático do uso dessa técnica legislativa, é, novamente, a ampliação do escopo punitivo dos dispositivos da Lei n.º 11.343/06. O emprego de termos genéricos e abstratos nos tipos penais da Lei de Drogas, permite a interpretação flexível pela polícia e magistrados, bem como aumenta as possibilidades de incidência da norma, fatores que contribuem para a aplicação seletiva dos tipos penais da legislação. Nessa linha, Boiteux⁸⁶ conclui:

“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” (BOITEAUX, 2006, p. 222)

⁸⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. São Paulo, 2006, p. 141.

⁸⁶ Ibidem, p. 222.

Outra consequência da presença dos tipos penais em branco e abertos seria a criminalização de atos de caráter meramente preparatórios, como se vê do comando legal do art. 34. Veja-se:

“Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

O tipo penal supracitado criminaliza um número de significativo de condutas relacionadas aos equipamentos que possam ser destinados à fabricação ou outras ações relacionadas às substâncias ilícitas. Assim, o que se tem é um exercício interpretativo ostensivo pelo legislador ao criminalizar condutas que não atentam diretamente contra o bem jurídico que se busca tutelar pela lei., qual seja, a saúde coletiva.

A criminalização de atos meramente preparatórios, em regra, não pode ser efetuada, pois, conforme redação do art. 14, II, do Código Penal⁸⁷, só se pune como crime se iniciada a sua execução. Essa restrição é fundamentada no princípio da lesividade, o qual determina que as condutas que não lesionem ou que não apresentem um risco efetivo aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não deverão ser consideradas como crime. Nessa linha, Bittencourt explica⁸⁸:

“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 deve 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 penal.” (BITENCOURT, 2006, p.27-28).

Não apenas isso, mas o art. 34 também estipula pena pecuniária superior ao delito de tráfico, bem como, se verificada a hipótese de aplicação das causas de diminuição prevista no

⁸⁷ “II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

⁸⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27-28.

§4º do art. 33, a pena mínima da conduta de traficância poderá ser inferior, embora o comércio da substância ilícita em si seja delito nitidamente mais grave do que o previsto no art. 34, o que violaria o princípio da proporcionalidade, como bem destacado por Queiroz⁸⁹: “Releva notar, ainda, que, em virtude da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da lei, é perfeitamente possível que o crime de tráfico seja punido com penas privativas de liberdade inferiores aos ditos tipos acessórios e menos graves.” (QUEIROZ, 2016, p. 14-15)

Assim, o que se percebe, é que, a utilização dessa técnica legislativa, cuja finalidade aparente seria a adequação com maior celeridade da legislação de drogas à realidade, acaba por incrementar seu espaço de incidência de forma seletiva, especialmente em relação aos grupos marginalizados da sociedade, cuja vulnerabilidade histórica os torna mais suscetíveis de serem alvos da persecução penal.

Em conjunto do uso das normas penais em branco, se nota presença de tipos penais em aberto na Lei n.º 11.343/06, também caracterizados pela sua incompletude, dependendo da interpretação valorativa pelos magistrados para que ocorra a subsunção da conduta ao tipo penal, como esclarecido por Damásio de Jesus⁹⁰: “Não se confunde com a norma penal em branco. O tipo penal aberto "não apresenta a descrição típica completa e exige uma atividade valorativa do Juiz.”

Assim, a Lei n.º 11.343/06 se utiliza tanto da técnica legislativa de tipos penais em branco, como abertos, como é o caso dos artigos 28 e 33, cuja imprecisão de seus termos, bem como a necessidade de complementação, seja por meio da portaria da ANVISA, seja pela atividade valorativa do magistrado, possibilitam esse amplo espaço interpretativo pelos agentes estatais, que abre margem para a aplicação seletiva da legislação, como será analisado no processo de criminalização secundária dos tipos penais da legislação.

⁸⁹ QUEIROZ, Paulo, LOPES, Marcus. Comentários à Lei de Drogas. São Paulo, 2016, p. 14-15.

⁹⁰ BRASIL. Vocabulário Jurídico. Disponível em: <

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=TIPO%20PENAL%20ABERTO>
>. Acesso em: 25/05/2022

5.1.1. A discussão sobre constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/06

Após o exposto, importante destacar que a própria constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 em face do disposto no art. 5º, X, CF/88⁹¹, que trata sobre os princípios da intimidade e vida privada, vem sendo discutida no âmbito do RE n.º 635.659 -SP, no qual foi reconhecida a repercussão geral da questão, com a afetação ao tema n.º 506.

O foco do recurso se concentra no embate entre o bem jurídico tutelado no dispositivo, qual seja, a saúde pública, de fato sofreria lesão pela conduta, praticada por um único indivíduo, eis que os possíveis efeitos danosos não se estenderiam além de sua esfera privada. Dessa forma, a tipificação desse comportamento poderia configurar violação aos princípios constitucionais da vida privada e intimidade.

Também poderia adentrar na discussão, a possível lesão ao princípio da lesividade, pois, assim como no caso do art. 34, a conduta em si não ofende diretamente o bem jurídico que se busca tutelar, a saúde pública, eis que o dano causado se limita apenas ao consumidor, sem nenhuma reverberação para a saúde de outrem.

Dos 3 (três) votos já proferidos pelos ministros podemos destacar alguns argumentos que reforçam a inconstitucionalidade do artigo e que dão suporte à tese deste trabalho. O primeiro ponto levantado pelo ministro relator Gilmar Mendes, já mencionado anteriormente, seria a possível violação ao art. 5º, X, da CF/88, por se tratar de conduta de caráter exclusivamente privado, não justificando, portanto, a interferência do Direito Penal, eis que a lesividade da conduta não atingiria outros indivíduos que não o consumidor, o que também incorreria em ofensa aos princípios da lesividade e proporcionalidade, como se infere do trecho em destaque⁹²:

“Por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. [...] Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à

⁹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20/05/2022

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. Drogas: a íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes. JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/drogas-a-integra-do-voto-do-ministro-gilmar-mendes-20082015> >. Acesso em : 25/05/2022.

saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema. Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional. Não basta, assim, que a saúde seja, em abstrato, um bem social fundamental para que mereça proteção penal. [...] Incluem-se, assim, no bem jurídico “saúde”, por exemplo, desde as mais relevantes até as mais insignificantes manifestações quantitativas. A simples alusão a gêneros tão amplos, pouco serve, dessa forma, à delimitação daquilo passível de proteção por medidas de natureza penal.”

Assim, o ministro entende que a criminalização da conduta não contribui para os objetivos da lei, bem como não se justifica por não apresentar um verdadeiro risco à saúde pública, como bem jurídico que se busca tutelar pela tipificação. A definição do consumo de droga como crime, na verdade, ainda que não implique na aplicação de penas restritivas de liberdade, ainda mantém a rotulação do usuário como criminoso, o que atenta para qualquer possibilidade de reinserção social e macula a ideologia de diferenciação que se buscou efetivar por meio da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido, o voto do ministro Luís Roberto Barroso⁹³ coaduna com a tese de inconstitucionalidade do artigo e aponta algumas das problemáticas envolvendo o processo de criminalização primária do dispositivo, como colacionado a seguir:

“Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam [...], é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”. Terceira razão: a criminalização afeta a proteção da saúde pública. O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Como assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”. Portanto, ao contrário do que muitos creem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública.”

Por fim, o voto do ministro Edson Fachin também elege algumas questões de extrema relevância, ao concordar com a tese de inconstitucionalidade do art. 28, eis que a criminalização

⁹³ RECONDO, Felipe. Leia o voto do ministro Barroso no julgamento das drogas. JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015> >. Acesso em: 25/05/2022

do comportamento em análise configuraria ofensa ao princípio da lesividade, proporcionalidade e privacidade, em razão de a conduta de consumo de drogas se constituir em autolesão, sem reverberações diretas aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, logo, não devendo ser tipificada por este. A respeito⁹⁴:

“No caso do atual art. 28 da Lei de Drogas, pode-se dizer que há ao menos duas rotas de tensão e tendencial colisão, a partir das quais se constata que a opção histórica pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa atitude político-criminal: a) Confrontam-se a técnica de incriminação por meio dos "crimes de perigo abstrato" e o princípio da ofensividade; b) Confrontam-se uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada. A definição tradicional da incriminação do porte e posse de drogas ilícitas como crimes de perigo abstrato, sob "perigo à saúde pública" pela natureza nociva das substâncias apontadas como tais por ato administrativo do Ministério da Saúde, é uma opção político-criminal. Essa opção, pois, do Executivo é a de preencher a norma penal em branco. Cumpre iluminar esse fato: a lei, em momento algum, elenca drogas ilícitas; quem o faz é a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, mediante lista de substâncias ilícitas a constituir o objeto material do tipo penal do art. 28. Diante de princípios basilares desde a reforma penal iluminista, como aquele da ofensividade, segundo o qual não se pune a autolesão, serve a pena estatal, sim, à proteção quanto à lesão de direitos de terceiros. A razão do tratamento diferenciado a substâncias como álcool e tabaco, por exemplo, é opção político-criminal também.”

Da parte do voto em destaque se pode concluir que o Poder Legislativo ao manter a criminalização do uso de drogas, o fez por mera opção política-criminal, determinando que tal conduta, por mais que não ofereça risco para direitos de outros indivíduos que não o usuário, fosse considerada como crime, o que atenta diretamente contra os princípios basilares do Direito Penal e da própria Constituição, como os elencados acima.

Outro ponto que se ressalta, seria necessidade de se definir critérios objetivos de diferenciação entre as condutas de uso e tráfico, uma das problemáticas centrais envolvendo os processos de criminalização da Lei n.º 11.343/06, abordada no trabalho em comento. Seguindo essa linha, os ministros determinam que sejam estabelecidos parâmetros de caráter objetivo, buscando reduzir a subjetividade que rodeia a imputação dos tipos penais da lei, como forma de suprir as lacunas criadas pela inércia legislativa.

Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes⁹⁵ resumiu o tema de forma brilhante:

⁹⁴ RECONDO, Felipe. Leia a íntegra do voto do ministro Fachin sobre descriminalização das drogas. JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/leia-a-integra-do-voto-do-ministro-fachin-sobre-descriminalizacao-das-drogas-10092015> >. Acesso em: 25/05/2022

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Drogas: a íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes. JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/drogas-a-integra-do-voto-do-ministro-gilmar-mendes-20082015> >. Acesso em : 25/05/2022.

“Conforme há pouco relatamos, há sérios indicativos de que esse contexto pode conduzir à inadmissível seletividade do sistema penal. A interpretação dos fatos, com elevada carga de subjetividade, pode levar ao tratamento mais rigoroso de pessoas em situação de vulnerabilidade – notadamente os viciados.

À falta de critérios objetivos, a avaliação judicial rigorosa das circunstâncias da prisão afigura-se imperativa para que se dê o correto enquadramento aos fatos. A prática mostra, no entanto, fragilidade na pronta avaliação de casos relativos a drogas.

A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal.

Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa.

À acusação não seria necessário demonstrar qualquer finalidade para enquadramento no tráfico pela singela razão de que o tipo penal não enuncia finalidade. Em verdade, a legislação usou a forma mais simples de construir as figuras, do ponto de vista linguístico, mas não a que permite sua mais direta interpretação.”

Como muito bem colocado, a inexistência de um critério objetivo de separação entre as condutas cria um vasto espaço de interpretação, que permitirá não apenas a criminalização indevida do usuário como traficante, mas a viabiliza a seletividade penal da legislação.

Além disso, levanta a discussão de questão de extrema relevância, a transmissão do ônus da prova para o acusado, isto é, pela redação dos dispositivos, deverá comprovar que a droga que trazia consigo se destinava exclusivamente ao consumo pessoal, em completa inversão do princípio da presunção da inocência, consagrado no art. 5º da LVII⁹⁶, da CF/88, o que é, absolutamente reprovável na seara do Direito Penal, tratando-se de verdadeira subversão do sistema acusatório vigente.

Embora o presente recurso ainda esteja pendente de julgamento, os votos já proferidos pelos ministros abordaram temas de inegável relevância com relação a Lei n.º 11.343/06, desvelando questões de importância ímpar para a política de drogas, ao adentrarem em pontos críticos envolvendo a legislação.

5.2 A criminalização secundária dos tipos penais da Lei n.º 11.343/06

Uma vez delineados os pontos controvertidos do processo de criminalização primária da Lei de Drogas, passa a ser possível o deslocamento da discussão para a análise dos contornos

⁹⁶ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

do processo de criminalização secundária na aludida lei, porquanto ambos guardam relação intrínseca entre si. A conformação da criminalização secundária é absolutamente dependente do desenho legislativo produzido pela criminalização primária, ou seja, a forma e sobre quem incidem os tipos penais está atrelada ao arcabouço legal proporcionado pelo formato desenvolvido dos tipos penais.

Conforme exposto, o processo de criminalização primária dos tipos penais da Lei n.º 11.343/06 é marcado por um nível elevado de abstração, constituído pelo emprego de técnica legislativas como os tipos penais em branco e abertos, multiplicação e repetição de verbos, em conjunto da ausência de critérios objetivos de diferenciação entre as condutas de consumo e tráfico. Dessa forma, essa separação é realizada por meio de elementos subjetivos, que viabilizam uma interpretação flexível dos tipos, cujo resultado é imputação seletiva dos delitos previstos na lei.

É exatamente nesse momento em que se visualiza a materialização do processo de criminalização secundária, o qual incide de maneira parcial sobre os grupos sociais historicamente mais vulneráveis e marginalizados, acentuando tais características ou ao menos mantendo-as. Trata-se de verdadeiro mecanismo de efetivação do controle social das classes dominantes, as quais subjugam as dominadas sob o braço punitivo da lei.

Nesse sentido, basta simples análise das estatísticas relacionadas aos delitos para se confirmar a seletividade penal presente na aplicação dos dispositivos da Lei n.º 11.343/06. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do ano de 2014⁹⁷, 67% da população carcerária era composta por pessoas autodeclaradas como negras, as quais correspondem a 51% do total da população brasileira. De se ressaltar que mesmo nas regiões do país em que a população não é majoritariamente negra, como no caso do Sul e Sudeste, as pessoas negras ainda correspondiam a um elevado percentual da população carcerária, 33% e 72%, respectivamente.

Outra estatística que impende destacar é em relação a escolaridade dos encarcerados, dos quais apenas 1% possuía ensino superior completo, 1% possuía ensino superior incompleto, 7%

⁹⁷DEPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/05/2022.

com ensino médio completo, 11% com ensino médio incompleto, 12% possuíam ensino fundamental completo, sendo a imensa maioria (53%) composta por pessoas que sequer completaram o ensino fundamental. Não apenas isso, mas a parcela de analfabetos e alfabetizados sem cursos regulares somam expressivos 15% da população do sistema prisional.

Além disso, dentro do sistema penitenciário, 27% dos encarcerados respondiam pelo crime de tráfico, cifra superior ao de todos os outros crimes. Ou seja, a maior parte dos presos se encontram em tal situação por terem praticado o delito do art. 33 ou algum crime associado, como associação para o tráfico ou tráfico internacional de drogas. A partir desses números pode se constatar que os crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 são os que mais prendem no Brasil, possuindo, portanto, grande influência no desenho do sistema penitenciário brasileiro.

Outra pesquisa, cujos dados são essenciais para compreender as problemáticas envolvendo processo de criminalização secundária da Lei de Drogas, coordenada por Luciana Boiteux, foi intitulada: “Tráfico de drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas”, o qual apresentou dados estatísticos relacionados ao julgamento de delitos previsto na Lei n.º 11.343/06 nas varas federais e cíveis das cidades de Brasília e Rio de Janeiro.

Segundo os dados coletados no trabalho, no caso de Brasília, vê-se que em mais da metade (68,7%) dos processos criminais a quantidade de maconha apreendida foi inferior ou igual a 100g. Já para a capital carioca essas apreensões correspondem a 50% dos casos. Assim, em ambas as cidades se pode verificar que a criminalização por tráfico ocorre em sua grande maioria em situações com quantidade não tão considerável.⁹⁸

Além, disso em relação às penas cominadas, se verifica que em ambas as localidades mais da metade foram acima do mínimo legal. Nessa linha, importante citar que para o caso do Rio de Janeiro 66,4% dos condenados eram réus primários. Logo, na capital carioca, muito embora majoritariamente não fossem reincidentes ou não apresentassem maus antecedentes, a grande maioria dos indivíduos foi sentenciada em penas não inferiores a 5 (cinco) anos.⁹⁹

⁹⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et al. Tráfico de drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Brasília, 2009, p. 12-13.

⁹⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et al. Tráfico de drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Brasília, 2009, p. 15-16.

Nesse ponto, se pode concluir que os julgadores desprestigiaram a aplicação da causa de redução prevista no parágrafo 4º, como foi o caso dos processos das varas cíveis de ambas as cidades. Para o Rio de Janeiro em 55,7% dos casos não houve a diminuição da pena pela hipótese prevista no aludido dispositivo, já em Brasília, esse número foi de 46,7%.

Em relação aos motivos que levaram os magistrados pela não aplicação da causa de redução, se observa que na maior parte dos casos a opção foi injustificada (39,7% em Brasília e 36,2% no Rio de Janeiro). Na mesma linha, outro número que se destaca na capital carioca diz respeito ao percentual de justificativa para não incidência do parágrafo 4º do art. 33, foi o relacionada à mera suspeita de integrar organização criminosa ou dedicação à atividade criminosa, o qual correspondeu a 31,9% dos processos.¹⁰⁰

Diante do cenário desenhado pelos dados estatísticos citados anteriormente, os quais delinearam os traçados característicos dos delitos da Lei n.º 11.343/06 dentro do sistema penitenciário e do Poder Judiciário em duas das cidades mais importantes do país, se pode averiguar nitidamente como se opera o processo de criminalização secundária na Lei de Drogas.

Se os crimes de tráfico envolvem, geralmente, casos com quantidades não elevadas de drogas, com réus primários ou sem maus antecedentes, cujas penas cominadas tiveram a tendência de serem superiores ao mínimo previsto em lei para os delitos, assim como em sua grande maioria não houve entendimento para que fosse configurada a hipótese de aplicação das causas de redução de pena, sem justificativa alguma ou então apoiado pela mera assumpção de que estariam envolvidos com outras atividades ou organizações criminosas, bem como correspondem ao maior percentual de delitos dentro do sistema penitenciário, cuja população é predominantemente negra e com baixo nível de escolaridade, fica evidente o caráter altamente seletivo do processo de criminalização secundária da Lei n.º 11.343/06.

Os números relacionados à Lei de Drogas e o sistema penitenciário apontam para uma forte tendência de criminalização dos grupos sociais mais vulneráveis, selecionados como os alvos mais prováveis das instituições responsáveis pela aplicação do Direito Penal, como concluiu a professora Luciana Boiteux¹⁰¹:

¹⁰⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et al. Tráfico de drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Brasília, 2009, p. 16-17.

¹⁰¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população

“Nota-se no Brasil, de forma clara, a seletividade da atuação do sistema penal. Embora haja diversos graus de importância na hierarquia do tráfico de drogas, a atuação das autoridades parece estar direcionada às camadas mais desfavorecidas da sociedade, que possuem alta representatividade nas prisões brasileiras.” (SHECAIRA, 2014, p. 91-92)

Embora seja de conhecimento comum que os delitos envolvendo o tráfico de drogas não são cometidos exclusivamente pelas classes mais pobres, inclusive, os grandes traficantes responsáveis pelo comércio internacional não compõem as parcelas mais vulneráveis e nem se encontram nas favelas e ruas, o sistema penal insiste em incidir com maior preponderância exatamente sobre esses indivíduos, mantendo-os à margem da sociedade.

Além da criminalização em si, outra consequência prejudicial propiciada pela criminalização secundária, diz respeito ao processo de rotulação que é infligido sobre esses indivíduos. Segundo a teoria do etiquetamento, uma vez que determinada pessoa é acusada de um crime ou condenada por este, a sociedade o atribui a rotulação como criminoso, ou seja, àquele indivíduo passa a ser identificado como transgressor, em um processo externo construído socialmente. A respeito¹⁰²:

“É a atuação da magistratura que, ao aplicar aquelas definições legais aos casos concretos, dará o *status* de criminoso àqueles indivíduos que forem condenados, distinguindo-os dos indivíduos respeitadores da lei e contribuindo, assim, de forma decisiva, para sua estigmatização, para a construção e propagação de uma imagem de criminoso, formada fundamentalmente a partir do perfil daqueles indivíduos condenados, notadamente à pena privativa de liberdade.” (KARAM, 1991, p. 108)

Dessa forma, basta que apenas uma vez determinado indivíduo seja selecionado como alvo do sistema penal para que seja identificado como criminoso por seus pares e agentes estatais, para que torne difícil ou quase impossível se desvencilhar desse rótulo. Como consequência disso, se tem um processo de internalização dessa etiqueta, isto é, o próprio indivíduo assume a identidade criminosa, passando a criar uma verdadeira carreira criminosa¹⁰³:

“A consequência final de todo o processo de estigmatização de determinadas pessoas é a criação de verdadeiras carreiras criminosas, eis que os estigmatizados introjetam a imagem que lhes é imposta, assumindo, assim, o papel de infratores da lei penal, o que, por sua vez, gera total aversão da opinião pública em relação a eles, por se

penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA Salomão Shecaira. Drogas: uma nova perspectiva São Paulo. IBCCRIM. 2014. p. 91-92.

¹⁰² KARAM, Lúcia Maria. De crimes, penas e fantasias. Niterói. Luam. 1991, p. 99.

¹⁰³ GUIMARÃES, Gabriel Alberto Cláudio. Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro. Revan. 2010, p. 201.

amoldarem ao estereótipo de delinquente criado pelos meios de comunicação em massa.” (GUIMARÃES, 2010, p. 201)

A criminalização secundária acaba por ceifar qualquer perspectiva de ressocialização ou de absolvição. Uma vez rotulado como criminoso, o tratamento que é dispensado a esses indivíduos pela sociedade não o permite escapar desse estereótipo, o que faz com que em sua própria visão não exista outra opção senão assumir o papel que lhe foi atribuído, passando a transgredir reiteradamente.

Sobre esse processo de internalização da identidade criminosa, aplica-se aqui a teoria sociológica cunhada por Robert Merton, denominada *self fulfilling prophecy*, definida como a teoria que se autorrealiza. Em outras palavras, uma vez constituída a tese, ainda que falsa, essa se tornará verdadeira por sua própria criação, ou seja, o mesmo impulso que a sintetizou, também será responsável por torná-la real. Nas palavras de seu precursor¹⁰⁴:

“A self-fulfilling prophecy é, no início, uma falsa definição da situação que evoca um novo comportamento que torna a concepção originalmente falsa verdadeira. A validade especial da self-fulfilling prophecy perpetua a duração do erro. Para o profeta, citar o curso atual dos eventos, prova que ele está certo desde o início [...] essa é a perversidade da lógica social” (MERTON apud VERAS, 2006, p. 101).

Desse modo, a forma como a criminalização secundária é instituída pelas instâncias formais de controle, tais como pelas agências policiais, Ministério Público e juízes, recaindo de forma reiterada sobre os grupos mais desprivilegiados da sociedade, não apenas constitui uma evidente seletividade penalizante, mas como também acaba por perpetuar a rotulação como criminoso, seja em sua esfera externa, pela própria sociedade, seja internamente, com a internalização da identidade criminosa pelo transgressor, o qual passa a delinquir novamente.

Assim, criminalização secundária possui papel fundamental para a efetivação dos mecanismos de controle social pelas classes dominantes, com a marginalização constante dos mais vulneráveis, pela aplicação seletiva dos tipos penais da Lei n.º 11.343/06, a qual seleciona de forma parcial esses indivíduos, submetendo-os a um processo de encarceramento em massa, que satura o sistema penitenciário e inflaciona os inúmeros problemas sociais da realidade brasileira, com a manutenção da desigualdade social.

¹⁰⁴ VERAS, Ryanna Pala. Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal. PUC-SP. 2006, p. 101.

6. CONCLUSÃO

A presente investigação teve como objetivo realizar uma análise crítica dos processos de criminalização primária e secundária da Lei n.º 11.343/06, buscando desvelar os aspectos e problemáticas que envolvem a norma.

Por meio da contextualização histórica se foi possível compreender como se deu o desenho legislativo da Lei de Drogas, o qual, embora tenha apresentado inúmeras evoluções no tocante à adequação ao discurso predominante na política de drogas moderna, ainda manteve inúmeros aspectos problemáticos.

Como foi demonstrado, a Lei n.º 11.343/06 acentuou a diferenciação entre o traficante e usuário, prevendo um tratamento mais benéfico a este ao extinguir a aplicação das penas restritivas de liberdade para o consumidor, o que levou à despenalização da conduta.

Em compensação, incrementou o caráter punitivo do tratamento penal dispensado ao tráfico e demais delitos associados, com o aumento da pena mínima cominada do art. 33, por exemplo, reforçando o modelo proibicionista e repressivo, historicamente predominante nas legislações brasileiras relacionadas às drogas.

Além disso, manteve o uso de técnicas legislativas que possivelmente constituiriam violação aos princípios constitucionais e penais, como o emprego de tipos penais em branco e abertos, bem como a criminalização de atos meramente preparatórios e a multiplicação, em conjunto da repetição de verbos, os quais, atentariam contra os princípios da legalidade, reserva legal, lesividade, dentre outros.

Não apenas isso, mas essas técnicas legislativas também contribuem para a possibilidade de interpretação flexível e arbitrária, assim como ampliaram o espaço de incidência dos tipos penais da Lei de Drogas, possibilitada pela ausência de critérios objetivos de diferenciação entre as condutas de tráfico e consumo, distinção que ficou a cargo dos elementos subjetivos dos tipos.

A inexistência desses parâmetros de diferenciação constitui um dos pontos centrais do trabalho, eis que a partir deles é que se torna possível a seletividade penal observada na

aplicação da aludida legislação, efetivada pelos agentes penais, responsável pela imensa criminalização dos grupos sociais mais vulneráveis.

Há uma nítida preferência pela imputação dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 sobre os indivíduos historicamente marginalizados, como observado no processo de criminalização secundária dos delitos da norma, cujo efeito é a criação de uma grande massa da população carcerária, predominantemente negra e pobre, a qual uma vez inserida no sistema penal, fica sujeita à rotulação como criminosa pela sociedade, o que dificulta a finalidade de ressocialização da pena, especialmente, quando verificado o processo de internalização dessa identidade delincente.

Assim, se observou como os processos de criminalização primária e secundária da norma em comento se constituem em mecanismos fundamentais para a aplicação parcial dos tipos penais da Lei n.º 11.343/06, culminando em um encarceramento em massa das classes dominadas. Portanto, a Lei de Drogas representa uma das mais importantes ferramentas para o controle social e manutenção da estratificação social, viabilizada pela persecução penal direcionada às classes dominadas.

Desse modo, a Lei n.º 11.343/06, conquanto tenha surgido com a finalidade declarada de instituir uma política de drogas mais humana, preocupada com a consolidação da diferenciação entre o usuário e traficante, na prática, não foi capaz de estabelecer critérios que permitissem essa separação, obtendo sucesso apenas em acentuar o caráter repressivo da legislação de drogas, se consagrando como mais um agente de fomento à guerra as drogas e aos pobres, sendo estes os verdadeiros objetivos alcançados após sua promulgação, sem que qualquer dos problemas que se tenha proposto resolver tenham sido efetivamente solucionados.

Diversas são as soluções apresentadas para solução dos problemas criados ou incrementados pela Lei n.º 11.343/06. Como sugerido pelos ministros do STF no âmbito do RE 635.659 -SP, o estabelecimento de parâmetros objetivos de diferenciação entre traficante e usuário, com a definição da quantidade para a determinação se a conduta fosse configurada como tráfico ou consumo, o que engessaria a capacidade interpretativa das instituições penais, agregando maior segurança jurídica, mitigando os efeitos prejudiciais que a legislação gerou para a sociedade brasileira

Outros especialistas entendem que um melhor caminho seria a descriminalização, que se encontra em discussão no RE n.º 635.659 -SP no tocante apenas à conduta de uso, ou então a legalização das drogas, como forma de enfraquecer o poder econômico e político dos traficantes, assim como combater o exacerbado e seletivo caráter punitivo da lei, reduzindo os efeitos prejudiciais da Lei n.º 11.343/06 para o sistema penal.

Há ainda a possibilidade de promulgação de nova legislação mais precisa pelo Poder Legislativo, oferecendo mecanismos efetivos de diferenciação, bem como um tratamento mais proporcional para os delitos tipificados, com penas menos rigorosas e mais adequadas à realidade brasileira.

Fato é que a Lei n.º 11.343/06, pela forma como são realizados os processos de criminalização e secundária de seus dispositivos, não foi capaz de resolver os problemas envolvendo a política de drogas brasileira, mas, na realidade, os manteve ou acentuou, como pontuado por diversos juristas e doutrinadores, inclusive, por membros da suprema corte, o que aponta para a necessidade de uma reformulação da norma, seja por meio da jurisprudência, seja pela saída da inércia pelo Poder Legislativo.

7. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Discursos Sediosos, nº 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BECKER, S. Howard. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. 1ª ed. Zahar. 2008

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20/05/2022

BRASIL. Código Penal de 1890. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 14/05/2022.

BRASIL. Ordenações Filipinas, Título LXXXIX. Disponível em: < <https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-05-89.pdf> >. Acesso em: 14/05/2022.

BRASIL. Decreto nº 20.390, de 11 de janeiro de 1932. **Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Ópio da Liga das Nações, e estabelece penas**. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html> >. Acesso em: 14/05/2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 20/05/2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm >. Acesso em: 20/05/2022.

BRASIL. Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964. **Altera a redação do artigo 281 do Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14451.htm >. Acesso em: 14/05/2022.

BRASIL. Lei n.º 4.729 de julho de 1965. **Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm >. Acesso em: 21/05/2022

BRASIL. Decreto-lei n.º 385 de 26 de dezembro de 1968. **Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal.** Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-385-26-dezembro-1968-378122-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 17/05/2022.

BRASIL. Lei n.º 5.726 de 29 de outubro 1971. **Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências.** Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 17/05/2022.

BRASIL, Lei n.º 6.368/76, 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm >. Acesso em: 17/05/2022.

BRASIL. Lei n.º 9.873 de 23 de novembro de 1999. **Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm >. Acesso em: 20/05/2022

BRASIL, Lei n.º 10.409/02, 11 de janeiro de 2002, **Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm >. Acesso em: 17/05/2022.

BRASIL, Lei n.º 11.343/06, 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm >. Acesso em 17/05/2022.

BRASIL. **Volume 29 da Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula338.pdf >. Acesso em: 20/05/2022.

BRASIL. **Vocabulário Jurídico.** Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=TIPO%20PENAL%20ABERTO> >. Acesso em: 25/05/2022

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** 2ª edição. 2015. p. 45.

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.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/05/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

G1. **Ex-morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/ex-morador-de-rua-presos-em-protesto-de-2013-e-condenado-a-11-anos-de-prisao-por-trafico.ghtml> >. Acesso em: 20/05/2022.

GUIMARÃES, Gabriel Alberto Cláudio. **Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro. Revan. 2010

GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha, **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?** Migalhas, 19 de janeiro de 2007, Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa> > Acessado em: 20 de maio de 2022.

KARAM, Lúcia Maria. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói. Luam. 1991.

LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967.

MALAGUTI, Batista Vera. **Difíceis ganhos fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed. 2003.

MARCÃO, Renato. **Novas considerações sobre o momento do interrogatório na Lei nº 10.409/2002**. 2002. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2876/novas-consideracoes-sobre-o-momento-do-interrogatorio-na-lei-n-10-409-2002> >. Acesso em: 17/05/2022.

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. São Paulo. 1ªed. Editora Método. 2019

MENDES, Gilmar Ferreira. **Drogas: a íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes.** JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/drogas-a-integra-do-voto-do-ministro-gilmar-mendes-20082015> >. Acesso em : 25/05/2022.

MOLINA. Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95.** In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Lei dos juizados especiais criminais. 6ª ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica.** Anais do Congresso Nacional de Pós-graduação em Direito. CONPEDI, Manaus. Disponível em: < www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/Salvador/roberta_dubocpedrinha.pdf >. Acesso em: 25/05/2022

QUEIROZ, Paulo, LOPES, Marcus. **Comentários à Lei de Drogas.** São Paulo, 2016.

RECONDO, Felipe. **Leia o voto do ministro Barroso no julgamento das drogas.** JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015> >. Acesso em: 25/05/2022

RECONDO, Felipe. **Leia a íntegra do voto do ministro Fachin sobre descriminalização das drogas.** JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/leia-a-integra-do-voto-do-ministro-fachin-sobre-descriminalizacao-das-drogas-10092015> >. Acesso em: 25/05/2022

RODAS, Sergio. **Entrevista: Salo de Carvalho.** CONJUR. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrrj#:~:text=Em%20entrevista%20C3%A0%20ConJur%20concedida,penitenci%C3%A1rias%20administradas%20por%20entidades%20privadas.> > Acesso em: 14/05/2022

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, Luciana Boiteux de Figueiredo et al. **Tráfico de drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas.** Brasília, 2009.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas.** In: SHECAIRA Salomão Shecaira. Drogas: uma nova perspectiva São Paulo. IBCCRIM. 2014.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. **Do contrato social.** 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987. (Os pensadores).

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STF. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ,** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007 Disponível

em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> >.
Acesso em: 20/05/2022.

VARGAS, José Cirilo. **Os elementos negativos do tipo penal**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 287/304, jul./dez.2012.

VERAS, Ryanna Pala. **Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal**. PUC-SP. 2006

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono); Lei das XII Tábuas / (Série Clássicos)**. São Paulo: Edipro, 3.ed., 2011.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de drogas e sistema penal: Entre o proibicionismo e a redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Publicado em: Anuario No. 13-14 del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario*. Venezuela, Caracas, 1995.

ZAFFARONI, E.U.; BATISTA, N; ALAGIA; A. SLOKAR, A. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**.9. Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011