

**ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC)  
45/2023 E A REPERCUSSÃO NA SELETIVIDADE PENAL  
BRASILEIRA**

**ANALYSIS OF THE PROPOSED CONSTITUTIONAL AMENDMENT  
(PEC) 45/2023 AND ITS REPERCUSSIONS ON BRAZILIAN PENAL  
SELECTIVITY**

*Fagner Fernandes Stasiaki<sup>1</sup>  
Erik Luís Sott de Santis<sup>2</sup>  
Gabriela Felden Scheuermann<sup>3</sup>  
Varlei Machado da Rosa<sup>4</sup>  
Caroline Oliveira das Chagas<sup>5</sup>  
Serli Genz Bölter<sup>6</sup>*

**RESUMO**

A preocupação com a guerra às drogas no Brasil é histórica. A criminalização das drogas não tem histórico ou garantia de que é possível acabar com o tráfico, a certeza é que seletividade penal coloca, principalmente, jovens negros e periféricos na mira da polícia. O presente ensaio possui como objetivo demonstrar que a PEC 45/2023, que criminaliza a posse ou porte de qualquer quantidade de droga ou entorpecente, não finda com o tráfico, tampouco inibe o uso desses entorpecentes ilícitos. Metodologicamente o trabalho opera-se por meio de uma revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Drogas. Seletividade Penal. Criminalização. Posse. Porte.

**ABSTRACT**

Concern about the war on drugs in Brazil is historical. The criminalization of drugs has no history or guarantee that it will be possible to put an end to drug trafficking; what is certain is that criminal selectivity puts mainly black and peripheral young people in the sights of the police. The aim of this essay is to demonstrate that PEC 45/2023, which criminalizes the possession or carrying of any quantity of drugs or narcotics, does not put an end to drug trafficking,

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Desenvolvimento e Políticas Públicas (PPGDPP/UFS), com Bolsa CNPq. E-mail: [fagner.stasiaki@estudante.uffs.edu.br](mailto:fagner.stasiaki@estudante.uffs.edu.br)

<sup>2</sup> Mestrando em Desenvolvimento e Políticas Públicas (PPGDPP/UFS), com Bolsa CAPES. Pós-Graduando em Literatura, Artes e Filosofia pela PUC/RS. E-mail: [eriksottdesantis@gmail.com](mailto:eriksottdesantis@gmail.com)

<sup>3</sup> Doutoranda e Mestre em Direito (PPGD/URI). Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas (PPGDPP/UFS). E-mail: [gabischeuermann.gf@gmail.com](mailto:gabischeuermann.gf@gmail.com)

<sup>4</sup> Mestrando em Desenvolvimento e Políticas Públicas (PPGDPP/UFS), com Bolsa Carrefour. E-mail: [varlei.rosa@estudante.uffs.edu.br](mailto:varlei.rosa@estudante.uffs.edu.br)

<sup>5</sup> Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas (PPGDPP/UFS). E-mail: [carol.tcho@gmail.com](mailto:carol.tcho@gmail.com)

<sup>6</sup> Pós-Doutora pelo Programa Interdisciplinar em Ciências Humanas (UFSC) e em Direito (UFSC). Doutora em Sociologia (UFRGS). Mestre em Educação nas Ciências Área Direito (UNIJUI) e Graduada em Direito (UNIJUI). Atualmente é professora do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Políticas Públicas – Mestrado e Doutorado, da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFS). E-mail: [serli.bolter@uffs.edu.br](mailto:serli.bolter@uffs.edu.br)

nor does it inhibit the use of these illicit drugs. Methodologically, the work is carried out by means of a bibliographical review.

**Keywords:** Drugs. Penal Selectivity. Criminalization. Possession. Possession.

## INTRODUÇÃO:

A discussão pública sobre as drogas no Brasil está, com frequência, no cenário de visibilidade, ampliada e proporcionada pelos meios de comunicação de massa. Principalmente na produção jornalística, imprensa e televisiva. Estudos têm demonstrado a importância de se observar como o tema emerge, principalmente, no tecido social. Por isso, o presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise da Proposta de Emenda Constitucional (PEC 45) que criminaliza a posse ou o porte de qualquer quantidade de drogas, e também, acaba criminalizando a pobreza, sendo que os mais atingidos são as pessoas negras e periféricas.

A política da guerra às drogas no Brasil não é recente, iniciou muito antes do Brasil ser colonizado e permanece até hoje. Atualmente, essa guerra afeta diretamente e desproporcionalmente as regiões periféricas dos centros urbanos. Com isso, a favela já é vista como um lugar estigmatizado que precisa ser, diariamente, controlado e reprimido.

Entende-se que a PEC 45, aprovada no Senado Federal, é inconstitucional, uma vez que essa Emenda afetará diretamente pessoas mais pobres. Dessa forma, é impossível debater política de drogas sem discutir o racismo, a criminalização da pobreza e desigualdades como questões centrais e estruturantes, uma vez que esses fenômenos andam lado a lado com a guerra às drogas.

Com isso, a pesquisa possui como enfoque a PEC 45. Em termos metodológicos, foi elaborado num viés qualitativo, com base na pesquisa de documentos e na análise bibliográfica. Esse estudo, além do resumo e da introdução, está estruturado em três seções: a primeira seção versará sobre as drogas no decurso da história do Brasil; a segunda discutirá a Lei de Drogas nº. 11.343/2006 e; a terceira seção se debruçará sobre a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 45) e sua (in) constitucionalidade.

## UM BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DAS DROGAS NO BRASIL

O Brasil, antes de ser colonizado pelos portugueses, os povos originários já faziam uso de diversas substâncias psicoativas e tóxicas. Essas substâncias eram utilizadas das mais diversas formas: como medicamentos, para caça, para rituais religiosos e para uso pessoal. O

curare, por exemplo, palavra de origem indígena derivada dos termos *woorari*, *woorali* e *urari*, os quais significam “veneno”, era extraído de plantas do gênero *strychnos*, e utilizado em pontas de flechas para a caça. Neto e Couto Filho (2023) lembram que o tabaco (*Nicotina tabacum*) é natural do continente americano e conhecida pelas tribos tupis pelo nome de *petyn*. Segundo os referidos autores, o tabaco era utilizado em rituais religiosos, quando os guerreiros de determinadas tribos eram defumados para ganharem força ao enfrentar o inimigo.

Na Amazônia, as diferentes tribos usavam um *rapé* chamado *cohaba*, aspirado por um tubo em forma de “Y” feito das plantas angico e tabaco. Esses rapés eram ingeridos diariamente como estimulantes pelos pajés e xamãs para praticarem suas profecias e adivinhações. Já, as cascas pulverizadas de plantas do gênero *Virola* eram utilizadas para fazer o paricá, um tipo de rapé fumado (Neto; Couto Filho, 2023).

Entre as diversas outras plantas usadas pelos povos originários, todas possuíam dimetiltriptamina (DMT) em sua composição, como é o caso da Jurema-Preta (*Mimosa hostilis*) muito utilizada por indígenas no nordeste brasileiro (Neto; Filho, 2023). Importante frisar que a *cannabis* também possui essa substância que causa alucinação. As primeiras sementes de *cannabis sativa* foram trazidas, por volta de meados do século XVI, pelos portugueses, juntamente com os escravizados (Neto; Couto Filho, 2023).

De certa maneira, a história do Brasil está intimamente ligada a planta *cannabis sativa*, desde a chegada à nova terra das primeiras caravelas portuguesas, em 1500 (Carlini, 2006). Veja, são diversas as ervas com atividades psicoativas e tóxicas que eram conhecidas podendo ser citadas, ainda, o uso da coca, muito utilizada, também, pelos indígenas brasileiros. Essa era:

Chamada de *ipadu* pelas tribos da bacia amazônica fronteiriças com a Venezuela e a Colômbia, as folhas da *Erythroxylum coca* eram secas, transformadas em pó e misturadas com cinzas, formando pequenas bolas as quais eram ingeridas várias vezes por dia principalmente pelos idosos por conta do valor nutritivo e dos efeitos de bem-estar e excitação promovidos (Neto; Couto Filho, 2023, p. 04).

Esses “fármacos” são denominados de visionários podendo também serem chamados de alucinógenos. A primeira significa contemplação ou olhada à distância, enquanto que o segundo significa percepção sem objeto. Ou seja, depende muito da maneira como o sujeito utiliza e, também, a sua própria estrutura psíquica são fundamentais para que um fármaco desse tipo seja visionário ou alucinógeno. O que difere um do outro é a memória da

experiência psicoativa. Já no contexto religioso, pode-se usar o temo enteógeno, o que significa a união entre a substância e a divindade (Torcato, 2014).

Já no Brasil Colônia, com a convivência entre indígenas, colonizadores e escravizados formou-se o conhecimento em relação aos vegetais de uso medicinal e tóxico. Pela convivência com os indígenas, o europeu acabou por assimilar os conhecimentos das plantas da terra, somando-se a isso os conhecimentos trazidos por eles das plantas do velho continente, tendo também a contribuição dos escravizados, os quais também, detinham o conhecimento sobre o uso de ervas e plantas (Neto; Couto Filho, 2023).

Em 1530, chega ao Brasil a primeira expedição colonizadora, chefiada por Martim Afonso, ao qual foi concedido plenos poderes judiciais e policial. Assim, devido ao abuso que alguns cometiam, o Poder Judiciário foi reestruturado em 1549, Thomé de Souza é nomeado para Governador-Geral do Brasil, quando negros e indígenas ficam expressamente proibidos de cultuar seus deuses devido a imposição religiosa do colonizador branco, acabaram por fazer suas cerimônias religiosas longe dos olhos dos portugueses (Neto; Couto Filho, 2023).

Apesar disso, muitos elementos da religião cristã foram absorvidos, sobretudo pelos negros, formando assim, as religiões afrodescendentes. No século XVII, surgem as figuras das benzedoras e dos raizeiros, segundo Neto e Couto Filho, oriundo desse sincretismo religioso. Esses eram profundos conhecedores das ervas e plantas, indicavam quais eram melhores para curar doenças ou quais serviam para amuleto da sorte. Segundo os autores, os “[...] benzedores eram considerados como um intermediário entre a terra e o divino e se comunicavam com o sagrado por meio de preces e do uso de substâncias entrando em transe profundo, além de receitarem fórmulas, chás e cataplasmas feitos com ervas e plantas” (Maciel; Guarim-Neto, 2006).

Essas ervas, inclusive, eram usadas pelas escravas que, na maioria das vezes eram abusadas sexualmente pelos seus senhores de engenho e como forma de vingança desses maus tratos elas adicionavam à comida dos senhores o pó da raiz de amansa-senhor (*Petiveria alliaceae*), o qual causava demência, afasia até a morte, caracterizando um mecanismo de resistência a essas violências sofridas, principalmente, pelas mulheres negras (Camargo, 2007).

Salienta-se que, desde 1640, já existiam formas de controlar e fiscalizar essas ervas, sejam elas lícitas ou ilícitas, são as chamadas Boticas. A primeira e mais antiga farmácia do país, era de São Paulo, em 1796. Comerciante costumavam a se associar nesses Boticários para aumentarem seus ganhos pessoais, pois era somente através dos Boticários que conseguiam comercializar drogas e medicamentos (Neto; Couto Filho, 2023).

A primeira Lei sobre Drogas no Brasil surge apenas em 4 de outubro de 1830 da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Tal Lei regulamentava a venda de gêneros e remédios pelos boticários, que [...] proibía a venda e uso do pito de pango, denominação de um cachimbo para se fumar maconha e que, por associação, também apelidou a própria droga. ” (Neto; Couto Filho, 2023). A lei determinava multa ao vendedor e três dias de cadeia aos que usarem, explicitando-se aí escravizados e demais pessoas (Neto; Couto Filho, 2023).

Segundo Carlini (2006), foi em 1930 que a repressão ao uso da maconha ganhou força no Brasil. É possível que essa intensificação das medidas policiais tenha surgido, pelo menos em parte, devido a postura do delegado brasileiro na II Conferência Internacional de Ópio, realizada em 1924, em Genebra, pela antiga Liga das Nações. O Delegado Pernambuco Filho, referia-se aos usuários como “fumadores”, “contrabandistas de maconha” como algo inaceitável, fazia alusão à medidas drásticas contra esses indivíduos por meio da Lei nº 4. 296 de 6 de julho de 1921.

A partir desse breve contexto histórico, é possível observar que o debate sobre às drogas no Brasil, não começou nos dias atuais. No Brasil, muito antes de ser colônia, observa-se que os indígenas já conheciam e faziam uso dessas substâncias, e com a chegada dos portugueses e dos escravizados a plantio e o consumo dessas ervas ficou ainda mais potente. Identificou-se as formas de controle e a primeira lei de drogas que trazia o proibicionismo, bem como a estigmatização de homens e mulheres negras.

### **UMA BREVE ANALISE DA LEI DE DROGAS Nº. 11.343/06: É UMA LEI DE PUNIÇÃO OU PREVENÇÃO?**

A partir do estudo da história das drogas no Brasil, observou-se que as formas de controle utilizadas eram por meio da proibição e/ou a punição. Nesse sentido, a Lei 11.343 sancionada em 2006, surgiu com o propósito de cessar a insegurança jurídica provocada pelas Leis nº. 3.368/76 e nº 10.609/02, com o fim de normatizar de forma mais evidente, a problemática das drogas e passar uma impressão de avanço no pensamento político criminal do Estado. Fortemente influenciada pelas diretrizes proibicionistas dadas pelas convenções internacionais da ONU, das quais o país é signatário, a nova lei criminaliza a produção, a distribuição e o consumo de substâncias psicoativas consideradas ilícitas incorrendo em diversas violações a princípios e garantias fundamentais (Morais, 2023).

Nesse ponto, cabe destacar que o ramo do Direito busca proteger bens jurídicos que são importantes para a vida em sociedade. Para Nucci (2014, p. 50), os bens jurídicos “mais

relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal, sob a ótica da intervenção mínima.”. Nessa lógica, não é dever do Direito Penal “se ocupar de todas as lesões ou ameaças de lesão a bens jurídicos, uma vez que, às mencionadas violações, apresenta respostas também violadoras desses mesmos bens”, como é o caso da prisão, que retira a liberdade do indivíduo, considerado também um bem jurídico (Vedova, 2014, p. 54).

No caso da Lei 11.343/2006, o bem jurídico que se busca proteger, conforme a política criminal, é a saúde pública. Sobre isso, Carvalho (2016) analisando através de uma visão crítica, aponta que a utilização da saúde pública como argumento para a criminalização das drogas, não passa de discursos proibicionistas baseados em ideologias e manipulação da interpretação penal. Isso porque, ao consumir as drogas o indivíduo não estaria colocando em risco a saúde de outrem, mas de si próprio. Ademais, com base nos estudos de Ferrajoli, Carvalho (2016, p. 213), entende como princípio da lesividade que “somente podem ser considerados bens jurídicos penalmente relevantes aqueles empiricamente identificáveis, notadamente os de titularidade de pessoas de carne e osso.”.

Nessa perspectiva, Carvalho (2016, p. 213-214) discorre sobre uma incongruência no discurso punitivista em prol da saúde pública, uma vez que “é perceptível ao se verificar o direcionamento das agências de punitividade na repressão às drogas sob o discurso da tutela da saúde pública, quando é no mínimo temerária a gestão pública deste sistema.”. Assim, depara-se com uma falácia de bens jurídicos, dentro do direito penal, que “serviu apenas como justificativa para a maximização da intervenção punitiva”.

Ademais, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), o qual é regulamentado pelo Decreto nº 5.912/06, a Lei nº 11.343/06, prescreve medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção aos usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para a produção não autorizada e ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas; disciplina os crimes de tráfico, associação para o tráfico e seu financiamento. Moraes (2023, p. 27) observa que a lei supramencionada adere a dois modelos divididos, referindo que: “de um lado, acena pela prevenção do uso de drogas e reinserção social de usuários e dependentes; de outro, postula pela repressão à produção e ao tráfico de drogas.”.

É de fundamental importância frisar que, conforme pontua Moraes, embora a atual legislação apresenta um discurso preventivo, sua ênfase ainda permanece no campo da repressão, tratando-se de uma política de “guerra às drogas”, reforçando a lógica proibicionista, a qual busca coibir o tráfico, quanto ao consumo dessas substâncias, a Lei nº 11.343/06 intensifica o emprego do direito penal, como forma de controle social, incrementa a

punibilidade, no que se refere ao tráfico de drogas ilícitas, mantendo assim, o projeto moralizador (Morais, 2023).

O artigo 33 da Lei 11.343/06, ao tipificar o crime de drogas, traz dezoito verbos nucleares, mas não diz o que é droga, necessitando de outra norma para dizer o que é e quais são as substâncias entorpecentes, uma vez que o artigo 1º da referida lei diz somente em seu parágrafo único que “[...] consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” (Brasil, 2006). No entanto, essa lacuna na lei foi ajustada através da Portaria SVS/MS nº 344, de 1998, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (Brasil, 1998).

Observa-se que o crime de uso, por ter uma menor reprovabilidade em sua prática, não são previstas penas privativas de liberdade, mas restritivas de direitos, a quais abrangem: a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa (Morais, 2023). Apenas da conduta ser criminalizada, pois está tipificada em lei, sua pena é diversa do cárcere.

Nesse contexto, uma vez que o objeto da pesquisa é o usuário e o tráfico, é importante destacar a diferenciação entre essas figuras. O *caput* do artigo 28 refere sobre o uso ou o consumo pessoal de drogas. Observe:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I - advertência sobre os efeitos das drogas;  
II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo  
(Brasil. 2006)

Quanto ao crime de tráfico de drogas, considera incurso no crime quem:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:  
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (Brasil, 2006).

Morais (2023), aduz que o único fator que diferencia os dois tipos penais de agir exigido no art. 28 de *consumo pessoal* de drogas. Ou seja, para a caracterização do delito

previsto no art. 28, é necessário o dolo específico de agir para uso próprio. No que se refere ao art. 33, o legislador optou por aferir dolo genérico, não exigindo assim, a finalidade de comércio para a configuração de crime, isto é, o tráfico de drogas caracteriza-se crime somente pela realização dos verbos descritos no caput do artigo.

No entanto, importa “considerar que a classificação de quem é ‘usuário’ ou ‘traficante’ é resultado das ações policiais, que são os primeiros a definirem o delito.”. Alinhada com a premissa de possuírem fé pública, os policiais, ao realizar o flagrante, são responsáveis por “construir as narrativas no sentido de incriminar a pessoa apreendida como usuária ou traficante, descrevendo ‘as circunstâncias da prisão’.” (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 56).

Nesse sentido, observa-se a jurisprudência a seguir:

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 28, LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. NARRATIVA POLICIAL OBSCURA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. Conforme o art. 244 do CPP, a busca pessoal somente é lícita se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Ou seja, a autoridade policial não está autorizada a realizar abordagem pessoal indiscriminadamente. 2. A busca pessoal somente é legítima quando há um contexto fático anterior capaz de embasar racionalmente a conclusão de que o cidadão esteja portando algum objeto ilícito. Posição STJ. 3. A mera apreensão de drogas não legitima a ação policial, uma vez que se trata de consequência do ato, e não do motivo de sua prática – sendo este o exigido pela lei para assegurar a licitude da abordagem. Posição STJ. 4. No caso concreto, os relatos dos agentes públicos foram contraditórios em relação à dinâmica da ação. Um dos policiais sequer lembrava da ocorrência. Já a outra recordou vagamente do ocorrido, justificando a abordagem da ré no fato de ela estar carregando uma pequena bolsa em sua mão, em um local conflagrado pelo tráfico. Ou seja, não foram verificados elementos objetivos que pudessem ocasionar fundadas suspeitas da prática delitiva. Nessa linha, ao que tudo indica, a revista pessoal ocorreu aleatoriamente, o que é inadmissível à luz do nosso ordenamento jurídico. 5. O reconhecimento da nulidade não representa uma tentativa de desmerecer a atuação da polícia -- instituição relevante para manutenção da ordem pública -- ou de favorecer as condutas criminosas. É, em verdade, uma forma de condicionar a ação estatal aos ditames legais, a fim de evitar arbitrariedades e, por conseguinte, assegurar as garantias dos cidadãos. O combate ao crime deve também obedecer à legislação vigente. Para tanto, o julgador não está vinculado somente às consequências dos atos dos agentes públicos (apreensão de drogas, etc.), mas também ao modo como a ação foi procedida. (Apelação Criminal, Nº 50775177020198210001, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thiago Tristao Lima, Julgado em: 21-03-2024). (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 2024, s. p.).

Veja, ainda que a ré tenha sob sua posse considerável quantia de drogas, a abordagem policial e o Ministério Público não hesitaram na tentativa de puni-la. Veja que, os policiais realizavam diligências nas imediações quando avistaram a ré, com a vaga alegação de ser “suspeita”, os policiais localizaram na posse da acusada somente 01 (um) pino de cocaína e 01 (um) tijolo de maconha, além da quantia de R\$ 53,50 (cinquenta e três reais e cinquenta centavos).

Ocorre que, essa alegação de que a denunciada era “suspeita”, é insuficiente. O Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que essas atitudes não satisfazem a exigência legal, pois são meras informações de fontes não identificadas, intuições, impressões subjetivas, intangíveis e não demonstradas de maneira clara e concreta, apoiadas, exclusivamente no tirocínio policial. Nesse sentido, o artigo 244 do Código de Processo Penal, aduz que:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. (Brasil, 1941).

Veja que, a abordagem policial não preenche o *standard* probatório de “fundada suspeita” previsto no Código de Processo Penal brasileiro. Ou seja, a prisão em flagrante dos policiais falhou ao esclarecer qual seria a “atitude suspeita”<sup>7</sup>.

O Ministério Público, ao invés de fiscalizar a lei, apenas pediu procedência da pretensão punitiva, a fim de que essa seja condenada de acordo com o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06. A conduta do artigo 33, *caput*, foi desclassificada pelo juiz, imputando à ré a conduta do artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Com isso, é necessário observar brevemente o §2º do artigo 28 da mesma lei, o qual estipula cinco critérios a serem analisados pelo juiz para determinar se a droga se destina a consumo pessoal ou não. Observa-se que, esses critérios são vagos e genéricos abrindo margem à atuação arbitrária, não apenas do juiz, como também de policiais e promotores de justiça, conforme se observa nesse caso.

---

<sup>7</sup> A “atitude suspeita” se deu pelo fato do cidadão estar em um local conhecido por decorrências de tráfico de drogas. O que se percebe na atitude dos policiais, é o desenvolvimento de uma visão de julgamento social pelo indivíduo estar no local. Assim, entende-se que essa “guerra às drogas se tornou na prática uma verdadeira guerra contra os menos afortunados e levou à criminalização da pobreza.” (Silva; Chaves, 2021, p. 79). Ademais, conforme referem Silva e Chaves (2021, p. 79) “A seletividade na distribuição do *status* de delinquente, determina que a criminalidade é um comportamento característico de determinados grupos das camadas mais baixas e marginalizadas, faz com que negros e pobres possuam maiores possibilidades de serem criminalizados.”

## A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC 45/2023) E A REPERCUSSÃO NA SELETIVIDADE PENAL

A presente seção versará sobre a PEC 45/2023, que acrescenta o inciso LXXX ao artigo 5º da CF, criminalizando a posse e o porte de pequenas quantidades de drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. No entanto, conforme defende-se nesta pesquisa, esta PEC não criminaliza apenas o pequeno porte ou posse de drogas, tornando-se alvos da polícia pessoas pretas e pobres, considerando a seletividade da justiça brasileira. A proposta de emenda à Constituição é de autoria do Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), presidente do Senado Federal.

De acordo com a proposta, a redação do inciso LXXX seria a seguinte: “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” (Brasil, 2024, grifou-se). Considerando a seletividade penal, a inserção desta restrição ao artigo supramencionado pode ser considerada inconstitucional, justamente por se tratar de um artigo que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Silvia Souza, Presidenta da Comissão Nacional dos Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), afirmou que:

O artigo 5º traz direitos inegociáveis duramente conquistados após a ditadura. O direito à liberdade, o direito à vida. Não é nesse artigo que se insere uma reprimenda, uma restrição. É flagrantemente inconstitucional inserir no artigo 5º a criminalização do usuário [de drogas] (ESPECIALISTAS apontam..., 2024, não paginado).

Na justificativa, o parlamentar alega que a saúde é um dever de todos e garantia do Estado, embasado no art. 196 da CF/88 e que, com isso, a prevenção e ao combate ao abuso de drogas é uma política pública essencial para a preservação da saúde dos brasileiros (Brasil, 2024). O legislador se utiliza inconvenientemente do sistema penal como o principal componente da política de drogas. Observa-se que, a PEC 45/2024 em estudo, contraria o Plano Nacional de Políticas sobre Drogas (Planad), refere que o Estado deve:

3.3. Garantir o direito à assistência intersetorial, interdisciplinar e transversal, a partir da visão holística do ser humano, pela implementação e pela manutenção da rede de assistência integrada, pública e privada, com tratamento, acolhimento em comunidade terapêutica, acompanhamento,

apoio, mútua ajuda e reinserção social, à pessoa com problemas decorrentes do uso, do uso indevido ou da dependência do álcool e de outras drogas e a prevenção das mesmas a toda a população, principalmente àquelas em maior vulnerabilidade (Planad, 2022)

Contudo, embora os argumentos sejam pautados na saúde pública, na verdade o que se observa é uma pretensão de manter a criminalização das condutas. Conforme o relatório emitido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal, há uma preocupação com o Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida, em que se questiona a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 de 2006, o qual criminaliza a posse e o porte de drogas para consumo pessoal em imposição de pena de prisão. De acordo com o Tema 506 – tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, o mencionado RE discute, à luz do art. 5º, X da CF, “a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada”.

Ao observar o andamento do RE no STF (em 04/06/2024: autos ainda em julgamento), é possível perceber que a tendência é de que a Suprema Corte declare a inconstitucionalidade incidental do mencionado artigo da Lei de Drogas, pois o voto do Min. Relator Gilmar Mendes vai neste sentido: pela inconstitucionalidade do art. 28. Por isso, segundo o próprio relatório da Comissão, este foi um dos motivos pelos quais a PEC foi apresentada, ou seja, “para resguardar o mandado de criminalização” (Brasil, Senado Federal, 2024, não paginado). Pela admissibilidade da PEC, a Comissão entendeu que “legalizar e/ou ter empatia ou tolerância com o usuário é tornar socialmente aceito o uso dessas substâncias e fechar os olhos para um enorme problema” (Brasil, Senado Federal, 2024, não paginado).

Nesse contexto, tendo como base a ideia de seletividade penal, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Paula Bohn de Campos (2020, p. 292) afirmam que a função seletiva do sistema de justiça penal brasileiro acontece porque os indivíduos privilegiados detêm o poder de legislar ou interferir no processo legislativo, fazendo com que a criminalização incida, principalmente, sobre determinados sujeitos subalternos. Em relação a esta ideia, Baratta (2002, p. 165, grifou-se) afirma que

No que se refere à seleção dos indivíduos, o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente a posição ocupada pelos indivíduos na escala social. **As maiores chances de ser selecionado para fazer partes da “população criminosa” aparecem, de fato, concentrada nos níveis mais baixos da escala social [...].**

De acordo com dados coletados pelo SISDEPEN (2022), no período de 01/2022 a 06/2022, a população carcerária brasileira chegou ao total de 654.704 indivíduos, sendo que praticamente 68% são pretos ou pardos. Além disso, pesquisas realizadas pela USP (Lemos; Tenório, 2024) apontam que a Lei de Drogas é a maior responsável por encarceramento em massa da população negra. Os números de pessoas pretas ou pardas são maiores porque existe uma seletividade em relação a ser traficante e ser usuário. A professora Maria Angélica Ribeiro, em revista à USP (Lemos; Tenório, 2024, não paginado) mencionou que “em um bairro nobre, se um indivíduo é pego com droga, é considerado apenas como usuário e não como traficante”.

Noutras palavras, em uma sociedade estruturalmente racista, o sistema também é, de modo que a aplicação da lei para brancos e para negros não é igual.

Jovens negros e pardos, portanto, residindo em regiões de tráfico, são imediatamente eleitos como inimigos da sociedade – caráter que se percebe nos próprios processos criminais, cuja vítima é a coletividade. Conforme já foi desenvolvido, sabe-se que essa coletividade tutelada também foi escolhida pelas estruturas racistas para representar o “Ser”, em posição ao “Não-ser” (Lima; Lopes; Lopes, 2020, p.156).

Ademais, importa destacar que a questão da seletividade penal está diretamente relacionada a ideia de necropolítica, conceito desenvolvido pelo camaronês Achille Mbembe, que diz respeito a uma forma de controle social baseado na mortandade. Para Mbembe (2018, p. 05), “a atuação governamental não está voltada ativamente para a promoção da vida, mas para a promoção da morte [...]”. Dessa forma, o necropoder autoriza o poder escolher quem importa, quem não importa, quem é descartável, quem é necessário, quem pode morrer e quem deve viver, especialmente dentro de um contexto de destruição de grupos descartáveis/periféricos e reforçado na guerra contra às drogas.

Segundo um estudo realizado pela Fiocruz, em 2004, constatou-se que o álcool era responsável por quase 90% do impacto das drogas na saúde pública. Já se questionava o Estado sobre qual o fundamento criminalizar a maconha, por exemplo e não criminalizar a cachaça? Pois, os fundamentos para a criminalização das drogas era a preocupação com a saúde pública. De Araújo (2014, p. 248) salienta que: “[...] estudos científicos incontestáveis, que dentre os vários tipos de drogas, a maconha é das menos nocivas ao organismo, bem menos que o álcool e o tabaco.<sup>8</sup>”.

---

<sup>8</sup> Para mais informações, assistir documentários “Quebrando Tabu” e “Cortina de Fumaça”

Em 2022, o Doutor Arthur Guerra, professor da faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), em um artigo publicado na Forbes, refere que o consumo de ambos pode causar danos à saúde e que bebidas alcoólicas são mais maléficas quando se constata que é possível morrer de overdose, enquanto isso não ocorre com a maconha. No entanto, isso não significa que a maconha não faça mal à saúde, acontece que seus efeitos são mais sutis (Guerra, 2022). Observa-se algumas contradições e o interesse na criminalização das drogas é a criminalização da pobreza, colocando as pessoas mais pobres na mira da polícia. Regressando ao rumo da argumentação constitucional

[...] afigura-se clara a violação ao princípio da isonomia que um sujeito surpreendido com maconha para uso próprio, exemplificativamente, tenha de submeter à persecução criminal, enquanto um alcoólatra beba até cair todos os dias na mesma esquina em que o usuário de maconha foi flagrado (De Araújo, 2014, p. 284).

De Araújo (2014) argumenta que a conduta daquele que bebe desmedidamente tem uma potencialidade lesiva muito maior em relação à saúde pública do que o usuário de maconha, ainda que este faça um uso abusivo. Ou seja, o argumento de que, com a criminalização das drogas protege-se à saúde pública é uma falácia, a verdadeira razão da criminalização é de outra ordem.

Embora as drogas circulem por toda cidade, é somente as favelas e as periferias sentem os impactos violentos do combate ao mercado ilícito dessas substâncias. Já, em 2022, pesquisas realizadas pela Rede de Observatórios da Segurança, denunciava que, nos Estado da Bahia, Ceará, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro e São Paulo, foram 3.290 mortes em operações policiais. Dessa, 2.154 vítimas (65%) eram consideradas pessoas negras.

A guerra às drogas afeta diretamente as favelas e as periferias, em nome do “combate às drogas”, justificando-se pelos governos uma série de violações de direitos contra seus moradores, e especialmente contra sua juventude. Por fim, em meio a tantas desigualdades sociais, racismo e violências, a criminalização das drogas ou de pequenas quantidades para uso próprio coloca mais uma vez pessoas pobres e negras como “alvo” do Estado. Ou seja, é mais fácil criminalizar e colocar em prática a política do extermínio a pensar políticas públicas de proteção, reinserção e garantia à vida desses jovens.

## CONCLUSÃO

Historicamente, o uso de entorpecentes, hoje considerados ilícitos começou no Brasil, muito antes desse ser colonizado pelos portugueses, os povos originários já faziam uso de diversas substâncias psicoativas e tóxicas. Essas substâncias eram utilizadas das mais diversas formas: como medicamentos, para caça, para rituais religiosos e para uso pessoal. Com isso, surgiu em 1830, a primeira Lei sobre Drogas no Brasil na Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Tal Lei regulamentava a venda de gêneros e remédios pelos boticários, que proibia, inclusive o uso da maconha.

Observa-se, o debate sobre drogas no Brasil, não iniciou na atualidade. A partir do contexto histórico, buscou observar a Lei 11.343/2006, e o bem jurídico que se busca proteger, conforme a política criminal, qual seja, a saúde pública. Ainda que, a atual legislação apresenta um discurso preventivo, seu destaque ainda permanece no campo da repressão, tratando-se de uma política de “guerra às drogas”, reforçando a lógica proibicionista, buscando assim, coibir o tráfico, bem como o consumo dessas substâncias.

Denota-se assim, que a Lei nº 11.343/06, apenas, intensifica o emprego do direito penal, como forma de controle social, incrementando a punibilidade, no que se refere ao tráfico de drogas ilícitas, mantendo o projeto moralizador. A PEC que criminaliza a posse e o porte de pequenas quantidades de drogas, acrescenta ao artigo 5º da CF o inciso LXXX, porém, essa seletividade da justiça brasileira, essa não criminaliza apenas o pequeno porte ou posse de drogas, torna alvo da polícia pessoas pretas e pobres.

Essa proposta de emenda à Constituição é de autoria do Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), presidente do Senado Federal e, a inserção desta restrição ao artigo supramencionado pode ser considerada inconstitucional, justamente por se tratar de um artigo que trata dos direitos e garantias fundamentais. Outrossim, os argumentos do autor da PEC, não condizem com a realidade, uma vez que estudos científicos demonstram que, dentre os vários tipos de drogas, a maconha é das menos nocivas ao organismo, bem menos que o álcool e o tabaco.

Por fim, é de fundamental importância destacar que a questão da seletividade penal está diretamente relacionada a ideia de necropolítica que diz respeito a uma forma de controle social baseado na mortandade. Pois, ainda que, os mais variados tipos de drogas circulem por toda cidade, é somente as favelas e as periferias sentem os impactos violentos do combate ao mercado ilícito dessas substâncias.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Revan: Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. Presidente da República, 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em: 18 abr. 2024

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Decreto nº 344, de 12 de maio de 1998. **Dispõe sobre o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**. Disponível em: [https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html) Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. **Lei do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad**. Brasília, DF. Presidente da República, 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 20 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 45 de 2023**. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Brasília, 2024. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2431489&filename=Parecer-CCJC-2024-06-03](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2431489&filename=Parecer-CCJC-2024-06-03)

CAMARGO, Maria Thereza Lemos de Arruda. AMANSA-SENHOR: a arma dos negros contra seus senhores. **REPOCS - Revista Pós Ciências Sociais**. Disponível em : <https://cajapio.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/view/830/537> Acesso em: 22 abr. 2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual para incidência da temática de drogas como uma das piores formas de trabalho infantil**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/manual-incidencia-tematica-traffic-de-drogas-como-uma-das-piores-formas-de-trabalho-infantil.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2024.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. **Jornal brasileiro de psiquiatria**, v. 55, p. 314-317, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC/?format=pdf&lang=pt> acesso em: 21 abr. 2024

CARVALHO, Solo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. **Ciências Humanas e Sociais**, v.6, n.3, ed.especial, p.148-167, 2020.

DE ARAUJO, Vinicius Marcondes. **A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas**. 2014. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_281.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_281.pdf) Acesso em: 01 maio 2024.

LEMOS, Livia; TENÓRIO, Joyce. Lei de Drogas é a maior responsável por encarceramento em massa da população negra. **Jornal da USP**, publicado em 20 fev. 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/lei-de-drogas-e-a-maior-responsavel-por-encarceramento-em-massa-da-populacao-negra/>

LIMA, João Gilberto do Nascimento; LOPES, Laura Guilherme; LOPES, Guilherme. Quando balas perdidas encontram corpos negros: Uma análise da atuação estatal no Rio de Janeiro sob o conceito de necropolítica. **Revista Ciências Humanas e Sociais**, v. 6, n.3, 2020.

MACIEL, Márcia Regina Antunes; GUARIM NETO, Germano. Um olhar sobre as benzedeadas de Juruena (Mato Grosso, Brasil) e as plantas usadas para benzer e curar. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas**, v. 1, p. 61-77, 2006. Disponível em: SciELO - Brasil - Um olhar sobre as benzedeadas de Juruena (Mato Grosso, Brasil) e as plantas usadas para benzer e curar Um olhar sobre as benzedeadas de Juruena (Mato Grosso, Brasil) e as plantas usadas para benzer e curar Acesso em: 20 abr. 2024

MBEMBE, Achielle. **Necropolítica**: Biopoder, soberania, estado de exceção e

MORAIS, Daniel Pedroza Gonçalves de. **Política antidrogas no Brasil**: punitivismo e seletividade. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023

NETO, Antonio Gomes de Castro; COUTO FILHO, André de Brito. Regulamentação e criminalização das drogas no Brasil. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, v. 40, p. e220150, 2023. Disponível em: SciELO - Brasil - Regulamentação e criminalização das drogas no Brasil Regulamentação e criminalização das drogas no Brasil Acesso em: 15 abr. 2024

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 5077517-70.2019.8.21.0001**. Relator: Desembargador Jose Guilherme Giacomuzzi. Publicada no DE de 12 de março de 2024. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 27 abr. 2024.

WERMUTH, seletividade punitiva no Brasil: do racismo biologista ao labelling approach. **Redes**: Revista Eletrônica Direito e Sociedade: Canoas, v.8, n.3, p.273-295, 2020.

SILVA, Pâmela Resende da; CHAVES, Cintia Toledo Miranda. **Lei de drogas como ferramenta de manutenção da segregação racial**. *Jornal Eletrônico. Faculdades Integradas Vianna Júnior*. v. 13, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/varle/Downloads/832-Texto%20do%20artigo-972-1692-10-20210429.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2024.

SISDEPEN. Dados estatísticos do sistema penitenciário. **Levantamento nacional de informações penitenciária**: 12º Ciclo de Coleta, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/sisdepen>.

TELLES, Ana Clara; LUNA, Arouca; SANTIAGO, Raull. Do #VidasNegrasImportam ao #NósPorNós: juventude periférica no centro do debate sobre política de drogas. **Boletim de Análise Político-Institucional**, nº 18. Disponível em:

[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8886/1/bapi\\_18\\_cap\\_12.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8886/1/bapi_18_cap_12.pdf) Acesso em 22 abr. 2024

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **Breve história da proibição das drogas no Brasil: uma revisão.** Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/6390/5006>  
Acesso em: 20 abr. 2024

VEDOVA, Gabriela Prioli Della. **A influência da repressão penal sobre o usuário de crack na busca pelo tratamento.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 340, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CAMPOS, Paula Bohn de. Criminologia e seletividade punitiva no Brasil: do racismo biologista ao labelling approach. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade: Canoas**, v.8, n.3, p.273-295, 2020.