

**IAB****INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS**
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

Indicação nº 02/2024

Indicante: Ana Arruti

Relator: Carlos Eduardo Machado

PARECER

Parecer sobre a **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 34/2023 do Senado Federal**, que “Inclui dispositivos nos artigos 3º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecendo o combate às drogas ilícitas como princípio fundamental e vedando expressamente a descriminalização do tráfico e a legalização de novas drogas recreativas”, vedando ainda a descriminalização da produção, da posse e do porte de drogas ilícitas, mesmo que para consumo próprio; e sobre a **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45/2023 do Senado Federal**, que “Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

I. Ementa:

PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL Nº 34/2023 E Nº 45/2023. PEC Nº 34/2023. INCLUSÃO DE DISPOSITIVOS NOS ARTIGOS 3º E 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ESTABELECIMENTO DO COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL. VEDAÇÃO EXPRESSA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO E DO PORTE OU POSSE, AINDA QUE PARA USO



PESSOAL. CRIAÇÃO DE DIREITO DE PROTEÇÃO AOS EFEITOS DANOSOS DAS DROGAS ILÍCITAS, VEDANDO-SE EXPRESSAMENTE A LEGALIZAÇÃO DE NOVAS DROGAS RECREATIVAS. PEC Nº 45/2023. INCLUSÃO DE MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E POSSE DE DROGAS ILÍCITAS, MESMO QUE PARA USO PESSOAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE AMBAS AS PECs. PECs INCOMPATÍVEIS COM OS PRINCÍPIOS, OBJETIVOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. PARECER PELA REJEIÇÃO DAS PROPOSTAS CONTIDAS NA PEC Nº 34/2023 E NA PEC Nº 45/2023, DIANTE DE MANIFESTA NÃO CONFORMIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

1. Inclusão da erradicação do tráfico e uso de drogas ilícitas como objetivo fundamental da República. Matéria específica que não se coaduna com os demais princípios fundamentais. Impossibilidade de constitucionalização da política de guerra às drogas. Processo de criminalização secundário que atinge desproporcionalmente populações negras e pobres. Racismo de estado.
2. Impossibilidade de incluir na Constituição a seja a vedação da descriminalização, seja um mandado de criminalização do porte e posse de drogas ilícitas, mesmo que para uso pessoal. Necessidade de observância aos princípios do direito penal constitucional. Proposta que colide com princípios da dignidade da pessoa humana, da lesividade, da alteridade, da intranscendência e da intervenção mínima. Incompatibilidade com os direitos e garantias fundamentais da ordem constitucional brasileira.
3. Criação de um direito de proteção aos efeitos danosos das drogas ilícitas, vedando-se a legalização daquelas ainda não legalizadas. Matéria dinâmica de natureza eminentemente infraconstitucional. Desnecessária rigidez acompanhada de proibição de abordagens que podem ser mais efetivas.
4. Parecer pela rejeição total das propostas contidas na PEC nº 34/2023 e na PEC nº 45/2023 diante da manifesta não conformidade com os princípios de um Estado



Democrático de Direito e de um Direito Penal Constitucional, bem como com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

II. Do objeto:

Cuida de indicação para análise das mudanças propostas pelo Deputado Sargento Gonçalves (PL/RN) e outros por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 34/2023 (“PEC nº 34/2023”), bem como das mudanças propostas pelo Senador Rodrigo Pacheco (PSD/GR) e outros por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023 (“PEC nº 34/2023”).

Os objetivos das referidas PECs são os seguintes:

- a) **PEC nº 34/2023:** Incluir dispositivos nos artigos 3º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecendo o combate às drogas ilícitas como princípio fundamental e vedando expressamente a descriminalização do tráfico, produção, posse e porte de drogas ilícitas, mesmo que para consumo próprio, bem como a legalização de novas drogas recreativas; e
- b) **PEC nº 45/2023:** Alterar o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ainda que para uso pessoal.



A PEC nº 34/2023 foi apresentada em 09/08/2023 à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. A proposta busca instituir na Constituição Federal do Brasil a erradicação do tráfico, produção, posse, porte e consumo de drogas ilícitas como um dos objetivos fundamentais do país, adicionando um novo inciso ao artigo 3º (alteração proposta pela PEC **em negrito**):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação ilícitas;

V – erradicar o tráfico, a produção, a posse, o porte, e o consumo de drogas ilícitas.

Além disso, propõe-se a introdução de um novo direito no artigo 5º de *“proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas ilícitas”*. Estabelece como princípios a serem seguidos na garantia desse direito a adoção de medidas de prevenção, tratamento e repressão pelo Estado, em colaboração com a família e organizações da sociedade. A proposta ainda veda a descriminalização e legalização do uso recreativo dessas substâncias, ao mesmo tempo em que garante a continuidade da pesquisa científica em busca de avanços medicinais:

LXXX - é assegurado o direito à proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas ilícitas, observados os seguintes princípios:

a) é dever do Estado, com a colaboração da família e organizações da sociedade, tais como as comunidades terapêuticas, entidades da iniciativa



privada e instituições religiosas, promover a prevenção ao consumo e o tratamento dos usuários, de forma a preservar a saúde, a segurança e o bem-estar dos cidadãos;

b) é dever do Estado promover a repressão ao tráfico, a produção, a posse e ao porte de drogas ilícitas, ainda que para consumo próprio, sendo vedada a descriminalização dessas condutas;

c) é vedada a legalização, para fins recreativos, de quaisquer outras drogas entorpecentes e psicotrópicas que causem dependência física ou psíquica, além das já consideradas lícitas pelo ordenamento jurídico vigente;

d) é garantida a pesquisa científica livre voltada para o desenvolvimento de novas substâncias com propriedades medicinais, observando-se os princípios éticos e os protocolos de segurança estabelecidos, visando contribuir para avanços na área da saúde e proporcionar tratamentos mais eficazes e seguros.

Apesar de ser a mais antiga das propostas, é a que está em fase de tramitação menos avançada. No dia 09/11/2023, a PEC nº 34/2023 foi recebida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo sido designado como relator, no dia 25/03/2024, o Deputado Ricardo Salles. Não houve mais andamentos desde então.

Por outro lado, a PEC nº45/2023, atuada junto ao Senado Federal em 15/09/2023, vem avançando rapidamente. Seu texto original propõe a inclusão de um novo inciso entre o rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição, dispondo o seguinte:

LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



Em sua justificativa para a PEC, o Senador Rodrigo Pacheco reconhece expressamente ser a proposta uma resposta ao julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em curso, apontando que o provável resultado será a “*declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, de 2006*”, o qual criminaliza a posse e porte de drogas ilícitas para uso pessoal.

O Senador argumenta que essa mudança na Constituição “*daria respaldo à validade do art. 28*” e solidificaria a posição originária do constituinte originário, que “*equiparou o tráfico aos crimes hediondos (inciso XLIII) e autorizou a extradição de cidadãos naturalizados que tenham se envolvido nesse crime (LI)*”. A dupla criminalização, segundo o Senador, se justificaria pelo seguinte motivo:

O motivo desta dupla criminalização é que não há tráfico de drogas se não há interessado em adquiri-las. Com efeito, o traficante de drogas auferir renda – e a utiliza para adquirir armamento e ampliar seu poder dentro de seu território – somente por meio da comercialização do produto, ou seja, por meio da venda a um usuário final.

Três dias após sua autuação, já em 18/09/2023, a PEC nº 45/2023 foi despachada para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde contou, após realização de audiência pública, com relatório favorável do Senador Efraim Filho (União).

O relatório, datado de 21/11/2023, sugeriu uma emenda à proposta para distinguir a situação entre traficantes e usuários, garantindo-se



expressamente a estes a aplicação de penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência, de modo a “*manter a criminalização sem, contudo, afastar os usuários da busca por tratamento à saúde*” (alteração **em negrito**):

Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigor acrescido do seguinte inciso LXXX:

‘Art. 5º

LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes ou drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, **observada a distinção entre o traficante e o usuário, aplicáveis a este último penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência;**’

Em 13/03/2024, a CCJ lavrou parecer favorável à PEC nº 45/2023, acolhendo não apenas o texto proposto pelo relator, como também emenda sugerida pelo Senador Rogério Marinho (PL/RN), com ajuste redacional recomendado pelo Senador Sérgio Moro (União), a fim de destacar “*a necessidade de análise do caso concreto para realizar a distinção entre usuário e traficante de entorpecentes ou drogas afins*” (alteração **em negrito**):

Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigor acrescido do seguinte inciso LXXX:

‘Art. 5º

LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre traficante e usuário **por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto**, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência.’



A PEC nº 45/2023, com o texto acima, foi aprovada em dois turnos no dia 16 de abril de 2024 pelo Plenário do Senado. A Proposta teve 53 votos favoráveis e 9 contrários no primeiro turno, e 52 favoráveis e 9 contrários no segundo turno.

Votando contrariamente à PEC, o senador Humberto Costa (PT-CE) afirmou que *“a política punitivista e repressiva é ineficaz e gera o encarceramento excessivo. Por isso, essa questão deve ser enfrentada por meio do combate às grandes organizações criminosas associadas ao tráfico e também pela oferta de tratamento humanizado ao usuário”*.

Ainda segundo o referido senador,

“Aqui fala em separar usuário de traficante, mas não prática não faz isso, porque admite pena para quem é usuário ou dependente. Penal alternativa, obrigatoriedade de tratamento. Isso já é uma punição. Essas pessoas deixam de ser réis primárias, para serem pessoas com antecedentes criminais.”¹

Agora já na Câmara dos Deputados, em 18 de abril de 2024 a proposta foi despachada para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, designando-se como relator também o Deputado Ricardo Salles (PL-SP), o mesmo da PEC nº 34/2023, que teve no dia 8 de maio último requerimento seu aprovado para realização de Audiência Pública a fim de debater a constitucionalidade da PEC nº 45/202.

¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2024/04/16/senado-vota-em-primeiro-turno-pec-que-criminaliza-porte-e-posse-de-qualquer-quantidade-de-droga>. Acesso em 19 de abril de 2024.



Assim, considerando-se que o relator de ambas as PECs nº 34/2023 e nº 45/2023 é o mesmo, optou-se por unificar os pareceres já aprovados pela Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, fazendo-se considerações adicionais.

Assim, o presente parecer se abordará tanto a PEC nº 34/2023—a qual busca estabelecer o combate às drogas ilícitas como princípio fundamental da República e vedar expressamente a descriminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal, bem como proibir a legalização de novas drogas recreativas—, quanto a PEC nº 45/2023, que busca introduzir na Constituição um mandado de criminalização do porte e posse de drogas ilícitas, ainda que para consumo próprio.

III. Do Contexto das PECs nº 34/2023 e nº 45/2023:

O debate internacional sobre a possível descriminalização do porte para uso da maconha e qual a quantidade de droga que pode diferenciar o usuário do traficante é matéria analisada no Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506), do Supremo Tribunal Federal (STF)². A discussão dos ministros gira em torno da constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.346/2006), bem como a migração das sanções da área criminal para a administrativa.

2 <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=528817&ori=1>



Atualmente, o dispositivo legal prevê sanções alternativas - como medidas educativas, advertência e prestação de serviços - para quem usa, compra, porta, transporta ou guarda drogas para consumo pessoal.

O referido julgamento teve início em agosto de 2015 com o voto do relator Gilmar Mendes que reforçava a importância da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga para consumo próprio³. De acordo com o voto do ministro, proferido há quase 10 anos, o uso ou não de drogas é uma decisão de cada indivíduo, que, por sua vez, é privada. O eventual dano causado a esse usuário, desse modo, recai sobre a sua própria saúde. “*Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde*”⁴, argumenta. Na retomada mais recente do caso, o relator mudou o seu voto para restringir a medida ao porte de maconha e pela fixação de parâmetros diferenciando tráfico de consumo próprio.

O ministro Edson Fachin, em concordância com a linha do relator, defendeu em seu voto que o consumo de drogas faz parte da autodeterminação individual, que “*corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado*”⁵.

O ministro Barroso, indo um pouco além, criticou em seu voto a criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha, já que esse fator gera um encarceramento em massa no Brasil, principalmente em relação às

3 <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=528669&ori=1>

4 Voto do Min. Gilmar Mendes, RE 635659 cit.

5 Voto do Min. Edson Fachin, RE 635659 cit.



pessoas pretas e pobres, por conta do racismo estrutural que rege o judiciário e os agentes estatais no país⁶.

Segundo o ministro Alexandre de Moraes, “*O STF tem o dever de exigir que a lei seja aplicada identicamente a todos, independentemente de etnia, classe social, renda ou idade*”⁷. Para diferenciar o consumo próprio do tráfico de maconha, o ministro vota que a limitação para o porte se estabeleça entre uma quantidade de 25g a 60g.

Em divergência, o Min. Cristiano Zanin argumentou:

"Não tenho dúvida que os usuários de drogas são vítimas do tráfico e das organizações criminosas para exploração ilícita dessas substâncias. A descriminalização, ainda que parcial das drogas, poderá contribuir ainda mais para esse problema de saúde pública"⁸.

Apesar da opinião contrária, Zanin votou para fixar a quantidade de 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas de cannabis para configurar a situação de uso pessoal em apreensões policiais. Ainda sobre o tema, Zanin defende:

“Minha compreensão é de que, por um lado, o sistema judiciário penal é falho e vem permitindo encarceramento massivo e indevido, sobretudo de pessoas vulneráveis. Do outro lado, a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei poderia até agravar o problema, retirando do mundo jurídico os únicos parâmetros normativos para diferenciar usuário de

6 [https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-03/saiba-como-cada-ministro-do-stf-votou-sobre-
porte-de-drogas-ate-agora](https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-03/saiba-como-cada-ministro-do-stf-votou-sobre-porte-de-drogas-ate-agora)

7 Voto do Min. Alexandre de Moraes, RE 635659 cit.

8 Voto do Min. Cristiano Zanin, RE 635659 cit.



traficante. E ainda ao descriminalizar o porte sem disciplinar a origem e comercialização das drogas”.

De fato, o debate acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas é extenso, porém não é esse o escopo do presente parecer, e sim a análise acerca das PECs autuadas tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal em reação ao julgamento do STF.

Feita essa contextualização, passa-se à análise das propostas de alteração da Constituição Federal.

IV. Considerações Iniciais:

Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não pode se resumir em um instrumento arbitrário de repressão e controle, devendo observar os princípios e garantias fundamentais, sejam eles expressa ou implicitamente previstos na Constituição.

A aplicação e elaboração das leis penais, assim, deve estar conformidade com os valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, e outros princípios derivados desta, incluindo a adequação social, alteridade, fragmentariedade, legalidade, entre outros.

Portanto, não basta a vontade do legislador para se criminalizar uma conduta sob a ótica do Direito Penal Constitucional; ela também deve, de fato, causar um dano ou risco significativo a um bem jurídico relevante



para ser considerada crime. Como lecionam Juan Carlos Ferré Olivé e outros, citando Alessandro Baratta:⁹

(...) ‘o Direito Penal mínimo é [...] o Direito Penal da Constituição. Isso representa o espaço residual da intervenção punitiva no marco de uma política integral de proteção dos direitos no caso de graves violações dos direitos fundamentais e uma demanda social iniludível o façam necessário. Como Direito Penal da Constituição, o Direito Penal mínimo pressupõe um esforço contínuo de imaginação social pelo controle do sistema punitivo e dos mecanismos de criminalização, pela reforma da legislação da justiça, da polícia e do cárcere.’

O tráfico ilícito de entorpecentes é, sem dúvida, uma questão complexa que afeta diversos aspectos da sociedade, incluindo saúde pública, segurança e liberdades individuais. Não se pode negar, ainda, a vontade do constituinte originário de sancionar essa conduta pela via penal, diante do mandado de criminalização disposto pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, equiparando-o a crimes hediondos:

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. (negrito nosso)

⁹ OLIVÉ, Juan Carlos et. al., *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.



O que a PEC nº 45/2024 pretende, contudo, vai muito além: pretende incluir um mandado expresso de criminalização na Constituição do porte e posse de drogas, mesmo que para uso pessoal

E a PEC nº 34/2024 vai ainda mais longe: visa incluir a erradicação não apenas do tráfico, como da produção, posse, porte e consumo de drogas ilícitas como um dos objetivos fundamentais da República, e ainda instituir como direito fundamental a proteção contra os seus efeitos prejudiciais, estabelecendo princípios a serem seguidos pelo Estado na garantia dessa proteção, destacando-se o dever de “promover a repressão ao tráfico, a produção, a posse e ao porte de drogas ilícitas, **ainda que para consumo próprio, sendo vedada a descriminalização dessas condutas**” (grifo nosso).

As questões que se colocam são as seguintes:

- a) Firmar como objetivo fundamental do país o combate total às drogas ilícitas, erradicando desde a sua produção até o seu consumo, é compatível com os demais objetivos e com os princípios fundamentais (PEC nº 34/2023)?
- b) A inclusão seja de um mandado de criminalização, seja de uma vedação da descriminalização do porte e posse para uso pessoal, bem como. é compatível com a ordem constitucional brasileira (PECs nº 34/2023 e nº 45/2023)?
- c) É pertinente a inclusão de um direito específico de proteção aos efeitos prejudiciais das drogas no rol de



direitos fundamentais, inclusive com o estabelecimento de princípios a serem observados pelo Estado para garanti-lo, como a vedação da legalização de quaisquer drogas entorpecentes ou psicotrópicas causadoras de dependência ainda não consideradas lícitas (PEC nº 34/2023)?

O presente parecer será dividido em quatro partes.

A **Parte I** focará na inclusão pretendida pela PEC nº 34/2023 para o art. 3º da Constituição, estabelecendo o combate às drogas como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A **Parte II** examinará especificamente a inclusão de um mandado de criminalização (PEC nº 45/2023) ou de uma vedação da descriminalização (PEC nº 34/2023) do porte e posse de drogas ilícitas, mesmo que para uso pessoal, ponto comum a ambas as PECs.

A **Parte III**, por sua vez, complementarará a Parte II versando sobre os aspectos criminológicos da pretensão de criminalização/vedação de descriminalização, adotando como elementos centrais do debate os estereótipos raciais e seletividade racial.

Por fim, a **Parte IV** se debruçará sobre a criação, pretendida pela PEC nº 34/2023, de um direito de proteção contra os danos de drogas ilícitas, com previsão adicional de princípios a serem seguidos pelo Estado na garantia



desse direito como a vedação da legalização de novas substâncias para uso recreativo.

Senão vejamos.

PARTE I – PROPOSTA DE INCLUSÃO DA ERRADICAÇÃO DO TRÁFICO, PRODUÇÃO, POSSE, PORTE E CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS NO ROL DE OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

Os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da Carta Magna, dentro do Título “Dos Princípios Fundamentais”, consistem, de acordo com Flavio Martins, na “*Maior demonstração do caráter dirigente da Constituição de 1988*”.¹⁰ Ainda segundo o doutrinador, o art. 3º se trata de:

[...] um dispositivo de caráter principiológico e programático. Dessa Maneira, não produzirá todos os efeitos imediatamente, devendo ser visto como um “mandamento de otimização”, ou seja, o Estado deve cumprir o máximo possível desses objetivos, dentro dos limites jurídicos, orçamentários e fáticos.¹¹

O constituinte originário estabeleceu quatro objetivos fundamentais a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil. São eles: i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; ii) a garantia do desenvolvimento social; iii) a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e d) a promoção do bem de todos,

¹⁰ MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 463.

¹¹ MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 463.



sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como visto, a PEC nº 34/2023 pretende a inclusão de um quinto objetivo ao lado daqueles escolhidos pelo constituinte originário: **a erradicação do tráfico, produção, posse, porte e consumo de drogas ilícitas.**

Em outras palavras, como se extrai da própria justificativa da proposta, busca-se estabelecer o **combate às drogas ilícitas** como um dos princípios fundamentais do país:

Ao incluir o combate às drogas ilícitas como princípio fundamental na Constituição, estaremos estabelecendo claramente a importância desse tema. **Essa inclusão refletirá o compromisso do Estado brasileiro em enfrentar o tráfico de drogas e o consumo dessas substâncias como uma prioridade nacional**, com base em valores fundamentais, como a promoção da saúde, a segurança pública e o bem-estar da sociedade. Vale ressaltar, **a necessidade de um forte investimento nas instituições policiais**, no que tange a infraestrutura destas corporações, e seus membros, **para que possam fazer frente ao combate as drogas de modo à erradicação das drogas ilícitas, a produção, o tráfico, a posse, o porte e o consumo de drogas ilícitas no país**, inclusive, impossibilitando, qualquer forma de descriminalização das drogas ilícitas para consumo recreativo no Brasil. (grifos nossos)

Em primeiro lugar, chama atenção o fato de que se trataria de objetivo com nível de detalhamento muito maior do que os demais. O “bem de todos” e o “desenvolvimento nacional”, por exemplo, são termos mais amplos, que



conferem liberdade de ação ao Estado, desde que aja com a finalidade de promover esses bens.

A título ilustrativo, a inclusão proposta pela PEC nº 34/2023 seria análoga a estabelecer a erradicação da dengue como objetivo fundamental da República. Veja-se que nem a saúde pública ou a educação qualificada estão expressas no art. 3º, tendo o constituinte originário optado por se valer de termos mais abertos ao dispor sobre os objetivos gerais a serem perseguidos pelo país.

Outros textos constitucionais que também estabelecem objetivos fundamentais seguem o mesmo nível de abstração:

Constituição Portuguesa (1976) - O art. 9º trata das tarefas fundamentais do Estado, voltadas para a (re) construção de um Estado democrático de direito, atendendo à independência nacional, aos direitos e liberdades fundamentais, à participação democrática dos cidadãos e ao bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais. (...)

Constituição Espanhola (1978) - O seu art.10 explicita a preocupação constitucional para com a dignidade da pessoa, a inviolabilidade e o respeito à lei e aos direitos humanos enquanto fundamentos da ordem política e da paz social a serem assegurados pelo Estado Espanhol. (...)

Constituição do Peru (1993) - O art. 1º assegura que a defesa da pessoa humana e o respeito a sua dignidade são a prioridade da sociedade e do Estado peruano. (...)

Constituição do Equador (2008) - O art. 3º define que são deveres primordiais do Estado: garantir sem discriminação alguma os direitos



estabelecidos na Constituição; garantir e defender a soberania nacional, fortalecer a unidade na diversidade, garantir a ética laica, planejar o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, promover o desenvolvimento sustentável e a redistribuição equitativa dos recursos e da riqueza, com vistas ao bem viver, promover o desenvolvimento equitativo e solidário em todo o território, proteção do patrimônio cultural e natural do país, garantir aos habitantes uma cultura democrática e livre da corrupção.¹²

O art. 3º, portanto, obviamente não se presta para inclusão de uma questão tão específica, que pertence às pautas mais amplas de segurança e saúde públicas, tampouco para fixar uma linha de política pública a ser seguida pelo Estado para lidar com tal questão—ainda mais uma política pública extremamente controvertida como a “guerra às drogas”, que está sendo revisitada e abandonada por diversos países.

Assim, antes de adentrar em mais razões para se rejeitar essa parte da PEC, necessário tecer breves considerações sobre a opção—nada nova—por uma política de combate às drogas ilícitas, isto é, de “guerra às drogas”.

V. A Política de Guerra às Drogas e suas Consequências no Brasil

A política de “guerra às drogas” começou oficialmente nos Estados Unidos. O termo e a abordagem política associada foram popularizados pelo presidente Richard Nixon em 1971, quando ele declarou o abuso de drogas como o “inimigo público número um” do país e iniciou uma série de políticas,

¹² STRECK, Lenio; MORAIS, Jose Luis Bolzan. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



intensificadas sob a administração de Ronald Raegan, destinadas a reduzir a produção, distribuição e consumo de substâncias ilegais.

Os Estados Unidos desempenharam um papel central na promoção dessa política para além de suas fronteiras. Através de acordos bilaterais, pressões diplomáticas e, em alguns casos, assistência militar e financeira, outros países foram incentivados a adotar políticas semelhantes de combate às drogas.

Essas ações foram frequentemente justificadas como necessárias para controlar o fluxo de drogas ilícitas para os Estados Unidos, mas também estavam alinhadas com objetivos mais amplos de política externa.

A guerra às drogas chegou ao Brasil de forma mais intensa e sistemática nas décadas de 1980 e principalmente 1990, influenciada principalmente pelo modelo e pela pressão dos Estados Unidos. Durante esse período, o Brasil começou a implementar políticas mais rígidas de combate ao tráfico de drogas, refletindo a abordagem proibicionista que estava sendo promovida pelos EUA globalmente, levando a uma série de operações de grande escala nas áreas urbanas.

No entanto, a eficácia dessa abordagem tem sido amplamente questionada, uma vez que ela falhou em reduzir o consumo de drogas, enquanto gerou altos níveis de violência e corrupção, e impactou desproporcionalmente as comunidades mais pobres e marginalizadas.

Essa constatação já levou muitos países, e inclusive diversos estados do próprio Estados Unidos, a abandonar a “guerra às drogas” em prol de



uma abordagem de prevenção e tratamento dos usuários, acompanhada por vezes da legalização de substâncias antes consideradas ilícitas de modo a trazê-las para o mercado legal e assim gerar mais controle e transparência.

À vista disso, constitucionalizar a “guerra às drogas” vai no sentido inverso no qual o mundo vem caminhando nos últimos anos. Mais ainda: como se verá a seguir, há razões de Direito Penal que levam à conclusão pela inconstitucionalidade dessa parte da PEC nº 34/2023.

VI. Atuação das Agências de Criminalização Secundária no Combate às Drogas em Confronto com os Demais Objetivos Fundamentais da República

De acordo com Raul Zaffaroni e Nilo Batista, o processo de criminalização de uma conduta não é uno, mas sim duplo.

A criminalização primária é a criminalização tradicional: o processo do poder legislativo que faz uma conduta tornar-se crime, tipificando-a e estabelecendo a sanção penal corresponde pela sua prática. É, assim, a criminalização em abstrato.¹³

Porém, há também a criminalização secundária, isto é, a que de fato se opera no mundo concreto, contra pessoas concretas. Como explicam Zaffaroni e Batista,

¹³ ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, p. 44.



Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se ter praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso a privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).¹⁴

Em razão dos naturais limites de sua capacidade operativa, as agências de criminalização secundária não podem levar a cabo todo o projeto de criminalização primária, de modo que “*não têm outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo*”¹⁵.

A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatos burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva. (...)

(...)

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos

¹⁴ ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, p. 43.

¹⁵ ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, p. 44.



grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixa defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.¹⁶

Ou seja, como se vê acima, a criminalização secundária volta-se predominantemente contra os grupos mais vulneráveis socioeconomicamente, isto é, as populações pobres e, no caso do Brasil e de muitos outros países, negras.

Zaffaroni e Batista apontam ainda que essa seletividade, apesar de inevitável, *“lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas perante a lei como também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art. 5º CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela”*.¹⁷

Embora a seletividade da criminalização secundária seja comum a todo o sistema penal, ela é especialmente notável na política de “guerra

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, pp. 46-47.

¹⁷ ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, p. 46.



às drogas” que a PEC nº 34/2023 busca instituir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Como destacado no voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do RE nº 635.659/SP, diferenças de escolaridade e idade afetam empiricamente a quantidade de droga necessária para as agências de criminalização secundária considerarem um determinado indivíduo traficante e não somente usuário:¹⁸

A mediana para caracterização de tráfico de maconha para os analfabetos é de 32,275 gramas, enquanto para aqueles que tem 2º grau completo é de 40,0 gramas e para os portadores de diploma de superior completo a mediana chega a 49 gramas; ou seja, em média, um para ser considerado traficante, o portador de diploma de superior completo precisa estar portando 52% a mais de maconha do que o analfabeto. Essa variação é menor em relação a cocaína – que não apresenta diferença de medianas entre analfabetos e 2º grau completo –, devendo o portador de diploma de superior completo portar 32% a mais de cocaína, em média, para ser considerado traficante.

No caso do critério idade, a variação também é desproporcional. A mediana para caracterização de tráfico de maconha para os suspeitos de 18 anos é de 23,90 gramas, enquanto para os suspeitos até 30 anos é de 36 gramas e para os acima de 30 anos é de 56 gramas, ou seja, para que alguém com mais de 30 anos seja considerado traficante, precisa estar portando 134% a mais de entorpecente, ou seja, mais do que o dobro de maconha. No caso de cocaína, essa variação de mediana chega a 73%, ou seja, os suspeitos de 18 anos são tipificados como traficantes com – em média –

¹⁸ Voto (em revisão) disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>.



15,90 gramas de cocaína, enquanto aqueles com mais de 30 anos precisam estar portando – também em média – 27,53 gramas do entorpecente.

Além disso, pesquisa conduzida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA constatou que negros são a maioria entre presos por tráfico de drogas. A partir desse estudo, o IPEA concluiu o seguinte quanto ao processo de criminalização secundária nesses casos:¹⁹

Os dados apresentados nesta NT são evidência de que o ônus da criminalização por tráfico de drogas recai desproporcionalmente sobre pessoas negras. Comparativamente ao perfil racial da população,²⁵ verificou-se que as pessoas negras estão super-representadas no universo de réus na ordem de 21%, ao passo que as pessoas brancas estão sub-representadas em 26% (gráfico 6).

Este cenário de super-representação das pessoas negras e de sub-representação de pessoas brancas, quando comparado o perfil racial da população em geral e o dos réus da pesquisa, acontece não apenas no agregado nacional, mas em todas as regiões do país em diferentes proporções (gráficos 5 e 6).

Desse modo, **é imperativo concluir que a raça constitui uma variável relevante para a compreensão dos processos de criminalização secundária por tráfico de drogas, tanto no sentido de que o fato de uma pessoa ser negra aumenta sua probabilidade de ser criminalizada quanto no sentido de que a pessoa ser branca atua como proteção a essa mesma imputação.** (grifos nossos)

Veja-se que, só no ano de 2022, “*policiais civis e militares foram responsáveis por 6.430 mortes decorrentes de intervenção policial -- nome*

¹⁹ Estudo disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12439>.



técnico para quando se envolvem em ações com mortes.”²⁰ E, de acordo com estudo da Rede de Observatórios da Segurança, do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec), com base em estatísticas fornecidas pelas polícias do Rio de Janeiro, de São Paulo, da Bahia, de Pernambuco e do Ceará, Piauí, Maranhão e Pará, **a cada 100 mortos nesses estados naquele ano, 65 foram negros.**²¹

Por esses motivos, tem razão o Ministro Alexandre de Moraes ao concluir que *“é possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior”*.

Além disso, o processo de criminalização secundária pode inclusive levar a resultados mais punitivos do que aquele pretendido pelo legislador. É o caso da Lei nº 11.343/06, que, como observam Carlos Eduardo Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira, apesar de prever um tratamento mais brando para usuários e traficantes eventuais, na prática resultou no endurecimento da resposta penal, com o aumento do número de presos por tráfico não privilegiado:

Assim, embora se tenha, teoricamente, introduzido uma política criminal bifurcada no nível legislativo, com o endurecimento das sanções previstas para o comércio ilícito e um tratamento penal menos severo em relação ao usuário e ao traficante eventual, a nova legislação teria acabado por produzir, de acordo com a autora [Boiteux], o endurecimento da resposta

²⁰ Fonte: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/20/policias-do-brasil-mataram-17-pessoas-por-dia-ao-longo-de-2022-indica-anuario-de-seguranca.ghtml>.

²¹ Fonte: <https://www.brasildefato.com.br/2023/11/16/a-cada-100-mortos-pela-policia-em-2022-65-eram-negros-mostra-estudo>.



penal no nível das práticas judiciais, tanto para o traficante, quanto para o usuário.

As decisões produzidas no nível do poder judiciário, com base na margem de discricionariedade fornecida pelo próprio legislador, teriam provocado, dessa forma, o crescimento do número de presos por tráfico.

Esse crescimento, conjugado com o aumento da pena mínima cominada, teria contribuído, por sua vez, para a elevação nas taxas de encarceramento brasileiras (...) ²²

Não se pode ignorar, ainda, o número de mortes ocasionada pela política de guerra às drogas. O custo em termos de vida, e também de recursos, é altíssimo, levando a uma considerável redução da expectativa de vida, em especial no Rio de Janeiro e São Paulo. Sobre isso, leia-se a conclusão de outro estudo conduzido pelo IPEA: ²³

O proibicionismo e, em particular, a guerra às drogas são as formas mais eficientes de desperdiçar recursos públicos e sociais. De fato, a estratégia de coibir a oferta de drogas pelo caminho da repressão já nasce fadada ao fracasso.

(...)

Ao considerarmos a expectativa de vida condicional, em relação ao momento em que a morte prematura se deu, estimamos os anos de vida potenciais perdidos devido à morte por violência intencional atribuída à questão das drogas. Ao fazer o cálculo agregado para Rio de Janeiro, São Paulo e Brasil, vimos que, em 2017, os fluminenses perderam 153 mil anos de vida potenciais, enquanto os paulistas perderam 64 mil e os brasileiros perderam 1,148 milhão de anos de vida potenciais. A perda econômica de

²² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Superpopulação carcerária e direitos humanos*. São Paulo: Tyrant lo Blanch, 2024, pp. 67-68.

²³ Estudo disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=52c1a9e7-6875-4fb6-afce-d265ec4bcb38>.



bem-estar devido à mortalidade associada à violência nas dinâmicas que envolvem drogas ilícitas, em valores de 2017, no Rio de Janeiro, São Paulo e Brasil foi, respectivamente, de R\$ 7,6 bilhões, R\$ 3,3 bilhões e R\$ 50,9 bilhões. Tais valores equivaleriam a um imposto intangível que cada fluminense, paulista e brasileiro pagaria anualmente de R\$ 457, R\$ 73 e R\$ 269,5.

Diante de todos esses dados, a seletividade exercida pelas agências de criminalização secundária dentro de uma política de “guerra às drogas” acarreta um verdadeiro ***Racismo de Estado***, termo desenvolvido a partir da teoria de Michel Foucault sobre biopolítica. Como colocam Caroline Filla Rosaneli, Ramon Andrade Ferreira e Cezar Bueno de Lima, autores do artigo *Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil*,

Ficou evidente que as maiores vítimas de mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil são pessoas negras, além disso, os policiais que mais morrem vítimas de assassinato também são negros. Desse modo, é possível afirmar que a criminalização e a política de ‘guerra às drogas’ têm consequências que não são meros efeitos colaterais de um enfrentamento em nome da paz e da justiça, mas pode ser considerado uma prática biopolítica racista do próprio Estado, conforme o conceito estabelecido por Michel Foucault. Mais do que isso, percebe-se que a letalidade policial contra jovens negros, assim como a morte de policiais, também na sua maioria negros, estão para além de simplesmente expor à morte ou deixar morrer, conforme a perspectiva biopolítica, mas consiste numa prática de extermínio direta no sentido necropolítico estabelecido por Achille Mbembe.²⁴

²⁴ Alvarenga, R., Filla Rosaneli, C., Andrade Ferreira, A y Bueno de Lima, C. (2021). Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. *Polis Revista Latinoamericana*, 20 (60), 130-148. Disponível em: <https://journals.openedition.org/polis/21039>.



Esse *Racismo de Estado*, nitidamente presente na política de “guerra às drogas”, é claramente incompatível com os objetivos fundamentais da República estabelecidos pelo constituinte originário, em especial a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

Não há espaço para a constitucionalização da política de “guerra às drogas”, ainda mais como princípio fundamental. É uma política que atinge desproporcionalmente as populações negras e pobres, marginalizando-as e estereotipando-as ainda mais, aumentando o estigma social e legitimando uma atuação violenta e draconiana das agências de criminalização secundária, em especial as agências policiais, e, para piorar, tudo isso sem gerar qualquer resultado efetivo.

Diante dos efeitos nefastos da “guerra às drogas” no Brasil, com criminalização desproporcional das populações negras e pobres, merece ser rejeitada a inclusão da erradicação da posse, porte e consumo de drogas ilícitas—isto é, da política de combate às drogas—no rol de objetivos fundamentais da República.

PARTE II – PROPOSTA DE INCISO NO ART. 5º COM MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E/OU VEDANDO A DESCRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO, PRODUÇÃO, POSSE E PORTE DE DROGAS ILÍCITAS, AINDA QUE PARA CONSUMO PRÓPRIO



Zaffaroni e Nilo Batista classificam os princípios limitadores do poder punitivo em três categorias: a) a legalidade e os princípios dele decorrentes; b) os princípios que excluem toda pretensão punitiva incompatível com os Direitos Humanos; e c) os princípios inerentes ao Estado de Direito que limitam a criminalização.²⁵

É à luz em especial dos princípios que integram essas duas últimas categorias que merece ser analisada as propostas das PECs nº 34/2023 e nº 45/2023 de respectivamente vedar a descriminalização e de incluir um mandado de criminalização do porte e posse de drogas, ainda que para uso pessoal. Serão abordados, aqui, a) o princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da lesividade; c) o princípio da alteridade; d) o princípio da intranscendência; e e) o princípio da intervenção mínima.

Como coloca Juarez Tavares, esses princípios que regem o Direito Penal “*são normas superiores da ordem jurídica, orientadas a traduzir, em termo enunciativos, o que deva constituir elemento essencial ao Estado Democrático de Direito.*”²⁶ Não pode, assim, uma Proposta de Emenda Constitucional introduzir na Constituição normas incompatíveis com o próprio modelo do Estado brasileiro e seus princípios fundamentais.

VII. Vedação da Descriminalização do Porte e Posse de Drogas: Um Direito e Dever Individual e Coletivo?

25 ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, pp. 202-203.

26 TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 71.



Inicialmente, chama atenção o fato da vedação de descriminalização e do mandado de criminalização pretendidos pela PECs terem suas inclusões propostas para o art. 5º da Constituição Federal, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, título “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Os direitos e garantias fundamentais, de forma geral, são responsáveis por garantir o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna dentro de uma sociedade administrada pelo poder estatal. Dessa forma, como lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, são indissociáveis da própria dignidade da pessoa humana:

“É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça”. [...] “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.²⁷

Nesse sentido, os direitos fundamentais são divididos na Constituição Federal brasileira em temas específicos. Os direitos individuais, deduzidos em dezenas de incisos presentes no artigo 5º da Constituição Federal e alvos das PECs aqui discutidas, envolvem o direito à vida, à privacidade, à igualdade e à liberdade. Os referidos direitos, no entendimento do Luís Roberto Barroso, “traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado”, que

²⁷ MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Gonet Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª. ed. Saraiva, 2020, p. 210.



nasceram, “*historicamente, como direitos individuais, voltados para a proteção do indivíduo em face do Estado*”.²⁸

No entanto, o que buscam as PECs nº 34/2023 e nº 45/2023 é criminalização de comportamento e opção estritamente individual—qual seja, o porte e posse de drogas para uso pessoal—, que não afeta bens jurídicos alheios, claramente dentro da esfera de autonomia, liberdade e livre-arbítrio garantida precisamente pelo próprio artigo 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 (...)*”.

A ideia de punir alguém por uma escolha que, na verdade, só afeta ela mesma, parece ir contra o próprio espírito desse artigo, uma indevida intromissão do Estado na esfera privada que os direitos e garantias fundamentais buscam proteger.

Ao menos, o mandado de criminalização do tráfico, que de fato consta do art. 5º, direciona-se a conduta que visa produzir resultados concretos e danosos em desfavor de terceiros, assim justificando-se a sua inclusão no referido dispositivo.

Já uma vedação de descriminalização/um mandado de criminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal não guarda qualquer relação com direitos e garantias individuais. Ao contrário, viola inúmeros

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 9ª. ed. Saraiva, 2019.



princípios do Direito Penal Constitucional, como se verá ao longo desta parte do parecer.

Tal vedação de descriminalização/mandado de criminalização não encontra lugar na Constituição de um Estado Democrático de Direito, compromissado com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, e muito menos no espaço da Carta Magna reservado pelo constituinte originário aos direitos e garantias fundamentais.

VIII. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Esse princípio central não apenas reflete um valor intrínseco de cada indivíduo, mas também serve como um norte para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ele implica no reconhecimento de que todas as pessoas merecem um tratamento que respeite sua autonomia, liberdade e condições para uma existência digna, independente de qualquer circunstância.

No âmbito do Direito Penal, Juarez Tavares defende que “*o princípio de proteção da dignidade humana deve servir de limitação do poder de punir e ainda de parâmetro para a criação de normas jurídicas, sua aplicação e execução, afetando todos os poderes da República*”. Prossegue ele:



(...) o Estado não pode restringir ou privar a liberdade, nem o exercício de profissão ou atividade, nem a decisão individual acerca de seu próprio destino ou forma de vida, salvo nos casos de motivo justificado e de extrema necessidade para a proteção de direitos de outra pessoa.

(...)

Somente no caso de haver a necessidade de proteção da dignidade de outrem é que se pode admitir a intervenção do Estado na liberdade individual. Por constituir um princípio ético universal, a proteção da dignidade da pessoa humana, tomada como direito subjetivo ao respeito, deve servir de princípio básico da ordem jurídica, pelo qual se possa proibir o uso da tortura, fundamentar a interpretação das normas, resguardar a autonomia da pessoa humana, vincular a responsabilidade penal ao pressuposto de culpabilidade, limitar a execução da pena e impedir o exercício arbitrário de poder.²⁹

Desse princípio decorrem diversos direitos e garantias fundamentais. O inc. X do art. 5.º da Constituição Federal, por exemplo, assegura que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

A proteção constitucional citada, segundo o Min. Luiz Fux, “*traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca de suas realizações de vida pessoal*”³⁰, pois, nas palavras do Min. Marco Aurélio “*ninguém pode ser*

²⁹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 70.
³⁰ Voto do Min. Luiz Fux, ADI 132-RJ cit.



funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio”, sendo “A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário”³¹.

Assim, em sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República, não é possível a inclusão de dispositivo, ainda mais no rol de direitos e garantias individuais, que conflite com o grau de autonomia e autodeterminação por ela assegurada.

Para Zaffaroni e Nilo Batista, esse âmbito de autonomia garantido pelos mais altos valores constitucionais significa que “*a) o estado não pode estabelecer uma moral; b) em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral;*” e, principalmente, “*c) as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade*”.³²

À vista disso, nota-se que as PECs, ao proporem a vedação da descriminalização/um mandado de criminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal, entram em conflito direto com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas medidas, ao penalizarem escolhas pessoais relacionadas ao consumo de substâncias que primariamente afetam o próprio indivíduo, ultrapassam o papel do Estado de garantidor da ordem social e invadem

31 Voto do Min. Marco Aurélio, ADI 132-RJ cit.

32 ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, p. 225.



indevidamente a liberdade individual, regulando condutas que deveriam estar protegidas pela esfera privada do cidadão.

Essa intervenção estatal excessiva não só viola a esfera privada, mas também ignora aspectos complexos do uso de substâncias, como questões de saúde mental e contextos de vulnerabilidade, que seriam mais adequadamente abordados sob perspectivas de saúde e apoio social.

Além disso, ao impor penalidades pelo consumo pessoal, o Estado contribui para a marginalização de usuários, dificultando seu acesso a tratamentos e à reinserção social, o que contradiz a essência da dignidade humana, centrada no respeito à pessoa e na promoção de condições para seu desenvolvimento pleno.

Portanto, as PECs nº 34/2023 e nº 45/2023, ao constitucionalizarem criminalização da posse e do porte de drogas para uso pessoal, contrariam os valores da dignidade da pessoa humana, desrespeitando a liberdade individual e a autonomia pessoal, pilares essenciais consagrados pela Constituição.

IX. Princípio da Lesividade

A análise da criminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal à luz do princípio da lesividade (ou ofensividade) requer uma reflexão sobre a natureza e os objetivos do Direito Penal no contexto de um Estado Democrático de Direito comprometido com a proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais.



Este princípio estabelece que só devem ser penalizadas condutas que efetivamente causem dano (lesão ou perigo concreto de lesão) a bens jurídicos. Ou seja, para que uma ação seja considerada criminosa, deve haver um prejuízo real ou potencial à sociedade ou a terceiros, que justifique a intervenção estatal por meio do Direito Penal. Bitencourt leciona o seguinte sobre o princípio da lesividade/ofensividade:³³

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 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.

O consumo pessoal de drogas, por sua natureza, é primariamente uma conduta que afeta o próprio indivíduo que consome a substância. Não há, neste ato isolado, uma clara lesão direta ou imediata a terceiros ou à sociedade como um todo. A criminalização dessa conduta, portanto, entra em tensão com o princípio da lesividade, uma vez que penaliza comportamentos que não resultam em dano direto a outros.

33 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 28ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 1, p. 71.



Assim, um argumento utilizado a favor da criminalização da posse e do porte de drogas para uso pessoal é que o seu consumo pode lesar a saúde pública e levar a comportamentos violentos. No entanto, essa visão não considera adequadamente a complexidade do problema ou as evidências de estratégias alternativas.

No âmbito principiológico, o raciocínio de que o uso de drogas representa lesão à saúde pública aproxima-se estreitamente da noção de perigo abstrato, rechaçada pela ordem penal constitucional. Juarez Tavares adverte contra o uso da fórmula do perigo abstrato para criminalizar condutas sem real potencial lesivo, apenas para fins simbólicos:³⁴

Está claro que o legislador se vale, muitas vezes, também nas incriminações de uma fórmula de perigo abstrato, à qual se apega a doutrina para ampliar a incidência do poder punitivo e legitimá-lo. Essas incriminações, que correspondem ao que se chama de legislação simbólica, uma vez que são destinadas à satisfação de interesses políticos, contrariam, no entanto, o sentido de orientação que a ordem jurídica deve emprestar às suas normas, porque impedem que sua infração se traduza em uma alteração sensível da realidade. É mesmo próprio da legislação simbólica iludir seus destinatários mediante argumentos de que a conduta incriminada apresenta potencialidade lesiva, a justificar sua legitimidade.

No mesmo sentido, Zaffaroni e Nilo Batista alertam para o fato de que “*Praticamente, não há conduta que não se possa criminalizar sob o*

34 TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 90.



*pretexto de evitar algum risco em uma sociedade de riscos e, por conseguinte, não haveria atividade alguma que não fosse suscetível de ser criminalizada”.*³⁵

Além disso, pesquisas indicam que a criminalização do uso de drogas não apenas falha em abordar efetivamente os obstáculos na saúde pública relacionados ao consumo de substâncias, mas também pode exacerbar esses problemas. Por exemplo, a experiência de Portugal com a descriminalização de todas as drogas ilícitas mostra que, em vez de aumentar, houve uma diminuição significativa nas mortes por overdose e nos novos diagnósticos de HIV entre usuários de drogas após a implementação da política de descriminalização.³⁶ Isso sugere que as abordagens focadas em saúde e redução de danos podem ser mais eficazes na mitigação dos prejuízos à saúde pública do que a criminalização.

Quanto ao argumento de que usuários de drogas podem se tornar violentos, é importante distinguir entre o consumo de substâncias e as ações subsequentes que um indivíduo possa tomar.

O princípio da lesividade pressupõe que deve haver um dano direto e imediato à sociedade ou a terceiros para justificar a intervenção do Direito Penal. Comportamentos violentos ou lesivos resultantes do consumo de drogas já são criminalizados, tornando redundante e injusta a penalização pelo mero consumo ou posse para uso pessoal.

Em verdade, a não criminalização do álcool por exemplo, apesar de seus conhecidos efeitos nocivos à saúde pública e potencial para induzir

35 ZAFFARONI, E. Raul, et. al., *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 3ª reimpressão, 2017, p. 241.

36 <https://www.publichealthdegrees.org/resources/drugs-decriminalization-and-public-health/>



comportamentos violentos, destaca uma inconsistência na aplicação do princípio da lesividade que não pode ser ignorada.

X. Princípio da Alteridade

Se o dano à sociedade pela posse ou porte de drogas para uso pessoal é diminuto ou até inexistente, o que dizer em relação ao dano causado ao próprio indivíduo? Embora haja drogas hoje ilícitas com menor potencial lesivo, como a maconha, é fato que muitas delas podem ser extremamente destrutivas para o seu usuário, levando ao vício, alienação e até mesmo à morte.

No entanto, não é legítimo ao Estado criminalizar condutas apenas porque lesionam o próprio agente. Pior ainda seria a Constituição determinar a criminalização de tal conduta, como é o caso da PEC nº 45/2023— ou, no caso da PEC nº 34/2023, vedar a sua descriminalização—, assim esculpindo em pedra uma norma em clara afronta com os princípios fundamentais que regem o Direito Penal.

O princípio da alteridade, desenvolvido por Claus Roxin, postula que ninguém pode ser punido por lesionar a si mesmo. A relação desse princípio com a autonomia garantida pela dignidade da pessoa humana é nítida. Isso não quer dizer que o Estado não possa buscar intervir de alguma forma, promovendo campanhas educativas, tratamentos etc. que visem influenciar pessoas a não praticarem condutas auto lesivas, mas sim que essa intervenção não poderá realizar pela via penal.



É o que ocorre com o cigarro, cujos efeitos deploráveis para a saúde são por todos conhecidos e lembrados a todo momento pelo Estado. Ainda assim, garante-se a autonomia e liberdade de quem, mesmo alertado de todos os danos e grande risco de vício, escolhe fumar.

Também não se criminaliza a tentativa de suicídio, ato máximo de autolesão, e que é tão nefasto para o corpo social que os jornais hoje, via de regra, sequer noticiam essa ocorrência. Nas palavras da doutrinadora Maria Lúcia Karam:³⁷

Assim como não se pode criminalizar e punir – como, de fato, não se pune – a tentativa de suicídio e a autolesão, não se podem criminalizar e punir condutas que, menos danosas do que aquelas, podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão.

Logo, em consonância com o princípio da alteridade e a supremacia da dignidade da pessoa humana, a imposição, por meio de uma norma constitucional, da criminalização de condutas autolesivas constituiria uma indevida expansão do Direito Penal para áreas que este não pode penetrar, pois concernentes à esfera privada do cidadão, cuja proteção é, inclusive, assegurada pela própria Constituição.

XI. Princípio da Intranscendência/Pessoalidade

37 KARAM, ML. Legislação brasileira sobre drogas: história recente – a criminalização da diferença. In: ACSELRAD, G. org. *Avessos do prazer: drogas, Aids e direitos humanos* [online]. 2nd ed. rev. And enl. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005, pp. 155-164, p. 157.



O argumento de que o consumidor financia o tráfico, e por isso, contribui para as atividades criminosas associadas a ele, é frequentemente utilizado para justificar a criminalização do porte e da posse de drogas para uso pessoal.

Essa linha de raciocínio sugere uma cadeia de responsabilidade onde o consumo individual tem implicações diretas na perpetuação do tráfico de drogas, um fenômeno associado a uma série de males sociais, incluindo violência e desestabilização de comunidades.

No entanto, sob a luz do princípio da intranscendência/pessoalidade, ou o princípio da pessoalidade da pena, a responsabilidade penal é individual e não deve se estender além da pessoa que cometeu o ato ilícito.

Este princípio assegura que apenas o agente possa ser responsabilizado pelas consequências de suas ações. Nas palavras de Luis Regis Prado:³⁸

Pelo princípio da responsabilidade pessoal impede-se a punição por fato alheio, vale dizer, só o autor da infração penal responde por sua prática. É a responsabilidade penal sempre de caráter pessoal ou subjetiva – própria do ser humano – e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie (v.g., por fato alheio, por representação, pelo resultado etc.). O aludido princípio significa

38 PRADO, Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: Volume I: Parte Geral*. 2ª ed., rev., atual. E reform., São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 257



responsabilidade pessoal por fato próprio (materialmente causado), ou melhor, por fato próprio culpável.

A aplicação deste princípio ao consumo de drogas para uso pessoal levanta questões complexas. Por um lado, argumenta-se que ao comprar drogas, o usuário financia indiretamente o tráfico, contribuindo para as atividades criminosas e seus efeitos nocivos na sociedade. Sob essa perspectiva, o consumo não é visto apenas como um ato de autolesão ou uma escolha individual sem vítimas, mas como parte de uma cadeia de eventos que sustenta o crime organizado e suas consequências negativas.

Em primeiro lugar, por esse pensamento, não deveria haver proibição no caso de pequenas produções para uso próprio. Mas, pior que isso, a premissa de que o consumidor está financiando, e por isso é corresponsável pelo mal causado pelo traficante, estende a penalidade para além do ato individual de consumo para abranger os potenciais danos futuros que o traficante possa vir a causar à sociedade.

Mais criticamente, ao penalizar o consumo pessoal, o sistema penal acaba responsabilizando o consumidor até mesmo pelos danos que ele próprio sofre ao adquirir e consumir drogas ilícitas — uma contradição direta com o princípio da pessoalidade da pena. Assim, a pena transcende para a própria vítima, que é sancionada não apenas pela aquisição da substância, mas também pelos danos sociais e à saúde que o tráfico de drogas implica.

Essa cadeia de responsabilização é especialmente problemática porque coloca o consumidor, muitas vezes uma vítima das



circunstâncias sociais, econômicas ou de saúde que levam ao uso de substâncias, em um papel de coautor dos crimes cometidos por traficantes.

Isso ignora a complexidade das causas do consumo de drogas e a necessidade de abordagens focadas em saúde pública, redução de danos e suporte social para os consumidores.

XII. Princípio da Intervenção Mínima

O Direito Penal é a esfera mais incisiva e severa do poder estatal de coerção, tratando-se da mais poderosa ferramenta de que dispõe o Estado para intervir nos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Essa instrumentalidade gravosa do Direito Penal é reiteradamente ressaltada pela doutrina penalista e pela jurisprudência pátria como uma *ultima ratio*, ou seja, a última alternativa a ser adotada após a ineficácia de todas as outras medidas menos restritivas. Como leciona Bitencourt:³⁹

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima*

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 17.



ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

No caso da criminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal, há a completa inversão desse princípio: o Direito Penal não está sendo utilizado como o último, e sim como primeiro recurso do Estado para lidar com usuários. Portanto, a inclusão na Constituição de uma vedação da descriminalização dessa conduta importa em grave ofensa à ordem penal constitucional brasileira e aos valores que a regem.

O uso recreativo de drogas, via de regra, não representa mal algum, e não deve ser objeto de intervenção estatal. Quando esse uso levar para um consumo excessivo ou inadequado, aí sim cabe a atuação do Estado, devendo-se tratar o indivíduo por meio da ciência médica, seja por acompanhamento psicológico, seja pela psiquiatria, seja por outra medida situada no âmbito da saúde pública, e não por meio da via penal.

Assim, deve-se ponderar a efetividade da via penal enquanto método de controle do consumo de substâncias psicoativas. A experiência internacional, somada às pesquisas em criminologia e política criminal, tem demonstrado que a criminalização do porte e uso de drogas não alcança os resultados pretendidos em termos de redução da demanda e da oferta.

Pelo contrário, frequentemente resulta na perpetuação de ciclos de violência, na superlotação carcerária e na perpetuação de uma guerra às drogas que historicamente se mostra ineficaz. Políticas de descriminalização e regulamentação, combinadas com programas de prevenção, educação e



tratamento, apresentam-se como alternativas mais coerentes e humanizadas, alinhadas com uma perspectiva de saúde pública e respeito às liberdades individuais garantidas pela Constituição.

PARTE III – ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL.

A vedação da descriminalização ou um mandado de criminalização do porte e posse de drogas em qualquer quantidade para uso pessoal contida no bojo das Propostas de Emenda à Constituição nº 34/2023 e nº 45/2023, respectivamente, no âmbito da criminalização primária apresenta especial potencial para aumento do encarceramento em massa de usuários, sejam os que fazem uso problemáticos de substância psicoativas, ou os que utilizam com finalidade meramente recreativa.

No entanto, a exemplo do que se verifica quanto ao superencarceramento após a sanção da “Lei de Drogas” nº 13.343 de 2006⁴⁰, as medidas encarceradas têm como principal destinatário a camada social da população majoritariamente negra, pobre e residente em territórios periféricos e vulneráveis.

De modo que, neste tópico, serão abordados os aspectos criminológicos da pretensão de criminalização, adotando como elementos centrais do debate os estereótipos raciais e seletividade racial.

⁴⁰ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acessado em: 06/05/2024



XIII. Estereótipos raciais no contexto da Criminalização das drogas: “De traficados à traficantes”⁴¹.

A frase destacada neste título é de autoria da advogada e mestra em Direito e Criminologia (UnB), Deise Benedito, utilizada em seus discursos para destacar a relação entre a condição da população negra trazida de África para o Brasil como traficados nos tumbeiros⁴², após a proibição do tráfico negreiro em 1831, e os processos de criminalização dos descendentes dessa população conectados ao uso e ao tráfico de substâncias psicoativas, como é o caso da maconha e outras.

Isto porque, em breve digressão histórica, estudos apontam que a maconha foi introduzida no Brasil a partir de 1549, por negros escravizados, principalmente da região de Angola, daí a sua denominação de fumo-de-Angola ou “*Djamba*”⁴³. Disseminou-se rapidamente entre os negros e indígenas que passaram a cultivá-la. Alguns séculos depois, ao passo que se tornou popular entre intelectuais franceses e médicos ingleses, passou a ser considerada medicamento com indicação para diversos males⁴⁴.

Somente na década 1920 e, na II Conferência Internacional do Ópio, em 1924, em Genebra, passou a ser chamada de maconha e foi

⁴¹ BENEDITO, Deise. De traficados a traficantes, a população negra é a maior vítima da guerra às drogas – Entrevista com Deise Benedito. Disponível em: [www.geledes.org.br/de-traficados-traficantes-populacao-negra-e-maior-vitima-daguerra-as-drogas-entrevista-com-deise-benedito/]. Acessado em: 04.02.2017.

⁴² Navios negreiros que transportavam os negros escravizados da África para o Brasil, recebia esse nome porque grande parte da população morria no curso da viagem.

⁴³ CARLINI, Elisaldo Araújo: A história da maconha no Brasil. In: Revisão de literatura • J. bras. psiquiatr. 55 (4) • 2006 P. 314-317 <https://doi.org/10.1590/S0047-20852006000400008>

⁴⁴ Idem 27



classificada pelo delegado brasileiro, Dr. Pernambuco, diante de 45 delegações internacionais, como “a mais perigosa dos ópios”.

Por meio do Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938, o Brasil promulgou a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas⁴⁵, prevendo:

Artigo II: Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções; (grifos nossos)

A partir dessa década, as pessoas usuárias dessas substâncias passam a sofrer severa perseguição policial em razão da política proibicionista adotada no cenário internacional e internalizada no Brasil.

No contexto histórico do Brasil, a maconha e seus derivados sempre esteve, direta ou indiretamente, conectada à população negra e indígena, seja como bálsamo para aliviar o banzo⁴⁶, ou como remédio natural para aliviar males físicos e mentais, razão pela qual, não se pode ignorar os estereótipos estigmatizantes racializados que permeiam a figura do “bandido traficante” no

⁴⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1938/d02994.html Acessado em 06/05/2023

⁴⁶ Sentimento de melancolia oriundo da ruptura ontológica do ser, forçosamente retirado de seu mundo.



imaginário popular. Daí porque a frase inicial de Deise Benedito, resume de forma certa a condição da população negra desde a escravidão.

O dispositivo raça⁴⁷ - aqui utilizado na concepção foucaultiana desenvolvida por Agamben - é elemento central, não marginal, no processo de produção de políticas criminais de criminalização de drogas, eis que funciona como balizador da relação de poder político, social e econômico entre os grupos de brancos e não brancos.

Contudo, diante do princípio da não discriminação explicitado na Carta magna, por vezes, o legislador opera no campo da discriminação indireta, transvestida de neutra e generalista ao editar normas que, convenientemente, ignoram aspectos específicos de determinados grupos populacionais e, no entanto, quando da sua aplicação produzem resultados desproporcionais.

A esse respeito, Adilson José Moreira, em sua obra *O que é discriminação?*, leciona:

“Uma norma jurídica, política pública ou decisão institucional podem obedecer ao princípio da generalidade, não sendo dirigidas a nenhum grupo específico. Porém, sua aplicação pode ter efeito desproporcional sobre uma determinada classe de indivíduos, o que caracteriza a discriminação indireta.”⁴⁸

⁴⁷ O termo dispositivo é utilizado na perspectiva foucaultiana desenvolvida por Agamben, como um conjunto heterogêneo, que inclui virtualmente qualquer coisa, linguístico e não linguístico no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de segurança, proposições filosóficas etc. o dispositivo em si mesmo e a rede que se estabelece entre esses elementos e se insere nas relações de poder.

⁴⁸ MOREIRA. Adilson J. *O que é discriminação?*; Belo Horizonte-MG: Ed. Letramento, 2017, p.102;



De modo que, o direito penal brasileiro, sempre operou explícita - no passado⁴⁹ - ou implicitamente - no presente - sob a diretriz criminalizatória e persecutória do povo negro estigmatizando-o como marginal e propenso ao cometimento de crimes.

XIV. Estereótipos e seletividade racial

A lei de drogas aprovada em 2006, buscou estabelecer critérios (art. 28, § 2º) para diferenciação entre usuário e traficante, devendo o juiz observar “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.”

Contudo, embora a intenção do legislador fosse evitar que o usuário sofresse a criminalização por tráfico, na aplicação da lei, tanto pelas forças policiais no ato do flagrante ou da abordagem, quanto pelo ministério público e pelo juiz, verificou-se a prática (in)consciente da seletividade racial por meio de estereótipos raciais, onde o sujeito aplicador da lei forjado numa sociedade racista que historicamente criminaliza negros, no seu viés (in)consciente automaticamente classifica como traficante o portador de ínfima quantidade de drogas se ele for negro e pobre, criando-se, assim, a figura do pequeno traficante.

As criações desses estereótipos raciais encontram bases no racismo científico surgido em meados do século XVIII e inseridos no

⁴⁹ Elementos típicos da cultura negra como a capoeira e o benzimento com ervas (curandeirismo) foram criminalizados, assim como, o tipo penal “vadiagem” criado para o aprisionamento de negros desempregados no período pós-abolição



campo dos estudos da criminologia ao final daquele século e início do século XIX, com o início da escola positivista da criminologia.

Por fim, o surgimento da antropologia criminal, cujo o marcador epistêmico está na obra de Cesare Lombroso, **O homem delinquente**, publicada em 1876, oferece bases pseudocientíficas para os estereótipos raciais perpetuados ao longo dos séculos e ainda vigentes. Lombroso atribui, de forma generalizada e reducionista, características físicas e biológicas de determinados grupos raciais ao cometimento de crimes como homicídio, roubo, fazendo essas associações a traços físicos de pessoas negras. No capítulo “Fisionomias de Criminosos”, descreve:

Os homicidas, os arrombadores, têm cabelos crespos, são deformados de crânio, têm possantes maxilares, zigomas enormes e frequentes tatuagens; cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco. Os homicidas habituais têm o olhar vidrado, frio, imóvel, algumas vezes sanguíneo e injetado; o nariz, freqüentemente aquilino ou adunco como os das aves de rapina, sempre volumoso; os maxilares são robustos; as orelhas, longas; os largos; os cabelos crespos são abundantes e escuros. Com frequência, a barba é escassa, os dentes caninos muito desenvolvidos; os lábios, finos; Muitas nistagmo e contrações de um lado do rosto que mostram a saliência de caninos como um sinal de ameaça – Cesare Lombroso em *O homem delinquente* (p. 248)⁵⁰

Os estudos das ciências criminais no Brasil encabeçados por Raymundo Nina Rodrigues, deita raízes na antropologia criminal e, conseqüentemente, na criminologia positivista de Cesare Lombroso. Vejamos:

⁵⁰ LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. *O homem delinquente* / Cesare Lombroso: tradução Sebastião José Roque. – São Paulo: Ícone, 2016 (Coleção fundamentos do direito). P. 248;



A concepção espiritualista de uma alma da mesma natureza em todos os povos, tendo como consequência uma inteligência da mesma capacidade em todas as raças, apenas variável no grau de cultura e passível, portanto, de atingir mesmo num representante das raças inferiores, o elevado grau a que chegaram as raças superiores, **é uma concepção irremissivelmente condenada em face dos conhecimentos científicos modernos.**⁵¹ (grifos nossos)

O trecho acima, extraído do intróito de **Raças Humanas e a responsabilidade penal no Brasil**, foi escrito por Nina Rodrigues em 1894, época em que era professor de medicina legal, na cadeira de Saúde Pública, na Faculdade de Medicina da Bahia.

Para o professor e contemporâneo de Nina Rodrigues, Afrânio Peixoto⁵², tal obra o lança de uma vez por todas para o universo da medicina legal, fazendo elidir qualquer dúvida que houvesse sobre ele quanto a sua qualificação. Peixoto ainda destaca a repercussão da obra de Rodrigues e o acolhimento de suas ideias no velho continente:

(...) BROUARDEL ou LACASSAGNE acolhiam as suas produções nos seus Annais, LOMBROSO sagrava-o Apostolo da Anthropologia Criminal no Novo-Mundo, apenas porque disse á Europa como no Brasil

⁵¹ RODRIGUES, Nina. **Raças Humanas e a responsabilidade penal no Brasil**, Biblioteca Virtual de Ciências Humanas do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais < www.bvce.org>; ISBN 978-85-7982-075-5; RJ, 2011

⁵² Afrânio Peixoto foi um médico, político, professor, crítico literário, ensaísta, romancista e historiador brasileiro. Contemporâneo de Nina Rodrigues, escreveu a obra **AS RAÇAS HUMANAS e A RESPONSABILIDADE PENAL NO BRAZIL** com um estudo do Professor Afrânio Peixoto onde exalta a carreira e produção científica de Nina Rodrigues, apresentando crítica positiva a sua obra. 1995.



apreciam e se comportavam os factos apreciados e notorios do Velho Mundo.⁵³ (grifos nossos)

A obra de Nina Rodrigues recebe destaque nas ciências criminais brasileira, especialmente por sua originalidade voltando-se para os estudos da mestiçagem, daquilo que classificou como degeneração, da influência das condições climáticas e da própria criminologia positivista, introduzindo na literatura brasileira conceito lombrosiano como *o atavismo* e *o determinismo biológico* e, ainda por apresentar elevada produção naquilo que pretendiam diagnosticar e que classificou como “o problema do negro brasileiro” e, por consequência, apresentar possíveis soluções jurídico-penais para tal problema.

A contribuição de Nina Rodrigues para controle racial/social brasileiro, por meio de ferramentas “científicas” tais como a clivagem racial é vultuosa, sua obra adentrou para além do direito penal, o campo da medicina legal, da antropologia, da psiquiatria e da saúde pública, foi explorada e disseminada por outros cientistas, professores e discípulos contemporâneos e não contemporâneos e, a contenção de seus efeitos quanto ao ideário que tornou o negro sinônimo de marginal parece-nos distante.

O jurista e professor Luciano Góes, ao estudar a chamada Escola Nina Rodrigues em seu livro, adverte quanto ao caráter polissêmico do médico, cientista e professor, de fácil transitoriedade entre as diversas áreas do conhecimento, bem como quanto às influências teóricas que desaguam no pragmatismo funcional do racismo institucionalizado nas instituições do sistema de justiça, do **paradigma racial-etiológico** fundado por Nina:

⁵³ Idem 37, p-17;



As influências, alcance e projeção do paradigma racial-etiológico construído por Nina Rodrigues foram esquadrinha, até certo ponto, por Mariza Corrêa ao tratar da ‘Escola Nina Rodrigues’ formada por seus discípulos e adeptos em seu livro *As ilusões da liberdade*, para onde remetemos o leitor.

Entretanto, alguns pontos devem ser transportados para o estudo, pois além de evidenciarem a importância que Nina Rodrigues teve na construção do controle racial/social brasileiro, demonstram o quão funcional à nossa realidade foi sua tradução da teoria lombrosiana, além de colocar luz sobre as permanências e rupturas de seu projeto encontradas em seus discípulos, ou seja, na tradução da tradução de Nina Rodrigues, e indiretamente de Lombroso, realizadas por eles, mapeamento também realizado por Mariza Corrêa. A figura de Nina Rodrigues é muito complexa e suas relações (profissionais, acadêmicas e pessoais) se entrecruzam pela ausência de uma delimitação clara entre as áreas do saber, fazendo com o médico maranhense, assim como outros cientistas da época, transitasse livremente em vários ambientes, uma "circulação espacial, institucional e política", caracterizando-o como um "intelectual polivalente" nas palavras de Mariza Corrêa (...).⁵⁴ (grifos nossos)

Segundo Cristiano Maronna apud Marta Machado, o conceito de seletividade racial é elaborado a partir da atuação movimentos sociais negros em diferentes regiões do mundo denunciando aos organismos internacionais comportamentos desiguais do Estado na aplicação da lei perante grupos raciais discriminados.

⁵⁴ GÓES, Luciano. A “**tradução**” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: O racismo como base estruturante da criminologia brasileira. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 268-269



As denúncias formuladas apresentavam, embora tratassem de contextos em países diferentes, o ponto em comum da discriminação racial onde as características físicas de pessoas ou grupos são utilizadas sistematicamente pelos órgãos de aplicação da lei como critérios arbitrários de seleção daqueles que serão sujeitos ao perfilamento racial no controle de identificação, revista pessoal e de suspeição pelas forças policiais⁵⁵.

Compreende-se, portanto, que o paradigma-racial-etiológico referido por Góes é elemento motriz nos processos de seletividade racial criminalizante, engendrado nos mecanismo de maior vigilância sobre essas parcelas da população, como também, de maior punição a partir da produção de decisões no sistema de justiça mais desfavoráveis aos membros desses grupos.

Trata-se de um processo amplo de práticas discriminatórias contra pessoas com determinadas características associadas a estereótipos dos descendentes de africanos e que relacionam o perfil físico das pessoas à maior ou menor propensão ao cometimento.

De modo que a seletividade racial desenvolvida e implementada em outro século, lastreada pela antropologia criminal e no paradigma-etiológico-racial, encontra-se em pleno vigor na aplicação da lei e os termos de criminalização contidos no seio das PECs nº 34/2023 e nº 45/2023, oferecem terreno farto para ampliação dessa lógica sistemática de encarceramento da população negra e pobre.

⁵⁵ MARONNA. Cristiano Ávila. Lei de drogas interpretada na perspectiva da liberdade. São Paulo. Ed: Contracorrente, 2022.



Caso as propostas de emenda sejam aprovadas e promulgadas inserindo no texto constitucional seja um mandado de criminalização de porte ou posse de drogas em qualquer quantidade para uso pessoal, seja a vedação da descriminalização dessas condutas, além de afrontar violentamente as garantias fundamentais do art. 5º, afrontarão também o mandamento constitucional e principiológico de repúdio ao racismo (art. 4º, VIII) que norteia o estado brasileiro, constitucionalizando a guerra às drogas, cujo resultado nefasto recai com especial força sobre a população negra.

PARTE IV – DA PROPOSTA DE UM DIREITO DE PROTEÇÃO CONTRA OS EFEITOS PREJUDICIAIS DAS DROGAS ILÍCITAS E DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEARIAM ESSA GARANTIA

Por fim, busca a PEC nº 34/2023 criar um direito à proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas ilícitas, observando-se uma série de princípios:

LXXX - é assegurado o direito à proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas ilícitas, observados os seguintes princípios:

- a) é dever do Estado, com a colaboração da família e organizações da sociedade, tais como as comunidades terapêuticas, entidades da iniciativa privada e instituições religiosas, promover a prevenção ao consumo e o tratamento dos usuários, de forma a preservar a saúde, a segurança e o bem-estar dos cidadãos;
- b) é dever do Estado promover a repressão ao tráfico, a produção, a posse e ao porte de drogas ilícitas, ainda que para consumo próprio, sendo vedada a descriminalização dessas condutas;



- c) é vedada a legalização, para fins recreativos, de quaisquer outras drogas entorpecentes e psicotrópicas que causem dependência física ou psíquica, além das já consideradas lícitas pelo ordenamento jurídico vigente;
- d) é garantida a pesquisa científica livre voltada para o desenvolvimento de novas substâncias com propriedades medicinais, observando-se os princípios éticos e os protocolos de segurança estabelecidos, visando contribuir para avanços na área da saúde e proporcionar tratamentos mais eficazes e seguros.

Embora a vedação da descriminalização prevista na alínea b) já tenha sido objeto das duas partes anteriores deste parecer, esta **Parte IV** versará de forma mais geral sobre o direito de proteção contra os efeitos nocivos das drogas ilícitas e sobre todos os princípios listados nas suas quatro alíneas.

XV. Sobre o Novo Direito à Proteção Contra os Efeitos Prejudiciais das Drogas Ilícitas

Primeiramente, cabe notar que, a rigor, o Estado já garante aos cidadãos proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas ilícitas, como parte do direito à saúde pública, previsto pelo art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A PEC nº 34/2023, ao instituir um direito à proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas ilícitas com uma riqueza de detalhes nos princípios a serem observados, pode ser vista como uma tentativa de trazer para o



nível constitucional uma questão que é essencialmente dinâmica e suscetível a frequentes ajustes conforme as mudanças na sociedade e nos conhecimentos científicos.

As leis infraconstitucionais, por sua natureza mais flexível e adaptável, são o local mais apropriado para lidar com esses detalhes, permitindo atualizações mais ágeis em resposta às necessidades emergentes.

A inclusão de uma matéria tão detalhada na Constituição pode levar à rigidez no tratamento de questões relacionadas às drogas, limitando a capacidade do legislador de responder prontamente às mudanças no contexto social e científico.

Adicionalmente, quanto a alínea b), *“é dever do Estado promover a repressão ao tráfico, a produção, a posse e ao porte de drogas ilícitas, ainda que para consumo próprio, sendo vedada a descriminalização dessas condutas”*, já se mostrou na **Parte II** que se trata de dispositivo inconstitucional, violador de inúmeros princípios basilares do Direito penal, merecendo ser integralmente excluído da proposta.

Igualmente inconstitucional e merecedora de exclusão é a alínea c), *“é vedada a legalização, para fins recreativos, de quaisquer outras drogas entorpecentes e psicotrópicas que causem dependência física ou psíquica, além das já consideradas lícitas pelo ordenamento jurídico vigente”*.

Isso porque, ao traçar uma linha arbitrária entre substâncias atualmente consideradas lícitas e aquelas propostas para descriminalização ou



legalização, a alínea c) da PEC nº 34/2023 apresenta uma incongruência significativa em relação à realidade do consumo de substâncias e seus impactos sociais e de saúde.

Este trecho ignora que muitas substâncias já legalizadas e amplamente utilizadas para fins recreativos, como o álcool e o tabaco, são notoriamente prejudiciais e causam dependência física e psíquica significativa.

A exclusão de outras substâncias do campo da legalização, sem uma avaliação criteriosa baseada em evidências científicas, parece mais um reflexo de preconceitos históricos e culturais do que de uma política de saúde pública racional e orientada por dados.

Ao proibir a legalização de novas substâncias para fins recreativos, a PEC falha em reconhecer as possibilidades de avanços na pesquisa e no desenvolvimento de políticas mais eficazes de redução de danos.

A flexibilidade na política de drogas, que permitiria a regulamentação e o controle de substâncias atualmente ilícitas, poderia levar a um ambiente mais seguro e controlado, diminuindo os riscos associados ao mercado negro e à criminalidade que o envolve.

Por fim, enquanto a alínea d) reconhece a importância da pesquisa científica na busca por novas substâncias medicinais, a rigidez constitucional imposta pelas outras alíneas poderia inadvertidamente restringir inovações na área de saúde pública relacionadas ao uso medicinal e terapêutico de substâncias atualmente classificadas como ilícitas.



A manutenção dessas questões em legislação ordinária permitiria uma evolução mais consonante com os avanços científicos e as transformações na percepção social sobre o uso de tais substâncias.

Em resumo, a PEC nº 34/2023, ao buscar elevar à Constituição medidas específicas de proteção contra os efeitos das drogas ilícitas, pode não só introduzir rigidez desnecessária, mas também impedir abordagens legislativas mais flexíveis e adaptativas que poderiam ser mais eficazes na promoção da saúde pública e na redução dos danos associados ao consumo de drogas.

É aconselhável, assim, que a proteção contra os efeitos prejudiciais das drogas permaneça uma matéria de legislação infraconstitucional, facilitando assim ajustes e reformulações conforme necessário para atender aos interesses da sociedade de maneira mais eficiente e responsiva.

XVI. Conclusão

Pelo exposto, o parecer é pela rejeição integral das alterações propostas pela PEC nº 34/2023 rechaçando-se a inclusão da política de guerra às drogas como objetivo fundamental da República, a vedação da descriminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal, a proibição da legalização de substâncias ainda não consideradas lícitas e, enfim, a constitucionalização de matéria com natureza claramente infraconstitucional.



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

Igualmente, o parecer é pela rejeição da alteração proposta pela PEC nº 45/2023, rechaçando-se a inclusão de mandado de criminalização do porte e posse de drogas para uso pessoal na Constituição Federal por violação aos princípios que devem reger o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, conforme acima detalhado.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2024.

Carlos Eduardo Machado
Membro da Comissão de Direito Penal
do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB

Silvia Virginia Silva de Souza
Membra da Comissão de Criminologia
do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB

Ignácio Augusto Machado
Advogado – OAB/RJ nº 229.767