

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

MARIAH OLIVEIRA MACHADO FONSECA

**O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA TIPIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS  
À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA  
ARGUMENTATIVA DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006**

RIO DE JANEIRO  
2022

MARIAH OLIVEIRA MACHADO FONSECA

**O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA TIPIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS  
À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA  
ARGUMENTATIVA DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito para obtenção do título de  
bacharel em Direito pela Faculdade Nacional  
de Direito – FND da Universidade Federal do  
Rio de Janeiro – UFRJ.

Orientadora Prof<sup>a</sup>. Dra. Luciana Boiteux.

RIO DE JANEIRO  
2022

## CIP - Catalogação na Publicação

F676b Fonseca, Mariah Oliveira Machado  
O bem jurídico tutelado pela tipificação do tráfico de drogas à luz do princípio da proporcionalidade: uma análise crítica argumentativa do artigo 33 da Lei 11.346/06 / Mariah Oliveira Machado Fonseca. -- Rio de Janeiro, 2022.  
47 f.

Orientadora: Luciana Boiteux.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Tráfico de drogas. 2. Bem jurídico tutelado. 3. Proporcionalidade. 4. Pena. 5. Lei 11.343/06. I. Boiteux, Luciana, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

MARIAH OLIVEIRA MACHADO FONSECA

**O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA TIPIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS  
À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA  
ARGUMENTATIVA DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Aprovado em: 22 de dezembro de 2022.

### **Banca Examinadora**

Luciana Boiteux

---

Orientadora

Laize Gabriela Benevides

---

Membro da banca

Thais Pinhata de Souza

---

Membro da banca

## RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma análise crítica argumentativa acerca da pena cominada ao ilícito de tráfico de drogas na legislação penal extravagante. Trazendo à tona a questão da proporcionalidade da pena cominada à aquele ilícito em relação aos demais tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais possuem o mesmo bem jurídico tutelado: a saúde pública. Detém-se, nesse sentido, a demonstrar a partir da mais consolidada doutrina e significativa jurisprudência, como a teoria da imputação objetiva se correlaciona com a aplicação de dois pesos para a mesma medida, fazendo uso para tanto de um estudo detido sobre os elementos que compõe o referido tipo penal, os institutos jurídicos envolvidos e a vontade do legislador no momento da edição da Lei 11.343/06. Para que, assim, seja possível compreender a real importância dada à saúde pública como bem jurídico tutelado, evidenciando o papel da reprovabilidade social aos tóxicos como fator determinante, de fato, para a criminalização contida no art. 33 da Lei de Drogas e sua sanção desarrazoada, afastando através de uma linha argumentativa a essencialidade da saúde pública como elemento fundamental da tipificação. Sendo certo que, para a construção do presente, a metodologia a ser adotada será exclusivamente o levantamento bibliográfico, em que serão utilizadas as mais diversas fontes do direito, como a legislação propriamente dita, a doutrina, além da utilização de artigos científicos, trabalhos de conclusão de graduação e exemplares de notório conhecimento acadêmico.

**Palavras-chave:** Lei de Drogas. Lei nº 11.343/06. Tráfico de Drogas. Pena. Saúde Pública. Bem Jurídico Tutelado. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The present work is an argumentative critical analysis about the penalty imposed on the illicit drug trafficking in the extravagant criminal legislation. Bringing up the question of the proportionality of the penalty imposed on that illicit in relation to other criminal types existing in the Brazilian legal system, which have the same legal interest protected. In this sense, it is intended to demonstrate from the most consolidated doctrine and significant jurisprudence, how the theory of objective imputation is correlated with the application of two weights for the same measure, making use of a detailed study on the elements that composes the aforementioned criminal type, the legal institutions involved and the will of the legislator at the time of enactment of Law 11.343/06. So that, in this way, it is possible to understand the real importance given to public health as a protected legal asset, highlighting the role of social reprobability to drugs as a determining factor, in fact, for the criminalization contained in art. 33 of the Drug Law and its unreasonable sanction, removing through an argumentative line the essentiality of public health as a fundamental element of the classification. It is certain that, for the construction of the present, the methodology to be adopted will be exclusively the bibliographic survey, in which the most diverse sources of law will be used, such as the legislation itself, doctrine, jurisprudence, in addition to the use of scientific articles, graduation papers and examples of outstanding academic knowledge.

**Keywords:** Drug Law. Law No. 11,343/06. Drug trafficking. Feather. Public health. Protected Legal Well. Proportionality.

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. LEI DE DROGAS: UM BREVE HISTÓRICO .....</b>	<b>11</b>
<b>3. TIPIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS E SEUS ASPECTOS .....</b>	<b>15</b>
<b>3.1. Tipo Objetivo e Subjetivo .....</b>	<b>15</b>
<b>3.2. Sujeitos .....</b>	<b>17</b>
<b>3.3. Objeto Material .....</b>	<b>18</b>
<b>3.4. Bem Jurídico Tutelado .....</b>	<b>20</b>
<b>3.5. Pena .....</b>	<b>22</b>
<b>3.6. Legislação Comparada .....</b>	<b>25</b>
<b>4. ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>28</b>
<b>5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....</b>	<b>33</b>
<b>6. FATOR REAL DETERMINANTE: REPROVABILIDADE SOCIAL ÀS DROGAS</b>	
36	
<b>6.1. Teoria da Rotulação de Howard Becker .....</b>	<b>40</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>45</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Não é novidade que na realidade brasileira existe uma visão um tanto deturbada sobre a sistemática jurídico penal, em que se enxerga o Direito Penal como o mecanismo de intervenção estatal capaz de atender aos “interesses legítimos” de uma sociedade, protegendo bens jurídicos e aplicando sanções.

Malgrado ou não, tal perspectiva sobre a função jurídico-penal foi construída a partir de raízes inteiramente liberais (CAMPOS, 2021), que influenciaram toda a construção das fontes e fundamentos da matéria, que estão presentes até os dias atuais no âmbito do Código Penal Brasileiro vigente (BRASIL 1940).

Raízes essas que nasceram e foram irrigadas durante todo o período revolucionário francês, seja com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, seja com a edição dos Códigos Penais Franceses de 1791 e 1810 (CAMPOS, 2021), em que se suscitou a necessidade de não apenas a derrocada da aristocracia e seus privilégios, mas também que o Estado Leviatã (HOBBS, 2003) deixasse de adentrar completamente na seara individual, como ocorria no absolutismo, e passasse a intervir minimamente.

É partir desse cenário que nascem os ditos direitos fundamentais de 1ª Dimensão (MENDES, 2020), como a liberdade, a igualdade e principalmente o direito à propriedade, tal como o ideal de separação entre Estado e indivíduo, em que o poder estatal não poderia mais ser utilizado arbitrariamente e ferir os interesses da coletividade, sem que para isso tivesse razões “legítimas” e previamente estabelecidas.

O que para muitos parecia uma solução para tutelar aos interesses coletivos e individuais, tornou-se um verdadeiro pesadelo, uma vez que o Direito Penal, área do direito criada para reprimir as condutas delitivas que feriam direitos alheios, passou a não intervir apenas para proteger, como a função remota que lhe foi proposta, mas sim para se tornar um verdadeiro mecanismo de controle de corpos.



Engrenagem esta que funciona, através da aplicação de sanções, a qual visa estabelecer o controle social e realizar a manutenção de padrões culturais e sociais de uma maioria da sociedade, criando uma hegemonia social e cultural pautada nos interesses de grupos seletos.

Sendo possível identificar ainda que, conforme afirma Cesare Beccaria (2009), a partir do iluminismo penal houve uma mudança não apenas da filosofia jurídico-penal, mas da própria função da pena, passou a ser considerada um dispositivo “*ultima ratio*” aplicável de forma proporcional à gravidade do delito e passou a ser uma ferramenta de repressão e manutenção de interesses ilegítimos:

[...] Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis.”

[...] a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.”

Tendo como consequência a exclusão e a colocação de determinados grupos à margem da sociedade, que não se coadunam com esses interesses da maioria, que fatidicamente influencia a edição e a manutenção das normas penais, por ocuparem espaços de poder em grande parte.

Fazendo com que a seara penal não tenha apenas a função de proteger interesses legítimos (bens juridicamente tutelados), mas atender aos anseios de um grupo seletos que dita sobre as condutas que são ou não reprováveis, que merecem ou não serem punidas, em total descompasso com a finalidade remota do Direito Penal e da própria pena.

É a partir desta constatação de exclusão, manipulação e seletividade do sistema penal no Brasil, que o objetivo geral do presente trabalho se situa, o qual visa criar uma linha argumentativa crítica contrária a cultura punitivista que marca o cenário brasileiro, tomando como objeto de análise a criminalização do tráfico de drogas e a pena cominada a tal ilícito.

Sendo certo, que a escolha do objeto – o crime de tráfico de drogas – levou-se em consideração toda sua matriz estrutural, a semelhança com outras práticas que não são vistas como reprováveis, como a comercialização de cigarros e bebidas alcoólicas, e a

desproporcionalidade da pena cominada à prática, tendo em vista a natureza do bem jurídico tutelado (saúde pública) em relação as demais presentes no Código Penal vigente.

Tudo isso para demonstrar concretamente (objetivo específico) que o legislador penal ao editar o art. 33, caput, da Lei 11.343/06 não buscou proteger a saúde pública, que é entendido predominantemente pela doutrina como bem jurídico desse tipo penal, mas sim utilizou-se como fator determinante para a proibição, a questão da reprovabilidade social às drogas (CARVALHO, 1996) preconizada veementemente pela classe dominante.

Nesse trabalho, iremos analisar que construção do tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Drogas evidencia essa linha adotada pelo legislador, ao realizarmos um estudo comparativo entre o tráfico de drogas e sua pena em relação aos demais ilícitos previsto no Código Penal, para tornar cristalina a desproporcionalidade existente, o qual extrapola não apenas o proporcional, como também a linha tênue do razoável.

Sobretudo a própria ideia da teoria da imputação objetiva, que na sua faceta contemporânea é compreendida como sendo a tese defensiva consubstanciada na ideia de que a repressão a determinada conduta deve ser estritamente limitada a proteger o bem jurídico proposto (CARDOZO, 2018), uma verdadeira releitura dos ensinamentos de Beccaria na obra “Dos delitos e das Penas” (2009).

Sendo certo que para a construção da linha argumentativa crítica no qual se consubstancia o presente será utilizada a metodologia de revisão bibliográfica, por meio de levantamento de obras de referência manuais de direito penal geral, especial e da legislação extravagante para analisar, os institutos jurídicos envolvidos e artigos científicos, trabalhos de conclusões de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado para fundamentar o ponto de vista defendido, assim como haverá a utilização de precedentes judiciais para ilustrar a aplicação no caso concreto das penas cominadas no estudo comparativo entre o tráfico de drogas e os demais ilícitos.

## **2. LEI DE DROGAS: UM BREVE HISTÓRICO**

Em continuidade, para analisar a tipificação do tráfico de drogas é imprescindível que seja delimitado o nascimento da reprovabilidade dessa conduta. O primeiro Código Criminal do Brasil, de 1890, tipificava em seu artigo 159 o crime relativo ao comércio de substâncias psicoativas: “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”. Apesar do tratamento legal não tenha se desenvolvido uniformemente ao redor do mundo, verificou-se que foi a partir do século XX que o Brasil passou a aderir à maioria dos tratados internacionais e iniciou a construção da sua normativa por meio de legislações sobre o tema.

Anteriormente, no século XIX, em razão da expansão europeia e com o avanço da revolução industrial, prevalecia o convívio natural da sociedade com grande variedade de novas drogas, as quais progressivamente se transformaram em mercadorias e bens de consumo, a partir dos marcos proibicionistas. O marco determinante desse processo foram as Guerras do Ópio, que se consistiram nas primeiras guerras relacionadas a disputa do livre comércio das drogas. A primeira Guerra do Ópio se desencadeou com a apreensão e destruição de toneladas de ópio exportados da Inglaterra no ano de 1839. Dezoito anos mais tarde, em 1857, se iniciou a segunda Guerra do Ópio, a qual também pretendia interesses políticos e econômicos da Inglaterra, em virtude de a China não ter respeitado os acordos estabelecidos na primeira guerra.

Desde então, o consumo das drogas se popularizou, surgindo a necessidade de elaboração de políticas públicas. Nesse contexto, ao longo do século XX aconteceram diversas conferências internacionais a fim de controlar o comércio de entorpecentes. Em 1909, a Comissão Internacional do Ópio se reuniu na China, onde houve a primeira proibição de substâncias psicoativas. Posteriormente em 1912, com o objetivo de ratificar os acordos propostos na reunião realizada em Xangai, a Comissão de Internacional do Ópio reuniu-se novamente em Haia, convenção essa que foi incorporada no Brasil por meio do Decreto 2861 de 1914. A partir deste momento, o Brasil passou a ter efetivamente uma política criminal de drogas.

Não é novidade que o ser humano sempre tentou a todo custo se livrar “dos ônus impostos pela modernidade” (BAUMAN, 2001), seja na Grécia com a fuga para ópio, como no apogeu do estado moderno com o uso maconha e afins, o indivíduo faz uso de substâncias fugir da realidade.

Não apenas substâncias, mas realiza práticas para satisfazer seu prazer, que apesar de serem, por vezes problemáticos ou imorais, não são tratados como condutas reprováveis socialmente. Assim, entender o motivo pelo qual foram criados tipos para criminalizar atividades envolvendo tóxicos demanda uma compreensão sobre a formação dos interesses da sociedade ao longo do tempo.

Por muito tempo e até mesmo nos dias atuais, a fonte de legitimidade utilizada pelo Estado para reprimir o uso e a comercialização de drogas sempre foi a de proteção à saúde do cidadão, à integridade física e até mesmo por ser uma questão de saúde pública (BOITEUX, 2006), o que é notoriamente não passa de uma falácia descomedida.

Isso porque, como será demonstrado adiante com a análise da Lei de Drogas, o Estado não pretende proibir ou impedir essas condutas por interesses coletivos legítimos, como um eventual colapso de saúde pública pelo aumento do número de pessoas dependentes de drogas, mas sim que seu interesse real é o de reforçar aspectos culturais de uma sociedade baseada em preceitos discriminatórios e totalmente desiguais.

É nesse cenário que diversas leis foram editadas no Brasil ao longo do século XX, sempre seguindo a linhas das convenções internacionais, como as Convenções de Haia (1912) e de Genebra (1925), que tiveram grande influência no plano internacional, para que os países aderentes passassem a coibir quaisquer condutas envolvendo drogas consideradas ilícitas (BOITEUX, 2006).

Tal influência foi tão forte que, pouco tempo depois, em âmbito nacional, o Código Penal de 1940 passou a prever em seu art. 281, a repressão aos entorpecentes no Brasil, vedando qualquer forma de fornecimento destes, mesmo que fossem de caráter gratuito:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, 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 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Veja que o uso próprio, até então, não fazia parte do núcleo do tipo objetivo, pois tal problema, à época, era tratado como uma questão sanitária (CARVALHO, 1996) e a pena comparada a cominada atualmente era consideravelmente mais branda. Houve, inclusive, uma decisão do STF que entendeu que posse de drogas tinha sido descriminalizada diante da nova redação do art. 281 do CP, que substituiu a lei especial que regulava o tema.

Entretanto, houve uma reviravolta no tratamento das drogas no ano de 1964, quando ocorreu o golpe militar, passando-se a ter um tratamento diferenciado e ainda mais repressor sobre a questão das drogas no Brasil (CARVALHO, 1996), pois naquele momento mais do que nunca prevaleceu os interesses da elite militar e empresarial que ocupava ilegalmente o poder institucional.

Se o regime de pena preconizado pelo Código Penal de 1940 já era passível de críticas, o tratamento que passou a ser dado pelo Governo Militar merecia não apenas críticas, mas uma total negação, uma vez que se passou a tratar qualquer conduta que envolvesse drogas ilícitas como uma questão bélica (CARVALHO, 1996).

O ápice da repressão foi a edição da Lei nº 5.726/71 que passou a equiparar a figura do indivíduo que trafica com fins lucrativos com o usuário que destina os tóxicos para consumo próprio. Além de passar a incentivar que a própria população denunciasse tanto a comercialização como uso, oferecendo pecúnia em troca de informações, uma forma de “delação” para crimes de drogas (BRASIL, 1971).

Outrossim, após os tempos obscuros do período militar, com a redemocratização, ressurgiu a esperança de uma resposta mais proporcional na política de drogas, mas o que ocorreu foi um agravamento da situação, tendo sido elevada a resposta repressiva do Estado, inclusive à nível constitucional, uma vez que Carta Magna de 1988 passou a prever que o tráfico de drogas seria equivalente a crimes hediondos, sendo incluído no rol de crimes inafiançáveis e não suscetíveis de graça:

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

**XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso)

A partir desse cenário, que se aplicava inicialmente à Lei 6368/76 que vigorou por mais de trinta anos, tivemos, em 2006, a edição da nova lei de drogas, nº 11.343/06 que, mais uma vez, aumentou a pena mínima (que era de 3 anos pela lei de 1976) para em 5 (cinco) anos, mantendo o máximo fixado em 15 (quinze) anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, cuja sanção analisaremos mais adiante, à luz da proporcionalidade. A referida lei, em resumo, (i) Instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; (ii) previu medidas de prevenção ao uso indevido; (iii) previu medidas para reinserção social dos usuários e dependentes; (iv) tipificou novos crimes de drogas; (v) estabeleceu o novo procedimento criminal.

Fechando o ciclo de altos e baixos que a política de drogas perpassou, revela-se que seu conteúdo não trata apenas de um normativo “surpresa” que surgiu porque o uso de entorpecentes e afins estão correlacionados à modernidade, mas que desde os tempos mais remotos no Brasil já se identificava uma cultura de repressão social ao uso destas substâncias, que ganhou forças e se consolidou com o reforço internacional sobre a necessidade de enfrentamento às drogas.

Assim, é possível verificar expressamente que o legislador na edição da Lei de Drogas apenas deu seguimento a cultura de repressão e “aprimorou” o tipo penal, para atender aos anseios desses dos interesses proibicionistas, que apostam na pena como meio de coerção e prevenção como funções declaradas, instituindo uma sanção elevada e irracional (5 a 15 anos), deixando de analisar a sistemática jurídico penal em conjunto.

### 3. TIPIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS E SEUS ASPECTOS

Conhecidas as bases que firmaram o advento da atual Lei de drogas e todo o contexto histórico da criminalização na realidade pátria, é essencial sair de uma seara narrativa crítica e seguir uma visão analítica do tipo penal em questão, no qual será necessário debruçar-se no estudo sobre os seus elementos constitutivos, como bem jurídico e a própria pena.

#### 3.1. Tipo Objetivo e Subjetivo

Basicamente, o tipo é composto por sua vertente objetiva e subjetiva e, quanto ao núcleo do tipo objetivo este é definido por dezoito verbos que tipificam as condutas elencadas no tipo penal de tráfico, quais sejam:

- i) adquirir, que é a conduta de ter pra si coisa alheia, à título oneroso ou gratuito;
- ii) guardar, que é ação de manter sob guarda coisa alheia para posterior entrega;
- iii) ter em depósito, que pode ser entendida como a ação de armazenar quantidade para si ou outrem;
- iv) transportar, que é levar de determinada localidade para outra por algum meio de locomoção, com a finalidade de distribuição; e
- v) trazer consigo, que é ação de se locomover tendo consigo uma quantidade de tóxicos, independente da utilização de meio de locomoção.

É importante chamar atenção, nesse sentido, que legislador engloba um rol extenso de verbos para tornar o tráfico um tipo misto alternativo, exatamente para alargar as hipóteses de criminalização, o que *ipso facto* é inadequado, isso porque não apenas preceitua a vontade irrestrita de reprimir toda e qualquer conduta envolvendo entorpecentes, como possui implicação na própria lógica jurídico-penal.

Essencialmente, a criminalização de atos que são considerados meramente preparatórios e de cogitação inverte totalmente a lógica jurídico-penal, uma vez que o art. 33

da Lei de Drogas, ao tipificar as condutas elencadas adentra-se em uma seara um tanto obscura quanto às fases do *iter criminis*.

O legislador utiliza-se de uma hipótese excepcional da criminalização: a tipificação de atos meramente preparatórios, sob o fundamento de aplicação da teoria objetiva material, que entende o início da execução do crime como sendo o exato momento em que se cria um perigo ao bem jurídico tutelado (CIRINO, 2017), o que notabiliza cada vez mais a intenção do legislador em fazer jus aos anseios e interesses proibicionistas.

Sendo certo que, seguindo por essa lógica inapropriada de interpretação, um indivíduo que transporta entorpecente dentro de carro, mesmo que seja para consumo próprio incorre na prática do tráfico de drogas, uma vez que o fato deste ter consigo a droga basta para que se presuma a ocorrência do tipo penal, independente do dolo, havendo uma antecipação da punibilidade para momento anterior no *iter criminis*, conforme ensina o Professor Juarez (CIRINO, 2017): “é como se o início da execução no homicídio ocorreria pelo simples fato de apontar a arma para alguém.”

Não obstante, em que pese haver uma antecipação da punibilidade, ainda existem doutrinadores que defendem a existência de um elemento subjetivo para configuração do ilícito, que seria a vontade livre e consciente de entregar a droga a outrem, como o Professor Victor (GONÇALVES, 2019):

O art. 28 exige que a droga seja exclusivamente para uso do agente (consumo próprio). O art. 33, caput, também descreve as condutas adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, diferenciando-se do art. 28, porque naquele **a intenção do agente é a entrega ao consumo de outrem (tráfico)**, enquanto neste, é o consumo pelo próprio agente.

O que seria, em tese, o elemento diferenciador principal do consumo próprio no caso de tráfico de drogas, mas que não é, pois como visto anteriormente, o dolo do agente nada influenciou na configuração de uma conduta como tráfico, uma vez que anteciparia a punibilidade, já que a mera identificação dos verbetes previstos no art. 33 da Lei de Drogas geram o perigo ao bem jurídico tutelado – saúde pública - e por força da teoria objetiva material, acarreta necessariamente na identificação dessas condutas como tráfico.



Podemos afirmar ser verdade tal premissa, a forma como o tipo penal foi redigido pelo legislador acabou deixando para a autoridade judiciária o dever de diferenciar uma conduta como sendo tráfico ou uso próprio, decisão que é de uma ambiguidade sem tamanho, já que coloca fora da legislação uma decisão sobre a punibilidade de determinada conduta, em total descompasso com o princípio da legalidade que norteia o Direito Penal e seus institutos jurídicos. Na realidade, a lei orienta a autoridade judicial sobre quais critérios deve adotar para diferenciação das condutas, como vemos no disposto no art. 28, § 2º da Lei de Drogas :

§ 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

Senão vejamos os sujeitos do tipo penal, ou seja, quem pode praticar esse crime.

### **3.2. Sujeitos**

Seguindo adiante, os sujeitos do tipo são pacíficos na visão da doutrina (CAPEZ, 2019) em que define o sujeito ativo, em razão da natureza de crime comum, como qualquer pessoa, isto é, inexistente qualidade específica para alguém responder pelo tipo penal de tráfico,, bastando-se para tanto realizar uma das condutas do núcleo do tipo e ter a finalidade de entregar droga a outrem, mesmo que não seja a título oneroso, o que demonstra mais uma das falhas do legislador.

No tocante ao sujeito passivo, é inevitável o levantamento de alguns comentários de cunho crítico, tendo em vista que tanto o Professor Victor Gonçalves (GONÇALVES, 2019) quanto o Professor Capez (CAPEZ, 2019) convergem no sentido de que o lesado nesse ilícito é a coletividade, não sendo uma pessoa, mas sim a própria sociedade.

Essa posição reforça totalmente a tese de que a política criminal de drogas não passa de mais uma forma de controle social, que a saúde como bem jurídico tutelado não passa de uma narrativa política para legitimar o cerceamento à liberdade individual e que a reprovabilidade social estrutura o discurso proibicionista

### 3.3. Objeto Material

Outrossim, quanto ao objeto material do ilícito é pacificado pela doutrina que se trata da “Droga” propriamente dita (MASSON, 2019), que é compreendida como substância psicoativa que causa dependência ao usuário e o retira sua capacidade de raciocínio pleno, conforme definição da Organização Mundial da Saúde (GHODSE, 1995-OMS):

Qualquer substância natural ou sintética (substancia criada pelo homem) que, quando administrada ou consumida por um ser vivo, modifica uma ou mais de suas funções, com exceção daquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal (água alimentos etc).

Embora tal definição abarque um rol extenso de substâncias que deveriam ser tratadas como ilícitas, porque causam dependência e, por isso, podem se tornar um problema estrutural de saúde pública, muitas não são sequer levantadas como passíveis de serem criminalizadas, pois atendem aos anseios do grupo dominante que influencia a criação e aplicação das normas penais.

Isto é, apesar de diversas substâncias serem consideradas drogas, o juízo de valor que determina se essa droga será criminalizada ou não, lícita ou ilícita, depende diretamente dos interesses da maioria, tal como qual tratamento será dado àqueles que não confluem no mesmo sentido da reprovabilidade.

Teoricamente, se utilizada uma interpretação restritiva da norma penal (FIGUEIRA, 2012) em obediência ao princípio da legalidade e da própria sistemática jurídico-penal, substâncias como álcool e o cigarro à base de nicotina deveriam fazer parte da política de repressão às drogas, o que não ocorre pois existem interesses políticos e estritamente pecuniários voltados para essas indústrias – a arrecadação de impostos e *boom* da comercialização, que forçaram sua legalização, mesmo que tal medida estatal não faça sentido.

Interesses estes que se escondem atrás de discursos supérfluos dos defensores do proibicionismo, em uma realidade paralela e idealista, os quais preconizam que o uso tanto do álcool como o cigarro são ocasionais e não geram dependência (SILVEIRA, 2006):

Saindo do campo da patologia temos que reconhecer a existência de diversos padrões de consumo de substâncias que não podem ser considerados prejudiciais e que não necessariamente levam o usuário à dependência. Em nosso meio, por exemplo, grande maioria dos usuários tanto de álcool como de maconha são unicamente usuários ocasionais, que administram o consumo desses produtos sem consequências danosas e sem riscos para a saúde. As estatísticas mostram que menos de 10 % deles vão desenvolver o alcoolismo ou a dependência de cannabis.

Esquecendo totalmente os efeitos práticos do uso de qualquer substância que esteja em conformidade com a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), uma vez que o uso *per se* não é um gigantesco problema, mas sim as suas implicações para com a sociedade em diversos aspectos, conforme ensina a Professora Luciana (BOITEUX, 2006):

[...] especialmente no Brasil os impactos sociais são muito graves, podendo ser elencados da seguinte forma:

Na saúde pública: i) ausência de controle e adulteração das substâncias consumidas o que gera riscos graves à saúde dos consumidores; ii) o alto nível de contágio do vírus HIV e outras doenças entre usuários de drogas injetáveis na marginalidade; iii) a dificuldade de implementação de políticas de redução de danos aos dependentes inseridos na ilegalidade e oposição do proibicionismo aos modelos mais atuais de ajuda ao viciado; iv) o contínuo enfrentamento do sistema penal pelos adictos que fazem uso das substâncias, mesmo à margem da lei; v) aumento no número de mortes em decorrência das disputas e da repressão ao tráfico de drogas.

No sistema jurídico-constitucional citam-se: vi) o reforço excessivo do sistema policial em detrimento do sistema judicial; vii) a utilização de meios penais e processuais extraordinários, violadores de princípios e garantias constitucionais; viii) as medidas de exceção destinadas ao grande tráfico são aplicadas aos pequenos e médios traficante-viciados, que lotam as penitenciárias; ix) desumanização das penas e do sistema penitenciário; x) superlotação carcerária.

Na ótica sócio-econômica podem ser ainda adicionados: xi) aumento da vigilância, controle e violência imposta aos mais desfavorecidos, que são suspeitos de tráfico, até prova em contrário, o que leva à discriminação; xii) favorecimento do envolvimento de jovens com o crime, desagregação familiar; xiii) incremento do tráfico de armas; xiv) incremento das possibilidades de lavagem de dinheiro; xv) a alta dos preços derivada da ilegalidade torna cada vez mais poderosas as organizações de traficantes; xvi) aumento da corrupção nos poderes públicos e na polícia, em especial nos países em desenvolvimento; xvii) aumento da violência e do número de homicídios nos grandes centros urbanos.

Logo, é possível aferir a partir de uma breve análise sobre o objeto material do referido tipo penal, que existem indícios fortes de que a criminalização da comercialização de

drogas ilícitas não segue um critério lógico e racional, mas sim extrínseco (político-social) e repleto de irracionalidade, conforme bem pontua a Professora Luciana (BOITEUX, 2006):

O controle penal atual sobre as drogas tem por base a proibição do uso e da venda de substâncias rotuladas como “ilícitas”, por meio de um discurso de proteção da saúde pública e de intensificação da punição. Porém, essa distinção entre drogas lícitas e ilícitas deu-se por conveniência política, sem que houvesse conclusões médicas definitivas quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância a ser controlada, ou mesmo sem que se tivesse proposto ou experimentado nenhum outro modelo intermediário, ou menos repressivo.

Caso fosse feita uma leitura fria dos institutos envolvidos, se chegaria à conclusão de que o álcool e cigarro não só apresentam periculosidade à saúde (bem jurídico protegido), como estão em total conformidade com a conceituação da Organização Mundial da Saúde supramencionada e deveriam ser considerados objeto material.

### **3.4. Bem Jurídico Tutelado**

Não obstante, é importante pontuar que tanto o bem jurídico tutelado pela tipificação prevista no art. 33 da Lei de Lei nº 11.343/06, como a construção da política de drogas no Brasil sofreram variações ao longo do tempo, se no início tratava-se as drogas como um problema sanitário (CARVALHO, 1996), como visto na breve contextualização realizada anteriormente, e depois como uma problemática bélica – durante a ditadura -, hoje a localização do bem jurídico tutelado encontra-se próximo aos interesses difusos de uma sociedade, qual seja, a saúde pública.

Embora haja discussões minoritárias que acreditam haver antítese quanto à definição do bem jurídico protegido pela tipificação do tráfico, defendendo que existe uma subdivisão em dois bens jurídicos protegidos: i) os primários, que é a saúde pública; e ii) os secundários, a qual refere a saúde individual das pessoas (VIEGAS, 2019), é pacificado atualmente pela doutrina majoritária que o bem jurídico protegido é a saúde pública (MASSON, 2019).

Havendo discussão apenas sobre a natureza do grau de lesividade causado a esse bem jurídico e que implique na intervenção estatal, isto é, quais as situações em que se observa uma hipótese de ofensividade à saúde pública? Será que a transmissão da droga viola

diretamente a saúde pública? Necessariamente alguém que use entorpecentes, se torna viciado, vai precisar de ajuda clínica?

Todas são questões pertinentes que, uma vez colocadas para a doutrina resolver, criam uma antinomia quanto à colocação de que, se o bem jurídico é abstrato, a verificação de sua ocorrência é “presumida” também, ou seja, meros indícios de perigo àquele bem jurídico devem ser criminalizados. Enquanto a corrente proibicionista (GRECO, RASSI, 2009) defende que basta a existência do perigo abstrato para criminalizar:

[...] o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.

A corrente racionalista critica esse fato, trazendo à tona uma postura não só mais razoável como mais adequada e proporcional, rechaçando o argumento de que a criminalização da comercialização das drogas ilícitas é devida em razão de uma mera presunção de perigo ao bem jurídico protegido.

Acertadamente, o Professor Sala de Carvalho (1996) critica não apenas a referida tipificação do ilícito de tráfico de drogas, mas também os demais ilícitos, pois a abstração e o Direito Penal não se compatibilizam: “[..] no plano substantivo, a utilização irrestrita de crimes de perigo abstrato causa uma série de violações na estrutura clássica do Direito Penal.”

Nesse mesmo sentido, conclui Zaffaroni que o perigo abstrato é entendido como presunção de perigo, que surge da mera realização da conduta e que não admite prova em contrário, sendo uma espécie de *Gesinnungstrafrecht*, que conduz à punição da desobediência pela desobediência mesma, ou seja, à negação do bem jurídico como elemento indispensável dos tipos penais (apud SANGUINÈ, 1992), o que não deveria ser considerado devido.

Sendo certo, nesse sentido, que apesar do bem jurídico tutelado ser a saúde pública e isto estar pacificado, existe uma análise à luz do princípio da lesividade que atua inclusive no plano da alteridade, a qual merece atenção, essencialmente quando se fala sobre a natureza do

crime ser tão abstrata quanto ao bem jurídico, o que permite a classificação como um ilícito de perigo abstrato, uma vez que o Direito Penal deve apenas se ocupar da proibição de condutas que possam violar diretamente bem jurídicos importantes de terceiros, conforme é ministrado pela teoria da imputação.

Em outras palavras, o Estado apenas poderia intervir quando o bem jurídico protegido, a saúde pública, fosse tratado individualmente sob a ótica científica, usando critérios e definições próprias da medicina e ciências correlacionadas, em que se fosse possível demonstrar *in concreto* o grau do perigo e dano causado, uma vez que é inaceitável o fato de um indivíduo, maior e capaz, seja tratado como um violador do direito alheio, quando na verdade existem atividades tão lesivas quanto o tráfico de drogas, que do ponto de vista do Estado e da própria Sociedade são normalizados.

### **3.5. Pena**

Não obstante, como último ponto a ser tratado sobre aspectos analíticos do tipo penal em questão, tem-se a pena. Esta, obviamente, é entendida como consequência da prática de um crime.

Em termos práticos, a pena cominada ao crime de tráfico de drogas na atual lei é de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme o art. 33, o que significa que o condenado por tráfico pode ser condenado a restrição de liberdade de no mínimo 05 anos, caso não tenha sua pena reduzida de 1 a 2/3 pela figura do tráfico privilegiado prevista no parágrafo 4º. do mesmo artigo.

A influência do proibicionismo pode ser identificada pelo quantitativo elevado de pena para o crime de tráfico, previsto em lei especial, em relação às penas dos demais ilícitos do Código Penal, que possuem o mesmo bem jurídico tutelado. Ao comparar as sanções previstas para esses delitos, é possível identificar que existe na verdade contradições e penas desproporcionais na lógica do legislador:

<b>Crime</b>	<b>Pena</b>	<b>Bem Jurídico Tutelado</b>
Causar epidemia (Art. 267, CP)	10 a 15 anos	<b><u>Saúde Pública</u></b>
Infração de medida sanitária preventiva (Art. 268, CP)	1 mês a 1 ano	
Omissão de Notificação de Doença (Art. 269, CP)	6 meses a 2 anos	
Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de substância ou produtos alimentícios (Art. 272, CP)	10 a 15 anos	
Emprego de processo ou substância proibida (Art. 274, CP)	1 a 5 anos	
Medicamento em desacordo com receita médica (Art. 280, CP)	1 a 3 anos	
Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (Art. 282, CP)	6 meses a 2 anos	

Apesar de entendermos que são tipos bem distintos, analisando as penas dos delitos da nossa legislação penal, chega-se a conclusão de que uma distância muito grande entre tais quantitativos para a definição das penas cominadas aos ilícitos que possuem como bem jurídico tutelado, a saúde pública, uma vez que não existe proporção, nem sequer lógica, entre o grau de lesividade dos ilícitos supra listados e as respectivas penas.

À título de exemplo, o ilícito de exercício ilegal da medicina e correlatos previsto no art. 282 do CP possui a pena máxima fixada em dois anos, sendo uma conduta com alto grau de lesividade, uma vez que não se refere somente ao perigo abstrato à saúde pública, mas sim de um perigo concreto ao direito à vida e à integridade física das pessoas, tendo em vista que a ausência de *expertise* no tratamento médico implica em riscos diretos, que possuem em grande parte, efeitos de caráter irreparável e irremediável (RODRIGUES, 2021).

Por outro lado, o crime de causar epidemia previsto no art. 267 do Código Penal que possui como sujeito ativo qualquer pessoa (crime comum), que é gravíssimo, tem a pena de no mínimo 10 (dez) anos, sendo certo que este tipo penal, tal como o exercício ilegal da medicina, implica em risco concreto e direto à saúde e à integridade física das pessoas, restando claro que a mesma conduta possui também efeitos de caráter irreparável..

Então, surge o questionamento: qual seria o elemento diferenciador destas tipificações que influenciaram a discrepância na pena cominada?

Muito embora alguns sustentem que provocar a epidemia coloque em risco uma coletividade (BITENCOURT, 2021), o que seria suficiente para embasar a pena elevada deste ilícito, de certo, pode-se rebater que o exercício ilegal da medicina também se configura um perigo e risco à coletividade, haja vista que qualquer laudo, orientação, medicação e diagnóstico produzido sem o devido conhecimento técnico da medicina gera um problema concreto à sociedade.

Isso porque nos casos em que foi verificado o exercício ilegal da medicina há um número significativo de falsos profissionais que atendem exclusivamente em unidades de saúde da família, clínicas populares ou mesmo em hospitais públicos (FIOCRUZ, 2010), verificando-se que os mais afetados são os mais pobres que utilizam o Sistema Único de Saúde - SUS.

Causa espécie que o legislador reprima o indivíduo que causa epidemia com pena alta, mesmo na modalidade culposa, mas ao mesmo tempo trate o crime de exercício ilegal da medicina como um delito de menor potencial ofensivo.

Isso reforça mais uma vez que o legislador, ao declarar proteger a saúde pública, ao que tudo indica, na verdade não está preocupado em proteger este bem jurídico tutelado, de fato, mas em sim aumentar a repressão ao tráfico de drogas por influência do proibicionismo atendendo a outros interesses, em especial tendo em vista quem serão os alvos seletivos de tal criminalização. Quem recebe as sanções desproporcionais do crime de tráfico são jovens, pobres e negros.



Temos aqui então essa perplexidade no fato de que o exercício ilegal da medicina que entendemos muito grave tenha uma pena máxima de 2 (dois) anos, mesmo com grau de lesividade altíssimo, enquanto o tráfico de drogas tenha uma pena máxima de 15 (quinze) anos, mesmo sendo um delito de perigo abstrato.

Não obstante, em que pese a irracionalidade e falta de lógica na definição das penas cominadas aos crimes que têm como bem jurídico a saúde pública, entendemos que esta complexidade é típica do proibicionismo, que se sustenta exclusivamente na reprovabilidade social sobre esses ilícitos, preconizados por um grupo dominante. Destaque-se que o crime de posse de drogas para uso pessoal a Lei de Drogas não prevê pena de prisão, mas apenas alternativas.

Ainda sobre a pena, é necessário observar a resposta penal para este ilícito em outras nações para que se reforce a força do proibicionismo na construção da política de drogas no Brasil e no mundo.

### **3.6. Legislação Comparada**

Inicialmente, a partir de uma análise da legislação da América Latina, pode-se destacar uma a política de drogas do Uruguai como um exemplo de razoabilidade, o consumo não é criminalizado no país e a maconha é vendida legalmente.

A lei uruguaia permite o consumo de qualquer substância e não criminaliza o porte para consumo de nenhuma droga. No caso da maconha, em dezembro de 2013 o país aprovou a Lei n. 19.172/2013, que regulamentou toda a cadeia de produção, distribuição e consumo da maconha, tornando-o o primeiro país da América Latina, sendo a quantidade máxima permitida de 40 (quarenta) gramas.

A Argentina não criminaliza a posse de drogas, mas adota uma política ostensiva e repressiva ao tráfico de drogas. Houve inclusive um importante acórdão da Suprema Corte Argentina em 2019 que julgou inconstitucional punir o consumo da maconha, por maiores de

idade, sem colocar em risco a integridade de terceiros<sup>1</sup>, o que mostra um avanço na política de drogas.

Outrossim, na Colômbia, ter consigo até 20 g de maconha e 1 g de cocaína não é criminalizado desde o ano de 1994, apesar do país ser conhecido por ser a maior porta de saída de drogas da América-Latina, e seguir com uma criminalização dura contra o tráfico. Até o presente momento, a comercialização e o consumo em lugares públicos são proibidos, em que pese ter havido discussões sobre a descriminalização total em 2013 e o atual presidente, Gustavo Petro ter retomado o compromisso em descriminalizar em sua posse neste ano de 2022<sup>2</sup>.

Partindo-se para um cenário Europeu, em Portugal desde o ano de 2000, a posse e o uso são proibidos, mas não há a criminalização da conduta, uma vez que a responsabilização de quem é visto tendo consigo, transportando ou consumindo é pecuniária, através de pagamento de multas, ou preventiva, a partir de tratamento para dependentes, e não criminal.

Na América do Norte, especificamente nos EUA, dependendo do Estado a política de drogas muda de tratamento, em alguns o porte de drogas é tratado como mera contravenção e outros como crime grave (BOITEUX, 2006), no estado da Flórida, por exemplo, como é considerado o maior centro para o tráfico internacional de drogas ilegais, tem uma política um tanto repressiva, punindo quem distribua ou possua drogas/substâncias controladas, dependendo da quantia.

Segundo profissional experiente na área, o Advogado Criminal, Ralph Behr<sup>3</sup>, se um indivíduo for pego na posse de drogas, pode ser aplicada a ele as seguintes penas: “Um delito de primeiro grau: inclui multa de até \$1,000 e até um ano de prisão. Um crime de primeiro grau: inclui uma multa de até \$10,000 e até 30 anos de prisão. Tráfico de drogas: pode incluir

---

<sup>1</sup> Recurso de hecho interpuesto por: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena, representados por el Defensor Oficial, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h). Tribunal de origen: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I. Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Federal n° 3 de Rosario; Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario. Íntegra: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-justica-argentina-porte-.pdf>

<sup>2</sup> Durante o discurso de posse em 2022, o atual Presidente da Colômbia, Gustavo Petro se manifestou acerca do assunto dizendo “É hora de aceitar que a guerra contra as drogas foi um fracasso total”. Íntegra do discurso traduzido pela CNN Brasil. Link: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/colombia-quer-fim-da-guerra-as-drogas/>.

<sup>3</sup> Orientações retiradas do site profissional do Sr. Ralph Behr: *Law Offices Of Ralph Behr*. Criminal Defense: Florida State and Federal Courts.

prisão perpétua e multa de até \$500,000”. Tal como pode desclassificá-lo de programas governamentais de assistência, se o mesmo for beneficiário.

Já países asiáticos como a Indonésia, adotam uma postura proibicionista mais radical ainda, no qual a conduta de apenas portar drogas pode render prisão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, mais multa de quase US\$ 900 mil, e se a quantia exceder 1 kg, no caso da maconha, ou 5 gramas, no caso de drogas processadas, o indivíduo pode ser condenado a prisão perpétua e até pena de morte por tráfico (GRAHAM, 2014).

Assim como no Irã, em que as penas aplicadas para as hipóteses de posse, consumo ou venda de drogas vão desde advertência a prisão e pena de morte. Valendo destacar que a dependência química é geralmente punida com prisão, sendo que durante todo o período de reclusão, o Estado Iraniano busca formas de tratamento médico para solucionar a questão, com centros de tratamento (GRAHAM, 2014).

A China, trata um pouco diferente o consumo e o tráfico, em que o indivíduo que detém entorpecentes para consumo também comete crime, mas a com pena de apenas 15 (quinze) dias de prisão e os dependentes químicos são obrigados a realizar os tratamentos, já o tráfico é punido com prisão até com pena de morte (GRAHAM, 2014).

Feita essa digressão comparativa, passemos à análise da proporcionalidade.

#### 4. ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE

Aqui, vamos destacar que as imprecisões técnicas repisadas ao longo do presente são apenas partes de uma inadequação ainda maior quando analisamos a criminalização prevista no art. 33 da Lei de Drogas à luz da proporcionalidade, para podermos chegar a conclusões ainda maiores, como a inconstitucionalidade do referido dispositivo em relação à ordem constitucional vigente.

Enquanto os erros na construção do tipo parecem ser reparáveis, ora sanáveis, como a diminuição da pena, a diferenciação pouco precisa entre o tipo de posse e do de tráfico, entre outros, que poderiam, na teoria, serem consertados pelo legislador, a desproporcionalidade do tipo é defeito insanável e fere não apenas a liberdade individual, como o próprio ordenamento jurídico-constitucional.

Pois como é sabido, o princípio da proporcionalidade tem papel fundamental na construção da uniformidade e adequação da ordem constitucional vigente, sendo responsável por lastrear toda a análise de constitucionalidade das leis no Brasil. Valendo ressaltar que este, apesar de surgir em sua faceta basilar na teoria constitucional germânica (MENDES, 2020), foi aproveitado para todos os demais ramos do Direito, inclusive o Direito Penal.

Na seara penal, segundo explica o Professor Juarez (CIRINO, 2014), tal princípio ficou encarregado de sopesar a pena com a finalidade de tipificações, que é a proteção do bem jurídico tutelado, em que o referido princípio se subdivide em três princípios parciais:

[...] o princípio da adequação (Geeignetheit), o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de princípio da avaliação (abwagungsgebote).

O princípio da adequação e o da necessidade seriam materializados a partir de uma ponderação entre os meios aplicados e os fins obtidos, em que se verificaria “[...] a otimização das possibilidades da realidade [...]” (CIRINO, 2014). A adequação, tal como a necessidade, respectivamente, se consubstanciaria em dois questionamentos:

1. A pena criminal é um meio adequado (entre outros) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?
2. A pena criminal (meio adequado) é, também meio necessário para realizar o fim de proteger um bem jurídico, com menor grau de lesividade que as outras alternativas?

Já última etapa, a proporcionalidade em sentido estrito seria uma análise mais detida acerca da criminalização primária e secundária, em que seria identificada se a pena criminal cominada é proporcional ou não em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico (CIRINO, 2014).

Ressaltando, por fim, que o referido princípio possui previsão implícita no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, e que tem o objetivo dentro do Direito Penal de proibir penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor de ação ou do desvalor de resultado do fato punível, lesivas da função de retribuição equivalente do crime atribuída às penas criminais nas sociedades capitalistas.

Para Bittencourt (2020) o princípio da proporcionalidade pode ser compreendido, pelo enunciado no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que preconiza o seguinte: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.”. Isto é, é basicamente uma máxima que orienta a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada por parte do estado.

Outrossim, apesar de Bittencourt concordar e nomear, diferentemente do Professor Cirino, os “princípios parciais” como fatores essenciais, quais sejam: i) a adequação; ii) a necessidade; e iii) a proporcionalidade em sentido estrito, aquele parte do pressuposto de que o princípio da proporcionalidade não é apenas um critério interpretativo para adequar a pena a sua finalidade, mas sim uma garantia legitimadora de todo ordenamento jurídico infraconstitucional (BITENCOURT, 2020).

Logo, para ele não basta que se faça uma análise da proporcionalidade apenas sob a perspectiva do direito penal, mas também sob o viés do direito constitucional, isso porque não basta que a pena apenas seja declarada desproporcional no plano teórico e sim que seus

efeitos sejam obstados no plano concreto, por não serem mais compatíveis com os ditames constitucionais.

Posição esta que mais se coaduna com a tese do presente trabalho, por ser uma corrente que mais se aproxima da visão uniforme do ordenamento jurídico, em que as normas infraconstitucionais estejam em conformidade com a Carta Magna de 1988, em que pese a visão teórica ensinada pelo Professor Juarez Cirino seja utilizada preponderantemente para análise da proporcionalidade no âmbito penal.

Ao iniciar análise da criminalização prevista no artigo 33 da lei de drogas à luz do princípio da proporcionalidade, é essencial que se esclareça os aspectos que estão em cada lado, embora já tenham sido repisados exaustivamente ao longo do presente trabalho, o primeiro é a pena aplicada ao referido ilícito que é a reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e o segundo é a proteção dada pelo legislador a saúde pública, tornando-a um bem jurídico a ser tutelado.

Ao aplicar, sob o viés penal, o princípio da proporcionalidade em um primeiro momento estar-se-á diante do princípio parcial da adequação (CIRINO, 2014), colocando o primeiro questionamento em voga, se a pena aplicada é meio adequado para proteger a saúde pública, tem-se que a resposta é sim, logicamente, haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro a reclusão é, preponderantemente, considerado o meio adequado (sanção adequada) para reprimir condutas delitivas.

Seguindo adiante, precisamos analisar o princípio parcial da necessidade/lesividade, e ver se a pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos é o meio necessário e menos lesivo em relação às demais alternativas, para proteger o bem jurídico tutelado, ou seja, se a criminalização prevista no art. 33 da Lei de Drogas, destacando ainda os outros tipos, inclusive o privilegiado previsto no parágrafo quarto do art. 33, que permite que a pena fique em 1 ano e oito meses, se for feita a máxima redução, tal como sua sanção, estão em conformidade ao princípio da proporcionalidade.

Isso porque apesar de a pena de reclusão ser considerada um meio adequado para proteger um bem jurídico, de modo geral, no direito brasileiro, o mesmo não se pode dizer quando se fala da necessidade/lesividade, uma vez que existem diversas alternativas menos

lesivas, como penas alternativas ou o tratamento voluntários dos dependentes que protegeriam de forma preventiva a saúde pública e não se precisaria antecipar a punibilidade de um ilícito, muito menos inverter a lógica jurídico-penal para tanto.

Além disso, ainda sob a ótica do princípio da lesividade, que atua inclusive no plano da alteridade, entende-se que o Direito Penal deve apenas se ocupar da proibição de condutas que possam violar diretamente bem jurídicos importantes de terceiros. O fato de um indivíduo maior e capaz portar droga para consumo pessoal carece de lesividade, não representando qualquer ofensa a direito de outro, sendo esta a argumentação para a descriminalização do usuário usado no REXT 636.659, em tramitação no STF.

Entretanto, como se sabe, o fundamento para manter a criminalização e a sanção prevista no art. 33 da Lei de Drogas é na realidade, a reprovabilidade social de uma maioria dominante – a corrente proibicionista –, a qual será investigada adiante, não seguindo qualquer fundamento objetivo, como a proteção efetiva do bem jurídico, conforme a breve análise sob a ótica proporcionalidade acima ilustrada.

Inobstante, em que pese a análise de proporcionalidade ter findado brevemente na verificação da necessidade/lesividade é importante perpassar para o próximo passo, a do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, somente para não restar dúvidas quanto à desproporcionalidade entre a previsão do art. 33 da Lei de Drogas e a pena cominada, em relação à proteção da saúde pública.

Ao responder ao questionamento se a pena criminal é proporcional à extensão ou natureza da lesão abstrata à saúde pública - se cria mais malefícios ou benefícios -, tem-se que a resposta é que os efeitos negativos são maiores, uma vez que a liberdade individual é cerceada de forma arbitrária, justificada apenas no perigo abstrato causado pela venda de drogas à saúde pública, segundo a teoria proibicionista, o que seria suficiente para mitigar o direito à liberdade.

Entendemos que esse discurso não merece prevalecer, haja vista que não existe grau de lesividade direto à saúde pública que justifique o cerceamento da liberdade e muito menos que a pena cominada seja tão elevada, até porque como fora demonstrado no capítulo anterior

(subitem 3.5), existem delitos, evidentemente, mais graves e que possuem um tratamento diferenciado pelo legislador.

Deste modo, além de irracional e ilógica, a criminalização e a pena cominada ao crime de tráfico de drogas é também desproporcional, pois apesar de, sobre o prisma da adequação, a Lei de drogas no plano teórico se mostrar apta a alcançar seus fins, sob a ótica da necessidade, verifica-se que existem na prática, meios menos gravosos que a lei penal que possam também atingir os fins pretendidos pela Lei de Drogas, como no tratamento dado ao tabaco. Tal como, por fim, na proporcionalidade em sentido estrito, resta evidente o desequilíbrio entre o ônus suportado pelas consequências da proibição e os efeitos benéficos perseguidos pela legislação de drogas.



## 5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Adiante, no tocante à premissa mencionada anteriormente de que o risco ao bem jurídico arguido é insuficiente para fundamentar a restrição da liberdade individual – aplicação da pena de reclusão no caso da ocorrência do ilícito – pode-se exprimir que o perigo arguido pela teoria proibicionista é indireto.

Esclarece-se: no proibicionismo, a premissa é a seguinte: se João vende drogas ou distribui em uma festa com seus colegas, este corrobora para um futuro colapso na saúde pública, já que as pessoas para quem João deu a droga possuem um relativo risco de se tornarem dependentes e procurarem ajuda clínica (CARVALHO, 1996).

Deste modo, considerando a teoria da equivalência dos antecedentes causais – dominante no Direito Penal Brasileiro (BITENCOURT, 2020), de fato, o referido crime deve ser atribuído à figura do traficante, não porque este causou diretamente uma violação à saúde pública, mas sim porque este deu condição ao desenvolvimento do consumo, e este daria causa ao colapso na saúde pública.

Isso porque, segundo essa Teoria alvitrada por Von Buri, o qual não atribui qualquer diferenciação entre a condição, causa, ocasião e concausa, e, que se considera indispensável todo elemento antecedente para a incumbência do ilícito, cuja inoccorrência impedisse a realização do evento, pois, é dele causa, por ser *conditio sine qua non* do resultado. Logo o tráfico seria condição indispensável para que houvesse a lesão à saúde pública, por ser elemento que causa a dependência.

É por isso que o proibicionismo defende a criminalização, com o objetivo de alargar a cultura punitivista ao extremo em relação a não só o tráfico de drogas, como aos demais ilícitos previstos no ordenamento jurídico, o que vai de encontro totalmente com o próprio pressuposto do Direito Penal como *ultima ratio* e beira ao absurdo.

Entender que o cerceamento do direito alheio (a liberdade individual) se baseia em uma lógica irracional, desproporcional e arbitrária que parte de uma teoria que se utiliza de

um processo de eliminação hipotética, atribuído ao penalista Von Thyrén, segundo o qual “a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno” (JESUS, 1995), não pode ser aceita.

Assim, entender que o sistema penal deve fugir da amplitude do problema da causalidade em seu aspecto filosófico-gnosiológico é de um desconhecimento de suas bases e sua finalidade, e aqui não se refere apenas à criminalização do tráfico de drogas, que subsiste por um suposto risco indireto à saúde pública, mas de uma vontade desenfreada desse grupo dominante em punir e atender aos próprios interesses.

Entretanto, insta destacar que nem tudo está perdido, a teoria da imputação tem espaço no presente trabalho justamente por fazer o papel de racionalizar o *ius puniendi* estatal, o que corrobora para a limitação da intervenção estatal na política repressiva para as drogas, embora isoladamente não resolva o problema, que possui dimensões muito maiores, ajuda no enfrentamento de arbitrariedades cometidas por essa visão proibicionista.

Visto que essa teoria, idealizada por Claus Roxin (ROXIN, 2006), ensina que um resultado causado pelo agente só lhe pode ser imputado quando: i) a conduta cria ou incrementa um risco permitido para o objeto da conduta (ação); ii) o risco se realiza no resultado concreto; iii) o resultado se encontra dentro do alcance do tipo;

Isto é, alguém poderá ter atribuído a si a ocorrência de um crime – resultado – se a sua conduta criou um risco proibido, se esse risco realmente existe no plano material e se o tipo penal criado pelo legislador alcança o resultado ocorrido. Assim, o tipo objetivo seria incrementado por critérios de imputação objetiva, retomando ao exemplo de João, caso no direito pátrio fosse aplicada a referida teoria, o mesmo não realizaria o tipo objetivo previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

Como é sabido, a criminalização do tráfico conforme determinado pelo legislador não alcança sua finalidade, que é a repressão às drogas de modo a proteger o bem jurídico, a saúde pública, seja porque a política repressiva não tem resultados quantitativos de diminuição do uso de drogas, como também este não é o verdadeiro motivo do não acometimento de

dependentes ao Sistema Único de Saúde – SUS, mas sim a ausência de estrutura e conscientização dos indivíduos.

Desta feita, pela lógica as condutas realizadas por João não poderiam ser criminalizadas, tendo em conta o fato seria atípico por ausência denexo de causalidade, já que essa citada teoria mitiga a incidência do nexocausal naturalístico, com o objetivo de afastar a imputação da conduta e/ou do resultado, como ocorre antecipadamente e irracionalmente no ilícito do tráfico de drogas.

Assim sendo, acredita-se que a teoria da imputação objetiva naturalmente inserida em um sistema aberto e funcional, contribui para a convalidação dogmática do que é possível ser feito, com o fim de superar o paradigma do proibicionismo, aperfeiçoando-se o sistema atinente à questão das drogas.

Isso porque, a atual redação da Lei de Drogas deixa caminho aberto para a inserção de uma política sanitária de redução de danos (v. artigos. 4.º, I; 5.º, I, II e III; 18; 19, II, III, V e VI e 22, II e III), sendo essa abertura perfeitamente compatível com o preceito constitucional da saúde pública (art. 196 e ss. da Constituição Federal de 1988).

Sendo certo que, por meio desse enfoque médico sanitário de política de redução de danos, seria possível compreendermos o enfrentamento legítimo a dependência em entorpecentes para proteger a saúde, porque nesse viés haveria, de fato, a busca por uma política criminal eficaz e humanitária, totalmente diferente do que ocorre atualmente. Pois como bem explica Maria Lúcia Karam (KARAM, 2013):

[...] não são, portanto, as drogas que geram criminalidade de violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos ‘traficantes’. Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é sim o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência.

## 6. FATOR REAL DETERMINANTE: REPROVABILIDADE SOCIAL ÀS DROGAS

Outrossim, embora Von Liszt (LISZT, 1899), acredite que o Direito tem a finalidade exclusiva de tutelar os interesses da vida humana (independente se são ilegítimos), por entender que o bem jurídico não é um bem do Direito ou da ordem jurídica; ao contrário, é um bem do homem que o direito reconhece e protege, pois “a proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”.

Assim como afirma Alessandro Baratta (BARATTA, 2002) a intervenção estatal se dá exatamente por causa legitimidade basilar do Estado, em reprimir condutas que socialmente são reprováveis e reafirmar os valores nortes da construção de uma sociedade:

Princípio da Culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador

O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

Não é aceitável que se entenda que essas premissas servem para que o Estado atenda interesses sociais e culturais, de modo irrestrito e sem qualquer racionalidade, que não se coadunam com os próprios valores constitucionais vigentes.

Quando se fala da reprovabilidade social de uma conduta é importante ter em mente que não pode ser qualquer sentimento de reprovação, isso porque ao levar em consideração a própria construção da sociedade brasileira, que foi baseada em preceitos misóginos, racistas, xenofóbicos e de homofobia, o Direito Penal deveria intervir sempre que os preceitos tradicionais fundados fossem violados.

Deste modo, retomando novamente ao exemplo ilustrado anteriormente, se João fosse negro, gay e nordestino, seria um criminoso simplesmente porque existe a seletividade que foca nesse perfil.

E mesmo que fosse feito pela coletividade, não deveria ser considerado como fator determinante na atuação do Estado, em sua função *ius puniendi*, porque é importante repisar que uma maioria (quantitativa) mesmo que faça parte desses grupos alvo de discriminação, também convalescem em prol da punição como remédio para tudo, mesmo que inconscientemente, também concordam em penalizar os seus iguais, por influência de um grupo superior. O que consolida os interesses proibicionistas em tomar como bode expiatório determinado grupo, conforme bem explica Zaffaroni (ZAFFARONI, 2011):

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhe uma pena.

Tomando como base este fato, fica claro que a legitimidade estatal para intervir, ou melhor, proibir determinadas condutas baseadas na reprovabilidade social deve possuir um limite, e, em que pese o princípio da insignificância tenha seu papel em obstar essa atuação estatal desenfreada, é explícito que o mesmo não é suficiente em si.

Essa insuficiência pode ser atestada pela própria criminalização prevista no art. 33 da Lei de Drogas, porque, em tese, se João tem 50 g de maconha e distribui em uma festa para seus amigos, ao olhar macro, qual seria a significância de sua ação para a violação da saúde pública? Nenhuma.

Nem por isso a conduta de João deixou de ser criminalizada, mesmo que sob a ótica do princípio da insignificância, esta não devesse ser punida pelo Estado. Assim, insurge diversas questões que não são capazes de serem respondidas objetivamente, resiste apenas uma constatação: de que a criminalização do tráfico de drogas disfarce-se em uma falsa razão legítima do Estado, que é a proteção do bem jurídico, para obter legitimidade estatal para sua atuação.

Já que existe uma carência de legitimidade Estatal na proibição do uso de drogas como forma de proteção à saúde, sendo essencial trazer em voga a importante lição de Maria Karam (KARAM, 2009) nesse sentido:

[...] o Estado democrático não está autorizado a substituir o indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a si mesmo. Em uma democracia, o Estado não pode

tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. Ninguém pode ser coagido a ser protegido contra sua própria vontade. Intervenções do Estado supostamente dirigidas à proteção de um direito contra a vontade do indivíduo que é seu titular contrariam a própria ideia de democracia, pois excluem a capacidade de escolha na qual esta ideia se baseia.

Sendo que fica cristalina o real fator determinante da criminalização: a reprovabilidade social às drogas pelas classes dominantes, pelo menos em seu discurso, pois sabemos que pessoas ricas consomem muita droga, seja porque na lógica de pensamento dos integrantes desse grupo, as drogas retirariam a capacidade de raciocínio pleno do indivíduo, seja porque as drogas são terminantemente associadas às populações mais pobres, pelo menos publicamente, que são vistas como inferiores e não capazes de controlar o uso dessas substâncias, sem que isso se torne um hábito.

Ocorre que, tanto o primeiro fato quanto o segundo não prosperam, pois é verificável no plano material que existem substâncias tão lesivas ao raciocínio pleno do indivíduo, quanto as drogas hoje ilícitas, como o álcool que é uma droga legalizada em que tal como uma quantidade de cocaína, retira do indivíduo seu raciocínio biológico, como moral (LEPRE, 2005).

À vista disso, quem nunca teve ciência de um episódio de violência ocorrida que nunca teria ocorrido, se não tivesse sido envolvido o álcool? Apesar deste ser um potencializador de emoções (LEPRE, 2005) e estar envolvido, por vezes, em episódios de violência e de crimes (MARTIN SE, 2001), conforme aponta Goldstein em seu estudo:

[...] existem três fatores de conexão entre o consumo de drogas em geral e as atividades criminosas  
 -os próprios efeitos psicofarmacológicos das substâncias provocariam comportamentos desadaptativos e violentos, o que resultaria em atividades ilícitas;  
 -as necessidades econômicas dos usuários conduziriam a atos criminosos por parte do dependente para sustentar o próprio vício;  
 -a própria violência associada ao tráfico e ao mercado de drogas (crime organizado).

Qual o motivo da bebida alcoólica ser uma droga legalizada e o uso de entorpecentes ser restringida pelo estado? Simples, o proibicionismo só atinge aquilo que do seu ponto de vista é repugnante, o uso do álcool contrariamente às drogas psicoativas, não são associadas aos indivíduos pormenorizados socialmente.

Não é razoável afirmar que apenas as populações pobres e que vivem à margem da sociedade são usuários e realizam a comercialização de drogas, muito pelo contrário, conforme bem reportou à edição do Jornal El Pais Brasil<sup>4</sup>o escritor inglês Misha Glenny, especialista na investigação do crime organizado transnacional e autor da obra O Dono do Morro: Um homem e a batalha pelo Rio (Companhia das Letras), o seguinte:

O perfil social dos envolvidos no tráfico do atacado no Brasil não tem nada a ver com a figura do bandido morador de favela que existe no imaginário da população. **Os grandes traficantes brasileiros não moram nas favelas.**

Isto posto, não restam dúvidas que os motivos utilizados para tornar legítima a atuação do Estado na repressão ao tráfico de drogas, o único fator determinante que realmente faz com que a criminalização subsista é associação das drogas à população pobre e marginalizada, não a afetação à capacidade de raciocínio do indivíduo propriamente e nem tão pouco que hábito de consumo venha a lesar a saúde pública.

Isso explica porque a política criminal de drogas é tão agressiva e violenta por parte do Estado, e porque o abuso do consumo de substâncias psicoativas não é tratado no plano da saúde, educação e da informação, assim como foi tratado o tabaco no Brasil.

Como o uso da bebida alcoólica e do tabaco é um problema que abarca todas as classes sociais brasileiras (irônica tal afirmativa já que a Elite não apenas consome drogas como é o topo da cadeia do tráfico segundo o escrito Misha), o Estado tem uma postura totalmente diferente no seu tratamento, enquanto no controle dos entorpecentes a pena de reclusão é o remédio, no controle do tabaco e do álcool as medidas adotadas são educacionais e informativas.

O Estado brasileiro adota medidas exatamente iguais (psicoativos e o tabaco) com pesos diferentes. Evidência concreta disso, é que só nos últimos 10 anos tivemos incontáveis políticas públicas e normativos para tratar a questão do tabagismo, de modo a proteger a saúde pública.

---

<sup>4</sup> [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/24/politica/1466791253\\_323836.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/24/politica/1466791253_323836.html)

Em 2014, por exemplo, houve a regulamentação da Lei Antifumo, em que proibiu o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos e outros produtos, derivados ou não do tabaco, em locais de uso coletivo, públicos ou privados.

Não obstante, o Governo Federal desde 2011 vem instituindo medidas para frear o uso, como a instituição de políticas de preço mínimo para cigarro e a proibição da propaganda comercial de cigarros em todo o território nacional, sendo permitida apenas a exposição dos produtos nos locais de vendas.

Além disso, no ano de 2005 o País ainda ratificou a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, tratado internacional de pública da OMS, o qual possui como finalidade a redução do consumo de derivados de tabaco, a partir tanto do aumento de preços e impostos sobre os produtos, como a eliminação do mercado ilegal desses produtos, e, no mesmo ano lançou a Campanha do Dia Mundial Sem Tabaco, o qual faz parte de ações de Promoção da Saúde – SUS, no controle do tabagismo, sendo que o conceito central da campanha gira em torno do slogan: “Da saúde se cuida todos os dias”<sup>5</sup>.

Assim, questiona-se: por que outras drogas como o tabaco e o álcool são tratados cirurgicamente pelo Estado, mas as drogas psicoativas são consideradas objeto de uma guerra contra a criminalidade? A associação do indivíduo pobre e favelizado é fator determinante na reprovabilidade social aos tóxicos?

### **6.1. Teoria da Rotulação de Howard Becker**

Apesar de haver diversas vertentes de pensamento que podem responder aos questionamentos aqui colocados, adota-se no presente uma resposta fundada na teoria crítica acerca do Direito Penal, que se encontra no estudo da criminologia, popularmente conhecida como teoria do labelling approach, idealizada pelo Howard Becker, que surgiu segundo Sérgio Shecaira (SHECAIRA, 2004):

---

<sup>5</sup> Notícia retirada do site oficial do Instituto Nacional de Câncer – INCA do Ministério da Saúde. Íntegra: <https://www.inca.gov.br/campanhas/dia-mundial-sem-tabaco>



A Teoria do Labelling Approach surge após a 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, os Estados Unidos são catapultados à condição de grande potência mundial, estando em pleno desenvolvimento o Estado do Bem-Estar Social, o que acaba por mascarar as fissuras internas vividas na sociedade americana. A década de 60 é marcada no plano externo pela divisão mundial entre blocos: capitalista versus socialista, delimitando o cenário da chamada Guerra Fria. Já no plano interno, os norte-americanos se deparam com a luta das minorias negras por igualdade, a luta pelo fim da discriminação sexual, o engajamento dos movimentos estudantis na reivindicação pelos direitos civis.

Consubstanciada na ideia de que há uma intervenção do aparelho estatal repressivo no desenvolvimento do instinto criminoso no indivíduo, tendo em vista que se acredita na existência de sistema repressor que, ao mesmo tempo em que pune aqueles que cometeram delitos, também os rotula.

Ao passo que nada faz em relação a outros que, muitas vezes, cometem crimes muito mais graves, o que é exatamente o que ocorre na criminalização do tráfico de drogas, pois como bem ilustrado anteriormente, existem ilícitos como o exercício ilegal da medicina, por exemplo, que possuem penalidades irrisórias em relação à pena cominada ao tráfico.

Essa teoria se encarrega exatamente de antever que um indivíduo pode ser considerado criminoso não pelo ato que cometeu, mas, isto sim, pela seletividade e intolerância do grupo no qual está inserido possui em relação à conduta, ou melhor, um grupo que influencia os demais, ou seja, o fato de alguém ter consigo, distribuir ou vender drogas em si não o faz criminoso, um traficante, porque o perigo é indireto, abstrato e intangível, mas sim a reprovabilidade social que aquela conduta possui, por aqueles que ditam os paradigmas sociais e culturais dominantes.

Isto é, na própria imputação da figura do traficante há um tipo de “rotulação” e “etiquetamento” prévio para definir quem é esse indivíduo, não cabe realizar um juízo de valor, mas tal teoria faz tanto sentido em relação à realidade brasileira, que pode-se sucintamente o levantar o pensamento veiculado fortemente nas mídias sociais, recentemente, de que independente do porte de drogas, as manchetes jornalísticas sempre se referem ao indivíduo branco que trafica como “estudante que distribui drogas” e ao negro, infelizmente, como simplesmente “traficante”.

Inobstante, além da rotulação ainda existe a diminuição da perspectiva no que tange à ressocialização desse indivíduo, o qual é por vezes excluído da sociedade onde vive, deste modo, o criminoso apenas se diferencia do homem comum em razão do estigma que sofre e do rótulo que recebe por uma suposta “conduta desviante”.

É como se fosse jogo de cartas marcadas, voltado para determinados indivíduos que são “carimbados”, em que, pelo seu comportamento que vem a figurar como um desvio àquela estrutura social. Por conseguinte, pessoas menos favorecidas economicamente estariam mais vulneráveis a suportar um etiquetamento por parte das instâncias de controle e da sociedade, bem como a sofrer os rigores do sistema penal e prisional brasileiro.

Isso porque, a parcela favorecida da população que também comete crimes é “sancionada” através de processos de aprendizado, enquanto em crimes idênticos a outra parcela restante é reprimida agressivamente pelo Estado, havendo uma única diferença entre estas: a persecução penal não recai sobre a primeira, mas sim sobre a última (BRESOLA JÚNIOR, 2018). Nesse sentido, não obstante a lei penal seja dirigida a todos aqueles que se desviam da conduta social exigida, fato é que somente alguns são alcançados pela lei repressora, o que configura, para a teoria em estudo, uma rotulação em face de alguns indivíduos.

Tal constatação que reforça o entendimento de que a criminalização do tráfico de drogas não deve ser tratada por meio da guerra às drogas, mas sim através de uma política de saúde, de redução de danos como uma questão que deve ser enfrentada por meios educativos e informativos, como ocorre com o álcool e o tabaco, uma vez que não se pode aceitar a continuidade de um tratamento baseado na rotulação de determinados grupos

Insurge, nessa toada, também a necessidade de combater as condutas de rotulação, ou estigma, tendo em vista que não basta a verificação da inefetividade da criminalização do tráfico de drogas, pois tal tipificação possui um “pseudo” bem jurídico – a saúde pública -, tendo como fundamento de existência apenas a reprovabilidade social de um grupo seletivo, mas também que existe um tratamento diferenciado na imputação do ilícito aos indivíduos “infratores”, que deve e merece ser exterminada não apenas em relação ao tráfico, mas todo e qualquer ilícito que implique no aprisionamento em massa da população mais pobre e deficitária da sociedade.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o legislador contemporâneo, inicialmente, não criou a tipificação prevista no art. 33 da Lei de Drogas, mas sim que essa foi fruto de pressão da comunidade internacional.

Na leitura da matriz do tipo penal ficou evidenciado que a tipificação tem problemas estruturais, seja no alargamento das condutas que são consideradas tráfico, como a insuficiência argumentativa e teórica que considera como o objeto material apenas algumas espécies de drogas ilícitas, em que pese o álcool e o tabaco serem tão lesivos à saúde pública quanto àquelas.

Assim como chega-se à conclusão de que o bem jurídico tutelado, a saúde pública, na verdade não passa de uma falácia para justificar a atuação do Estado, embora seja nítido que a criminalização da pobreza é o verdadeiro e único fundamento da política repressiva de drogas, aspecto que é fundamental desenvolvido e estruturado por uma classe social.

Não obstante, ainda se mostrou no presente que a tipificação prevista no artigo 33 da lei de Drogas não é apenas inadequada e desproporcional quanto aos demais ilícitos do Código Penal brasileiro, mas como também se mostra atrasada em relação a políticas alternativas de legalização da maconha e descriminalização do usuário já adotada em outros países da América Latina.

Outrossim, demonstrou-se que, com base no argumento da proporcionalidade, tanto em âmbito penal como por sua inconstitucionalidade, a criminalização do tráfico (e da posse) e a pena são desproporcionais, uma vez que não atendem à finalidade para qual foram criadas, isso porque como visto a tipificação viola o princípio parcial da necessidade/lesividade e a própria proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, trouxemos à tona que a criminalização das condutas de ter consigo, vender, distribuir e transportar drogas não possuem qualquer nexo causal direto com qualquer tipo de lesão a saúde pública, que seria eventualmente uma sobrecarga do sistema único de saúde, em

razão do desenvolvimento desenfreado de vícios entorpecentes por parte de usuários dependentes.

Restando comprovado que a tipificação somente subsiste porque se aplica no Brasil, a teoria da equivalência dos antecedentes causais e não a teoria da imputação objetiva, o qual seria a forma correta de tratar o nexos causal entre a conduta e o resultado, uma vez que resultaria na não tipificação do tráfico, já que a figura do traficante sequer seria considerada na aferição das condutas que levaram ao resultado - lesão à saúde pública-.

Por fim, uma vez investigado todos os seus aspectos e condições analíticas, conclui-se que a tipificação e a pena cominada ao tráfico não foram criadas para realmente proteger a saúde pública, mas sim para legitimar a atuação seletiva e racista do Estado na criminalização da pobreza e incremento do controle social..

Estado este adota uma política proibicionista, não apenas decidindo sobre a criminalização ou não, como quem será considerado traficante ou não, o que por óbvio é direcionado às classes mais desfavorecidas, realizando um verdadeiro etiquetamento e rotulação para aplicar a pena desproporcional e irrazoável prevista na Lei de drogas.

Assim, retira-se do presente uma lição muito importante de que a criminalização das drogas, ou melhor, a falácia da guerra contra as drogas, não passa de um discurso de legitimação para que haja um controle social ampliado através do Direito Penal, não sendo jamais a imposição da pena para o tráfico ou outros ilícitos o remédio adequado para combater o problema das “condutas desviantes” que lesionam bem jurídicos alheios.

Muito menos, o cerceamento da liberdade individual de alguém não pode ser considerado medida adequada para solucionar problemáticas tão profundas e desafiadoras com a política de drogas no Brasil, afinal, o direito penal tal qual a pena não foi criada e estruturada para isso.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BOITEUX, Luciana. *Controle Penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2006.

BOTTINI, Piepalolo. *As drogas e o Direito Penal da sociedade de risco. Drogas: aspectos penais e criminológicos*, 2018.

BRESOLA JÚNIOR, Israel. *Crimes do colarinho branco: a relação entre o expansionismo da punitividade arbitrária e a restrição da ampla defesa*. UFRGS LUME Repositório Digital, Porto Alegre/RS, 2019.

BRASIL. Lei no 6.368, de 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.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAMPOS, Larissa. *A continuidade punitiva na história do Brasil: da era colonial à redemocratização*. Revista Epígrafe. São Paulo. Vol. 10, 2021.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)*. Dissertação de Pós-Graduação. UFPR. Florianópolis, 1996.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. – 7. ed., rev., atual. ampl. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco*. Imprensa: São Paulo, Saraiva Jur, 2020.

GOLDSTEIN PJ. *The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework*. *Drugs Issues* 1995;

GRAHAM, Georgia. Drug laws around the world - does anyone get it right?. Magazine The Telegraph. 2014.

GRECO Filho, Vicente, RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006. Saraiva. 2009.

GRECO, Luis. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIOCRUZ, Fundação Oswaldo Cruz. Pesquisador discute aprendizagem prática e exercício ilegal da medicina. 2010. Acesso em: <https://agencia.fiocruz.br/pesquisador-discute-aprendizagem-pratica-e-exercicio-ilegal-da-medicina>

FIGUEIRA, Elissandra. A nova hermenêutica do Direito Penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. Revista Constituição e Garantia de Direitos. Vol. 4. N 1. 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

KARAM, Maria Lucia. proibição às drogas e violações a direitos fundamentais, 2013. Disponível em: < <http://www.leapbrasil.com.br>>. Acesso em 13 jun.2017

KARAM, Maria. Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas / Maria Lúcia Karam. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

LISZT, Franz Von. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

Martin SE, Bryant K. Gender differences in the association of alcohol intoxication and illicit drug abuse among persons arrested for violent and property offenses. J Subst Abuse 2001;

MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. Imprensa: São Paulo, SaraivaJur, 2020.

MARTINS, Luíz Henrique. Guerra às drogas: ponderação entre o bem jurídico tutelado e bens jurídicos tutelados. Artigo Científico. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ, 2017.

PASCHOAL, Janaína Conceição. A importância do encontro sobre drogas: aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Hellen. Direito Médico e os parâmetros do exercício ilegal e irregular da medicina. Artigo Científico. PUC-GO. 2021.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva, em: Estudos de direito penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Penal*. Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT. 2002.

SILVEIRA, Dartiu Xavier; MOREIRA, Fernanda Gonçalves. Reflexões preliminares sobre a questão das substâncias psicoativas. In: *Panorama atual de drogas e dependência*. São Paulo, Atheneu, 2006.

VIEGAS, Renato. *Tráfico de Drogas: aspectos penais e análise do bem jurídico*. Monografia. 2019. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1333/1/Monografia%20-%20Renato%20Cunha%20Viegas.pdf>>

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 2aed., São Paulo: RT, 1999.