



MAURÍCIO MOSCHEN SILVEIRA

A CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA DA MACONHA NO BRASIL E NA ESPANHA

CANOAS
2026

MAURÍCIO MOSCHEN SILVEIRA

A CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA DA MACONHA NO BRASIL E NA ESPANHA

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade da Universidade La Salle - Unilasalle, na Linha de pesquisa “Efetividade do Direito na Sociedade”, como exigência parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dani Rudnicki

CANOAS

2026

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S587c Silveira, Mauricio Moschen.

A criminalização seletiva da maconha no Brasil e na Espanha [manuscrito] /
Mauricio Moschen Silveira – 2026.
110 f.; 30 cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2026.
“Orientação: Prof. Dr. Dani Rudnicki”.

1. Direito. 2. Criminalização. 3. Maconha. 4. Seletividade penal.
I. Rudnicki, Dani. III. Título.

CDU: 342.726:613.81/.84

Bibliotecária responsável: Michele Padilha Dall Agnol de Oliveira - CRB 10/2350

MAURICIO MOSCHEN SILVEIRA

A CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA DA MACONHA NO BRASIL E NA ESPANHA

Dissertação **aprovada** para obtenção do título de mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade La Salle.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Bárbara Sordi Stock
Universidade de Sevilha

Prof.^a Dr.^a Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Antônio Gerzson Linck
Universidade La Salle, Canoas/RS

Prof. Dr. Dani Rudnicki
Orientador e Presidente da Banca - Universidade La Salle, Canoas/RS

Área de concentração: Direito

Curso: Mestrado em Direito

Canoas, 6 de julho de 2026.

Dedico esta dissertação aos
meus pais **Miriam e Xico.**

Meus passos não são meus,
são nossos! Fizemos tudo
valer a pena.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta etapa não é o triunfo de um homem só, mas o desaguadouro de uma jornada coletiva.

Aos meus pais, **Miriam e Xico**. Sou o fruto do encontro entre a força de uma mulher que me ensinou o vigor da luta e a sensibilidade de um homem que me instigou a ler o firmamento. Se hoje ocupo este espaço, é porque fui carregado em seus ombros. Contra as marés que sozinhos não suportaríamos, fomos e sempre seremos nós três. Se me fossem dadas mil vidas, em todas elas rogaria ao universo o privilégio de ser vosso filho. Dedico este trabalho à promessa de que cada batalha valeu a pena; não pela vaidade do título, mas pelo compromisso ético de dar voz aos que foram silenciados pela história. Estas palavras não são minhas; são nossas.

À **Profª. Dra. Renata Almeida da Costa**, minha primeira guia nesta travessia. Sua generosidade foi a ponte necessária para a minha transmutação de advogado em pesquisador e professor. Embora as contingências burocráticas tenham imposto um afastamento formal, sua sabedoria permaneceu como farol constante na jornada deste peregrino. Minha gratidão, minha amizade, minha reverência!

Ao **Prof. Dr. Dani Rudnicki**, meu mestre e amigo desde março de 2001. Mais que uma referência no Direito Penal, você se tornou o exemplo de retidão e humanidade. Obrigado por ser o mentor que não descansa e o amigo que, nos momentos de maior fragilidade, recordou-me que o arco-íris é o destino inevitável de quem atravessa a tempestade. Minha reverência e gratidão eterna por estar ao meu lado desde aquele primeiro dia de aula, há mais de duas décadas.

Aos professores **Bárbara Sordi Stock, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, Hilbert Maximiliano Akihito Obara e José Antônio Gerzson Linck** pela simplicidade, atenção, cuidado e generosidade em ensinar e auxiliar esta pesquisa, além da avaliação desta dissertação.

À **Michele Fernandes e Luana Breyer**, amigas que personificam o equilíbrio entre a luz e a tempestade, cujo apoio foi o alicerce emocional desta pesquisa, sem falar na quantidade de ensinamentos que vocês me presenteiam.

Aos colegas de caminhada **Cristiane Malonn, Soraya Petry, Matheus Bergmann, Karen Rubin e João Marcelo Rodrigues** por provarem que a vida acadêmica não precisa ser um exercício de solidão, e sim uma caminhada repleta de

sorrisos, lágrimas, glórias e desastres, mas nunca sozinho. Como ensinou Drummond, seguimos de mãos dadas. Se nos encontramos nessa jornada, que seja agora para a vida inteira.

Ao **Rodrigo Campelo, Douglas Campelo e Rodrigo (Serra)**. Meus irmãos de escolha há trinta anos. Vocês são a parcela mais poética e genuína da minha existência. Obrigado por serem meu combustível, meu porto seguro e a prova viva de que a empatia e a fraternidade ainda são as maiores forças da humanidade. A vocês todo o meu amor.

Aos professores do Mestrado, corpo administrativo e direção da **Unilasalle**, pelo acolhimento e pela excelência acadêmica que permitiram minha reconstrução teórica e prática.

Por fim, dedico este esforço intelectual a todos aqueles que são alvo dos olhos famintos do ódio, da segregação e da exclusão. Vocês são a razão da minha pesquisa. Que este trabalho não seja apenas teoria, mas um ato de denúncia contra as linhas segregatórias camufladas sob o verniz das belas palavras. Que os vossos gritos, tantas vezes abafados, encontrem nestas páginas um eco de justiça.

Como bem observou **Oscar Wilde**, “estamos todos na sarjeta, mas alguns de nós olham para as estrelas”. Obrigado a todos vocês por terem erguido minha cabeça nos momentos de sombra, ensinando-me que o ato de contemplar o céu é a nossa mais bela forma de resistência.

*Mas o mundo foi rodando
Nas patas do meu cavalo
E nos sonhos que fui sonhando
As visões se clareando
As visões se clareando
Até que um dia acordei*

*Então não pude seguir
Valente lugar-tenente
De dono de gado e gente
Porque gado a gente marca
Tange, ferra, engorda e mata
Mas com gente é diferente*

*Se você não concordar
Não posso me desculpar
Não canto pra enganar
Vou pegar minha viola
Vou deixar você de lado
Vou cantar noutro lugar*

(Geraldo Vandré - Disparada)

RESUMO

A presente dissertação investiga em que medida a política criminal de drogas brasileira opera como um mecanismo de seletividade racial e de classe a partir da utilização da dogmática dos crimes de perigo abstrato e da ausência de critérios objetivos para a distinção entre usuário e traficante. O objetivo geral consiste em analisar a política criminal de drogas brasileira à luz do direito comparado espanhol, buscando compreender como os discursos de saber-poder influenciam a produção e a reprodução de práticas punitivas seletivas, bem como propor uma interpretação orientada pelos princípios da alteridade, da ofensividade material e dos direitos humanos. Metodologicamente, a pesquisa adota abordagem qualitativa, utilizando os métodos bibliográfico, documental e de direito comparado, sob a perspectiva crítico-dialética. Os resultados demonstram que a ausência de critérios objetivos na legislação brasileira potencializa a discricionariedade policial e judicial, favorecendo a incidência de mecanismos de seletividade racial e socioeconômica na persecução penal relacionada às drogas. Em contraste, o modelo espanhol desenvolveu filtros interpretativos baseados na ofensividade material e na exigência de demonstração concreta do risco à saúde pública, restringindo a incidência do direito penal sobre condutas de autoconsumo. Demonstra-se que a experiência espanhola não está isenta de seletividade, visto que a regulamentação administrativa do consumo pode produzir novas formas de exclusão, como o acesso desigual a recursos econômicos e institucionais. Conclui-se que a superação dos efeitos discriminatórios da política criminal de drogas demanda a construção de uma hermenêutica constitucional comprometida com a limitação do poder punitivo estatal, a proteção das liberdades individuais e a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: maconha; política criminal de drogas; seletividade penal.

RESUMEN

La presente disertación investiga en qué medida la política criminal de drogas brasileña opera como un mecanismo de selectividad racial y de clase a partir de la utilización de la dogmática de los delitos de peligro abstracto y de la ausencia de criterios objetivos para la distinción entre usuario y traficante. El objetivo general consiste en analizar la política criminal de drogas brasileña a la luz del derecho comparado español, buscando comprender cómo los discursos de saber-poder influyen en la producción y reproducción de prácticas punitivas selectivas, así como proponer una interpretación orientada por los principios de la alteridad, de la ofensividad material y de los derechos humanos. Metodológicamente, la investigación adopta un enfoque cualitativo, utilizando los métodos bibliográfico, documental y de derecho comparado, bajo la perspectiva crítico-dialéctica. Los resultados demuestran que la ausencia de criterios objetivos en la legislación brasileña potencia la discrecionalidad policial y judicial, favoreciendo la incidencia de mecanismos de selectividad racial y socioeconómica en la persecución penal relacionada con las drogas. En contraste, el modelo español desarrolló filtros interpretativos basados en la ofensividad material y en la exigencia de demostración concreta del riesgo a la salud pública, restringiendo la incidencia del derecho penal sobre conductas de autoconsumo. Se demuestra que la experiencia española no está exenta de selectividad, ya que la regulación administrativa del consumo puede producir nuevas formas de exclusión, como el acceso desigual a recursos económicos e institucionales. Se concluye que la superación de los efectos discriminatorios de la política criminal de drogas demanda la construcción de una hermenéutica constitucional comprometida con la limitación del poder punitivo estatal, la protección de las libertades individuales y la efectivación de los derechos fundamentales.

Palabras clave: marihuana; política criminal de drogas; selectividad penal.

ABSTRACT

The present dissertation investigates to what extent Brazilian drug criminal policy operates as a mechanism of racial and class selectivity through the use of the dogmatics of abstract danger crimes and the absence of objective criteria for distinguishing between user and trafficker. The general objective is to analyze Brazilian drug criminal policy in light of Spanish comparative law, seeking to understand how discourses of knowledge-power influence the production and reproduction of selective punitive practices, as well as to propose an interpretation guided by the principles of alterity, material offensiveness, and human rights. Methodologically, the research adopts a qualitative approach, using bibliographic, documentary, and comparative law methods, from a critical-dialectical perspective. The results demonstrate that the absence of objective criteria in Brazilian legislation enhances police and judicial discretion, favoring the incidence of mechanisms of racial and socioeconomic selectivity in drug-related criminal prosecution. In contrast, the Spanish model developed interpretative filters based on material offensiveness and the requirement of concrete demonstration of risk to public health, restricting the incidence of criminal law on self-consumption behaviors. It is demonstrated that the Spanish experience is not free from selectivity, as the administrative regulation of consumption can produce new forms of exclusion, such as unequal access to economic and institutional resources. It is concluded that overcoming the discriminatory effects of drug criminal policy requires the construction of a constitutional hermeneutics committed to limiting state punitive power, protecting individual freedoms, and realizing fundamental rights.

Keywords: marijuana; drug criminal policy; penal selectivity.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Propaganda sobre *cannabis*

Figura 2 - Propaganda sobre *cannabis*

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AEMPS	Agência Espanhola de Medicamentos e Produtos Sanitários
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARSEC	<i>Asociación Ramón Santos de Estudios sobre el Cannabis</i>
CAPB	Comunidade Autônoma do País Basco
CBD	Canabidiol
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CSCs	Clubes Sociais de Cannabis
EBERS	<i>Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo</i>
FUNAD	Fundo Nacional Antidrogas
IVA	Imposto sobre Valor Agregado
MDMA	Metilenodioximetanfetamina
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TS	Tribunal Supremo
THC	Tetrahydrocannabinol
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A MACONHA E SUA CRIMINALIZAÇÃO	21
2.1 A evolução histórica da legislação brasileira relacionada à maconha	21
2.2 A tipificação e o Recurso Extraordinário nº. 635.659	30
2.3 A estigmatização do usuário	38
2.4 O perigo abstrato	52
3 A DIMENSÃO HERMENÊUTICA E O DIREITO COMPARADO: O EQUILÍBRIO ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E A SAÚDE PÚBLICA	55
3.1 O dilema global e a tensão entre saúde pública e liberdade individual	56
3.2 A seletividade da norma brasileira frente à racionalidade da norma espanhola	58
3.3 A evolução da seletividade penal	62
3.4 As estruturas de comércio e a livre circulação de produtos relacionados à cannabis	64
3.4.1 <i>As Lojas CBD</i>	67
3.4.2 <i>Grow Shops</i>	69
3.4.3 <i>Clubes Sociais de Cannabis</i>	70
3.5 Do cultivo compartilhado à estrutura institucional: os casos Ebers e Cannacultura	74
3.5.1 <i>Caso Asociación Ebers (STS 484/2015)</i>	74
3.5.2 <i>Caso Cannacultura Marina Alta</i>	80
3.6 A HERMENÊUTICA DA DÚVIDA: O CASO ISIDRO	84
3.7 O CONSUMO COMPARTILHADO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

“Não sou eu que repete essa história, é a história que adora uma repetição” (Chico Buarque).

A evolução histórica e a configuração contemporânea da política criminal de drogas no ocidente desvelam um cenário de profundas tensões metodológicas, filosóficas e dogmáticas. No centro desse debate, a trajetória jurídica e social da *cannabis sativa* no ordenamento brasileiro surge como um caso paradigmático de como uma substância pode ser descontextualizada de seus usos tradicionais, medicinais e econômicos para se transmutar no eixo focal de uma política criminal repressiva e seletiva.

O processo de proibição da comercialização e do consumo no Brasil não se consolidou a partir de evidências científicas neutras ou de uma genuína preocupação com a saúde coletiva. Ao contrário, a análise das normas penais demonstra que o rigor punitivo sempre esteve atrelado a um projeto de controle social, à contenção de classes subalternizadas e à manutenção de hierarquias raciais herdadas do período colonial e pós-abolição.

Compreender a evolução do discurso que sustenta esse legado proibicionista exige um retorno ao período em que a planta chegou ao território nacional associada às caravelas portuguesas, em 1500. Como as velas e os cordames dependiam da fibra do cânhamo, a *cannabis* possuía valor estratégico para a Coroa portuguesa.

Embora a historiografia tradicional atribua a introdução do uso fumado da *cannabis* exclusivamente às populações escravizadas, registros oficiais de 1785 demonstram o incentivo estatal ao seu cultivo na Capitania de São Paulo e a fundação da Real Feitoria do Linho Cânhamo no Rio Grande do Sul, evidenciando que a planta circulava por setores econômicos e institucionais que transcendiam o recorte racial.

No início do século XX, derivados da *cannabis* eram comercializados em farmácias, recomendados por anúncios nos jornais como produtos refinados franceses voltados ao tratamento de patologias como a asma, a insônia e a bronquite, o que suscita a seguinte indagação: como um produto passa da condição de item valorizado socialmente à categoria de substância criminalizada?

A inflexão proibicionista e a consequente metamorfose da planta em um “problema social” ganham contornos científicos em 1915, com a atuação do médico Rodrigues Dória no Segundo Congresso Científico Pan-Americano. Imbuído de um discurso higienista e eugenista, Dória inaugurou a tese de que o consumo da maconha, por ele denominada “fumo d'Angola”, constituía uma espécie de “vingança” ou castigo biológico inoculado pela raça negra recém-liberta contra a civilização branca hegemônica.

Esse discurso médico-sanitário operou como um poderoso dispositivo biopolítico, convertendo uma prática cultural periférica em um vetor de degeneração racial e desordem pública. A partir de então, a criminalização passou a ser desenhada não para proteger a saúde individual, mas para fornecer ao Estado as justificativas teóricas necessárias para exercer um controle absoluto sobre os corpos da população negra e marginalizada que habitava os espaços urbanos em expansão.

Esse modelo de controle social cresceu ao longo do século XX, adaptando-se às políticas de cada período histórico. Durante a era Vargas, a urbanização acelerada e o medo da desordem operária impulsionaram o Decreto nº 20.930/1932 e o Decreto-Lei nº. 891/1938, consolidando a “Lei de Fiscalização de Entorpecentes”. Com o advento do Código Penal de 1940, o artigo 281 estendeu o espectro punitivo ao criminalizar de forma abrangente o tráfico e o fornecimento de substâncias, mesmo sem a finalidade de lucro, blindando o aparato estatal sob o manto de uma autointitulada defesa da saúde pública que, na verdade, mascarava o policiamento ostensivo das classes excluídas.

Na década de 1960, a política antidrogas brasileira foi definitivamente capturada pelos postulados ideológicos da Segurança Nacional e pelo modelo bélico importado dos Estados Unidos. A Convenção Única da ONU de 1961, recepcionada pelo Decreto nº. 54.216/1964, unificou a repressão continental sob uma doxa estritamente moralista, que desconsiderava especificidades científicas e ancestrais para erigir a toxicomania como um “flagelo social”.

No plano doméstico, a ditadura militar radicalizou essa engrenagem com o Decreto-Lei nº 385/1968, promulgado após o Ato Institucional nº 5, que equiparou formalmente as figuras do usuário e do traficante. Sob a justificativa de combater a

subversão e disciplinar a juventude contracultural, o Estado utilizou o pretexto sanitário para suprimir garantias e perseguir o “inimigo interno”.

Embora a subsequente Lei nº 6.368/1976 tenha promovido uma separação formal entre as condutas de consumo (artigo 16) e tráfico (artigo 12), ela preservou a essência punitiva do regime de exceção, mantendo o usuário sob o estigma da prisão em flagrante por trinta anos. Nem mesmo o advento da Constituição de 1988 e o posterior processo de redemocratização foram capazes de dismantelar a estrutura seletiva subjacente.

A edição da atual Lei de Drogas - Lei nº. 11.343/2006 - nasceu sob a égide de um duplo regime de saberes e tecnologias de poder: se, por um lado, acenou para as diretrizes médico-preventivas da redução de danos ao despenalizar o porte para consumo pessoal (artigo 28), por outro, recrudescceu o tratamento conferido ao tráfico (artigo 33), elevando a pena mínima e expandindo as condutas típicas.

O ponto nodal da crise dogmática e humanitária da Lei nº. 11.343/2006 reside na intencional ausência de critérios quantitativos e objetivos para cindir a figura do consumidor daquela do mercador. Ao delegar essa distinção aos fatores subjetivos previstos no artigo 28, § 2º, tais como o local da ação, as circunstâncias sociais e os antecedentes pessoais, o legislador permitiu que o preenchimento da norma penal fosse colonizado pelas relações institucionais de saber-poder.

Nessa perspectiva, os aplicadores da lei não decidem isoladamente, mas reproduzem uma “vontade de verdade” produzida e mantida pela própria estrutura judicial, que organiza as percepções e as práticas dos agentes estatais. Como consequência, o racismo estrutural e os preconceitos de classe passam a operar de forma velada na rotina processual.

Conforme demonstra a pesquisa “Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico” da Associação Brasileira de Jurimetria, diante da mesma quantidade de substância, o indivíduo negro, jovem e habitante da periferia é majoritariamente classificado como traficante (artigo 33), enquanto o sujeito branco, de classe média alta e escolarizado desfruta da condição de usuário (artigo 28).

Para conferir uma aparência de legalidade técnica a essa filtragem geomorfológica e racial, a dogmática penal brasileira recorreu à ficção jurídica dos

crimes de perigo abstrato. Ao elevar a “saúde pública” a uma categoria metafísica e moralista, o sistema presume de forma absoluta que a posse de uma substância ilícita lesiona a coletividade, mesmo que a conduta ocorra na mais estrita intimidade do lar e em quantidade ínfima.

Esse artifício provoca o esvaziamento do Princípio da Alteridade (ou Transcendentalidade), segundo o qual o Direito Penal só se legitima quando a ação do agente transborda sua esfera privada para causar um dano concreto a terceiros. Sob o biombo retórico do risco invisível, transmuta-se o ordenamento em um autêntico Direito Penal do Autor, legitimando o superencarceramento e dispensando o Estado do ônus de provar a efetiva idoneidade lesiva da conduta.

Inicialmente, a presente pesquisa pretendia analisar a aplicação da seletividade penal por meio do exame de julgados proferidos em um município específico entre os anos de 2019 e 2024. Contudo, em razão de exigências do Comitê de Ética da instituição, que condicionava o acesso aos dados à participação formal do Tribunal de Justiça como instituição coparticipante da pesquisa, e diante da impossibilidade de atendimento dessa exigência pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tornou-se inviável o acesso aos processos judiciais necessários ao desenvolvimento da investigação originalmente proposta.

Em dezembro, a convite do orientador desta pesquisa, a Professora Titular de Criminologia da Universidade de Sevilha, Dra. Bárbara Sordi Stock, ministrou o curso intitulado “Atividade policial e criminologia: aportes desde o âmbito internacional e com enfoque de gênero” - curso no qual a professora apresentou o modelo espanhol de aplicação da política de enfrentamento às drogas, o que provocou a curiosidade de estudar a legislação espanhola e, considerando a necessidade de readequar a pesquisa, optou-se por analisar comparativamente a legislação espanhola e a brasileira.

Adotou-se, portanto, a análise comparativa entre as soluções oferecidas pelos ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro, diante da relevância de compreender como a legislação espanhola estabeleceu mecanismos de racionalização destinados a limitar o poder punitivo estatal, especialmente por meio da exclusão da tipicidade do autoconsumo e da posse para uso pessoal. A escolha desse objeto de estudo também se compatibilizou com a linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação

em Direito denominada “Efetividade do Direito na Sociedade”, à qual esta dissertação se vincula.

Enquanto no Brasil a distinção entre usuário e traficante permanece refém de critérios subjetivos que alimentam o encarceramento em massa, a norma espanhola sustenta que a posse para consumo próprio carece de lesividade material, pois não possui “capacidade de expansão” do perigo a terceiros, elemento essencial para configurar ofensa à saúde pública.

Além disso, destaca-se a adoção de critérios objetivos quantitativos na aplicação da norma, estabelecendo limites de gramas para distinguir a posse atípica do tráfico e o reconhecimento da norma do “consumo compartilhado” (compra mancomunada) como conduta impunível quando realizada entre adictos ou consumidores habituais, em local fechado e sem risco de difusão, oferecendo assim um contraponto garantista ao modelo de perigo abstrato e repressão seletiva vigente na legislação brasileira.

O ordenamento jurídico espanhol destaca-se por ter edificado filtros hermenêuticos fundados na ofensividade material e na lesividade. Embora a redação do artigo 368 do Código Penal espanhol ostente uma amplitude semelhante à do modelo brasileiro, a jurisprudência do *Tribunal Supremo* impôs uma interpretação restritiva: se a substância não sai da esfera de domínio do usuário, inexistente o chamado *peligro de difusión*, permanecendo o fato circunscrito à impunível esfera da autolesão.

Essa construção teórica permitiu a consagração da doutrina do consumo compartilhado, reconhecendo a atipicidade material de grupos fechados que se autoabastecerem para o consumo imediato em locais privados, conduta que, no Brasil, é sumariamente capturada pelo crime de tráfico do artigo 33, parágrafo 3º da Lei de Drogas.

Contudo, a investigação não se propõe a idealizar o modelo europeu. A transição de um paradigma proibicionista para uma regulamentação burocrática na Espanha não extinguiu a seletividade penal; antes, a deslocou para o campo administrativo. Ao condicionar a legalidade do consumo à complexa estruturação de Clubes Sociais de Cannabis (CSCs) e Lojas de CBD - que exigem a redação de estatutos, manutenção de espaços físicos específicos e vistorias técnicas -, o Estado

converte a ausência de capital econômico e cultural em um critério velado de exclusão. O jovem periférico ou imigrante, desprovido desses recursos, permanece empurrado para a margem da legalidade e vulnerável à vigilância policial discricionária. Assim, sob o manto de um garantismo formal, opera-se uma microfísica do poder que dita tecnocraticamente quais corpos possuem a prerrogativa legal de consumir e quais devem ser geridos sob o signo da punição.

No plano contemporâneo, a disputa hermenêutica atingiu o seu ápice jurisprudencial com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema 506) pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ao declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei de Drogas reconhecendo sua natureza administrativa e não penal e fixando o parâmetro objetivo de 40 gramas ou seis plantas-fêmeas para a presunção de uso pessoal, a Suprema Corte buscou mitigar o arbítrio policial e o racismo institucional que historicamente orientam as prisões em flagrante.

Essa virada dogmática foi consolidada em fevereiro de 2025, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao assentar que a apreensão de quantitativos superiores aos limites fixados não autoriza uma condenação automática, impondo ao magistrado o dever de realizar uma filtragem multifatorial conglobante.

Apesar do avanço formal promovido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), as práticas forenses e a jurisprudência das cortes infraconstitucionais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), revelam uma crônica resistência à desidratação do proibicionismo. Através da validação irrestrita do testemunho policial e da apreensão de elementos periféricos, o denominado “kit tráfico”, composto por dinheiro trocado ou anotações, os tribunais ordinários contornam a exigência de lesividade material e a própria dúvida razoável para manter ativas as engrenagens de controle sobre as populações vulnerabilizadas.

Essa disparidade hermenêutica radicaliza-se em ambientes de confinamento total, como o sistema penitenciário, onde tanto a jurisdição espanhola quanto a brasileira reativam o vigor máximo do perigo abstrato e da disciplina panóptica, neutralizando qualquer debate sobre a autonomia moral do sujeito em nome da reafirmação da tirania estatal sobre os corpos já subalternizados.

Diante deste panorama, a presente dissertação tem como problema de pesquisa a resposta da seguinte indagação: em que medida a insistência do ordenamento jurídico brasileiro na dogmática concernente ao uso do conceito do perigo abstrato e na ausência de critérios objetivos na Lei nº 11.343/2006 atua como um dispositivo biopolítico de seletividade racial e de classe, e de que forma o contraste com os filtros de ofensividade material e a posterior seletividade administrativa do modelo espanhol pode contribuir para o desenho de uma hermenêutica constitucionalmente orientada pelo princípio da alteridade?

Para responder a essa pergunta, o trabalho adota como hipótese a premissa de que a ausência de critérios objetivos na legislação nacional não representa uma lacuna ou falha sistêmica, mas sim uma engrenagem intencional e produtiva desenhada para perpetuar o racismo institucional por meio da discricionariedade do julgador.

Ademais, sustenta-se que a mera importação de modelos regulatórios burocráticos, como o espanhol, é insuficiente se desatrelada de uma perspectiva de justiça distributiva, uma vez que o formalismo procedimental tende a sofisticar as táticas de exclusão, convertendo a vulnerabilidade socioeconômica em infração administrativa.

O objetivo geral do estudo é analisar criticamente a política criminal de drogas brasileira à luz do direito comparado espanhol e dos referenciais teóricos de Michel Foucault, propondo a desconstrução do paternalismo penal em favor de um modelo pautado na ofensividade material e nos Direitos Humanos.

Esta pesquisa adota a abordagem metodológica de natureza qualitativa, pautada nos métodos bibliográfico e de direito comparado, sob a linha de pesquisa “Efetividade do Direito na Sociedade”. O método de abordagem que rege a investigação é o crítico-dialético, instrumentalizado pelo referencial teórico-analítico de Michel Foucault, voltado à desconstrução dos discursos de saber-poder institucionais e biopolíticos que atravessam a dogmática penal.

Sob a técnica da pesquisa documental e bibliográfica, o universo amostral jurisprudencial é composto por uma análise dogmático-restritiva de precedentes de Cortes Superiores. No plano nacional, é analisada a virada hermenêutica operada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659

(Tema 506) e a resistência do Superior Tribunal de Justiça. No plano estrangeiro, examina-se o entendimento do Tribunal Supremo espanhol a partir dos *leading cases*: *Asociación Ebers*, *Cannacultura Marina Alta* e *Isidro*. A técnica do direito comparado atua como matriz de contraste analítico-funcional entre os filtros de ofensividade material e os dispositivos seletivos de controle de corpos vigentes em ambos os ordenamentos.

Para tanto, estruturou-se a pesquisa em dois capítulos de desenvolvimento, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro capítulo é dedicado à arqueologia da criminalização da maconha no Brasil, dissecando a evolução legislativa desde as origens coloniais até o advento da Lei nº 11.343/2006. Nele, examinam-se os discursos higienistas do início do século XX e a virada dogmática operada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 635.659, avaliando o impacto da fixação de critérios quantitativos frente ao racismo estrutural que rege o aprisionamento nas periferias urbanas.

No segundo capítulo desenvolve-se a análise hermenêutica comparada, confrontando os modelos do Brasil e da Espanha a partir de seus principais julgados jurisprudenciais. Por meio da análise detalhada das sentenças do *Tribunal Supremo* espanhol nos casos *Asociación Ebers*, *Cannacultura Marina Alta* e no caso *Isidro* confrontadas aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o capítulo demonstra o abismo interpretativo entre um sistema que exige a fundamentação material do risco e o valor da dúvida razoável, e outro que se apoia na inversão do ônus da prova e na disciplina intramuros para legitimar a hipertrofia do poder punitivo estatal.

Declara-se que, durante o desenvolvimento desta pesquisa e a elaboração do presente texto, foram utilizadas ferramentas de inteligência artificial generativa de forma estritamente complementar e subsidiária. O suporte tecnológico empregou-se exclusivamente para auxílio na busca por referências bibliográficas complementares, verificação ortográfica, análise de concordância e revisão gramatical. Ressalta-se que a formulação teórica, a construção argumentativa, a análise crítica dos dados e a responsabilidade integral pelo conteúdo, rigor científico e originalidade da obra pertencem exclusivamente ao autor.

A presente dissertação não pretende tão somente oferecer uma contribuição técnica ao debate jurídico. Em meus dezenove anos de advocacia guardei sempre o

conselho recebido de um apenado enquanto eu estagiava no setor jurídico do Presídio Central de Porto Alegre. Ele me dizia para eu tomar o cuidado de não “empedrar minha alma e o meu coração com o exercício da advocacia”. Olhar as entrelinhas nas linhas e buscar entender por que ainda existem, na sua imensa maioria, pessoas das periferias nos presídios pelo delito de tráfico; essa dissertação é a minha resposta ao conselho oferecido.

Não empedrou, não empedrou.

2 A MACONHA E SUA CRIMINALIZAÇÃO

A trajetória da maconha no ordenamento jurídico e social brasileiro representa um caso exemplar de como uma substância pode ser descontextualizada de seus usos tradicionais e econômicos para se tornar o foco de uma política criminal repressiva. Presente no território brasileiro desde o período colonial, a cannabis possuía fibras consideradas estratégicas para a Coroa Portuguesa. Ao longo do tempo, a cannabis, associada a práticas culturais de grupos subalternizados, especialmente da população negra, tornou-se alvo de um processo de estigmatização que culminou na proibição de sua comercialização e de seu consumo no Brasil.

Este capítulo busca desvendar as camadas históricas, sociais e políticas que sustentam a criminalização da maconha no Brasil. Para tanto, será analisada a evolução da legislação, desde os primeiros decretos até a atual Lei de Drogas, demonstrando que o rigor punitivo sempre esteve mais atrelado a um projeto de controle social e à manutenção de hierarquias raciais do que a uma genuína preocupação com a saúde coletiva. Ao examinar os discursos médicos e políticos que forjaram o arquétipo do “usuário” e do “traficante”, expõe-se como a fundamentação moral e preconceituosa do início do século XX ainda é reverberada nas decisões judiciais e nas abordagens policiais contemporâneas.

2.1 A evolução histórica da legislação brasileira relacionada à maconha

A história da chegada da maconha em território nacional acompanha a própria invasão portuguesa, em 1500, considerando que as velas e os cordões das caravelas eram produzidos do cânhamo – fibra produzida de maconha (Carlini,

2006). Entretanto, atribuiu-se aos negros escravizados a entrada da maconha no Brasil (Lucena, 1934; Dias, 1945). Também responsabilizando os portugueses pela sua chegada, Fonseca (1980) apresenta documentos oficiais datados de agosto de 1785, nos quais o Vice Rei recomendava ao governador da capitania de São Paulo o cultivo do cânhamo, argumentando ser de interesse da metrópole.

Ressalta-se que no Brasil, enquanto colônia, foi fundada a Real Feitoria do Linho Cânhamo, pelo Vice Rei Dom Luiz de Vasconcelos e Souza, inicialmente instalada na região onde atualmente se localiza a cidade de Pelotas, no Rio Grande do Sul, e posteriormente transferida para a região onde hoje se localiza a cidade de São Leopoldo, também no Rio Grande do Sul (França, 2022). Tal empreendimento não era ligado diretamente à produção de fumo, e sim do tecido e das fibras de cânhamo. Esses fatos históricos demonstram que a entrada da maconha no Brasil não ocorreu exclusivamente pela população negra trazida ao Brasil como mão de obra escrava.

Carlini (2006) destaca que, no decorrer dos anos, o uso da *Cannabis* era público e oferecido no Brasil, sendo inclusive recomendado para tratamento de asma, catarro e insônia. Como demonstrado por anúncios de jornal de 1905:

Figura 1: Propaganda sobre *cannabis*



Fonte: Senado Federal (1920)

Nesse sentido, a maconha era apresentada como um produto refinado, vendido em estojo especial, com selo do governo francês e com destaque para suas propriedades medicinais, como no anúncio abaixo, oferecendo-a para o tratamento da asma, tosse nervosa, insônia, entre outros:

Figura 2: Propaganda sobre *cannabis*

Fonte: Senado Federal (1920)

José Rodrigues da Costa Dória, médico, nascido em Propriá, marcou a transformação da maconha em um problema de cunho social ao apresentar pesquisa sobre seus efeitos no Segundo Congresso Científico Pan-Americano em 1915. O artigo de Dória foi o primeiro texto científico da época a promover o discurso em prol da criminalização do comércio e do uso da maconha. Tal obra inaugurou uma série de trabalhos que se voltariam a alertar as autoridades e a população civil sobre os ditos riscos que a planta comercializada e usada livremente poderia representar (Saad, 2015). Dória optou por apresentar que a incursão da maconha, em solo brasileiro, seria uma espécie de vingança do povo escravizado:

Outrotanto podemos também dizer: os nossos antepassados, ávidos de lucro, fizeram o baixo tráfico da carne humana, no comêço da nossa formação, até 1851, quando foi decretada a proibição de importar os pretos alricanos, ar- rebatados à fruição selvagem das suas terras, para serem aqui vendidos, como escravos, que as leis assim os reconheciam. Em 13 de maio de 1888, por entre alegrias e festas, foi promulgada a lei que aboliu a escravidão no Brasil e integrada a nacionalidade com os libertados, tomados cidadãos; mas no país já estavam inoculados vários prejuízos e males da execrável institui- ção, difíceis de exterminar. Dentre êsses males que acompanharam a raça subjugada, e como um castigo pela usurpação do que mais precioso tem o homem — a sua liberdade — nos ficou o vício pernicioso e degenerativo de fumar as sumidades da floridas da planta, aqui denominada fumo d'Angola, maconha ou Diamba... (Dória, 1958, p. 1).

No estudo, Dória destaca relatos de sua infância que evidenciam o uso público da maconha em feiras populares, evidenciando seu caráter social à época. Em suas recordações apresenta que, após o consumo “[...] entrava o desafio ou o duelo poético; alguma vez a contenda tomava feição diferente, e exigia a intervenção da polícia para apaziguar os contendores exaltados” (Dória, 1958, p. 5).

Na década de 1930, o processo de urbanização no Brasil começou a se intensificar, coincidindo com importantes transformações sociais e econômicas. Durante esse período, o governo de Getúlio Vargas buscava modernizar o país, impulsionando a industrialização e atraindo trabalhadores para as cidades, especialmente São Paulo e Rio de Janeiro. Esse rápido crescimento urbano trouxe consigo diversos desafios, como a falta de infraestrutura adequada, habitação insuficiente e o aumento da desigualdade social. Foi nesse contexto de urbanização acelerada e mudanças sociais que o Brasil começou a enfrentar questões relacionadas ao uso de substâncias, como a maconha.

Em 1932, a criminalização da maconha se tornou um tema relevante, refletindo as preocupações sociais e políticas da época. O aumento populacional nas cidades contribuiu para a formação de novas dinâmicas sociais e culturais, muitas vezes vistas com desconfiança pelas autoridades. A maconha, associada a grupos marginalizados e a subculturas urbanas emergentes, passou a ser alvo de políticas de controle social.

A criminalização visava, em parte, responder a temores de desordem social em um cenário de urbanização rápida e descontrolada. Dessa forma, o processo de urbanização e a criminalização da maconha estão interligados, já que ambos refletem as tensões e desafios enfrentados pelo Brasil enquanto buscava se adaptar a um novo modelo econômico e social. O Decreto nº 20.930/1932 foi o primeiro diploma normativo a incluir a maconha no rol oficial de substâncias proibidas, sendo em 1938 promulgado o Decreto-lei 891, a “Lei de Fiscalização de Entorpecentes”, que criminalizou o uso e a venda de 19 substâncias, incluindo a maconha.

Com o advento do Código Penal de 1940, o Brasil promoveu uma série de reformas legais que incluíram a tipificação de novas condutas, entre elas, o uso e o tráfico de substâncias consideradas entorpecentes, como a maconha. O artigo 281 do Código Penal de 1940 tratava especificamente da criminalização do tráfico de drogas, definindo como crime a importação, exportação, remessa, transporte, preparo, produção, venda, exposição à venda, oferta ou fornecimento de substâncias entorpecentes, sem a devida autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. O dispositivo estabelecia penas severas,

refletindo a postura fortemente repressiva adotada pelo Estado em matéria de controle de drogas.

O tipo penal previsto no artigo 281 não apenas criminalizava o comércio de entorpecentes, mas também o simples ato de oferecer ou fornecer essas substâncias, mesmo que sem intenção de lucro. Essa abrangência do tipo penal visava cobrir uma ampla gama de atividades relacionadas ao tráfico e ao uso de drogas, demonstrando a intenção do legislador de reprimir severamente qualquer forma de envolvimento com entorpecentes. A tipificação incluía ainda o conceito de “entorpecentes”, um termo que, na época, abrangia uma variedade de substâncias, incluindo a maconha, que já estava estigmatizada como uma droga ligada a comportamentos desviantes e grupos marginalizados.

Logo, a inclusão da maconha no rol de substâncias controladas pelo artigo 281 do Código Penal de 1940 refletia não apenas uma preocupação com a saúde pública, mas também uma tentativa de controle social. A criminalização do uso e do comércio de maconha fazia parte de um esforço maior para disciplinar a sociedade, especialmente em um momento de crescente urbanização e transformação social.

Ao tipificar essas condutas, o Estado brasileiro buscava afirmar uma ordem social que marginalizava práticas associadas a determinadas classes e grupos sociais, reforçando o estigma e a exclusão daqueles que eram deixados à margem da sociedade e “a partir da década de 1960, praticamente toda a América Latina foi invadida pelos postulados ideológicos da Segurança Nacional que, embora tenha direcionamento específico à visualização do criminoso político como o inimigo a ser eliminado” (Carvalho, 2016, p. 92).

A América do Sul, que sofria significativa influência norte-americana, seja nas questões culturais, políticas e até nas relativas à segurança pública, percebeu também o Brasil ser impactado. A Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 celebrada na ONU e recepcionada no Brasil pelo Decreto 54.216/64 é um marco na unificação da política de repressão e criminalização do uso e da venda de substâncias ilícitas. A convenção não demonstrava discutir limites à reprovabilidade, nem questões científicas. Apesar de fazer citação à compreensão de que pode existir a necessidade médica do uso, promove a construção de uma *doxa* baseada na moral, como demonstra o preâmbulo:

As Partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade; reconhecendo que o uso médico dos estupefacientes continua a ser indispensável para alívio da dor e que devem ser tomadas medidas adequadas a assegurar a disponibilidade de estupefacientes para aquele fim; Reconhecendo que a toxicomania é um flagelo para o indivíduo e constitui um perigo económico e social para a humanidade; Conscientes do dever que lhes incumbe de prevenir e de combater esse flagelo (ONU, 1961, preâmbulo).

Apesar de a Convenção colocar um marco temporal de início da “uniformização” da construção repressiva e punitivista da política antidrogas, documentos históricos oficiais, como os anais do II Congresso Panamericano, realizado em 1915 nos Estados Unidos da América, demonstram a existência de uma homogeneidade no discurso repressivo punitivista, que viria a ganhar força na condição de construir uma política pública uniformizada no continente na década de 60 “[...] marca o início de um movimento de militarização da segurança pública, com a delegação de legitimidade de repressão às agências norte-americanas, como operadores por excelência desse tipo de controle policial sobre as drogas” (Boiteux, 2006, p. 40).

Nesse momento nota-se a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, como é o caso de folha de coca no Peru e na Bolívia. Pretendia-se impor uma valoração negativa sobre uma cultura ancestral, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos (Boiteux, 2006, p. 40).

O golpe militar de 1964 no Brasil marcou um ponto crítico na abordagem das políticas relacionadas às substâncias psicotrópicas. Esse evento foi decisivo para militarizar a questão das drogas, uma tendência influenciada por convenções internacionais e pela proximidade com os interesses norte-americanos. A ditadura militar criou um ambiente propício para o desenvolvimento de uma política criminal conhecida como modelo bélico, que tratava o uso de drogas como uma questão de segurança nacional. Essa abordagem visava controlar a população e reforçar a ordem social, alinhando-se ao regime autoritário que dominava o país.

Uma das primeiras ações legislativas do regime militar em relação às drogas foi a introdução do Decreto-lei 385, em 26 de dezembro de 1968. Esse decreto foi promulgado duas semanas após o Ato Institucional n. 5, um dos mais repressivos da ditadura, e alterou substancialmente o artigo 281 do Código Penal. A mudança mais notável foi a equiparação da conduta do usuário de drogas à do traficante. Essa

alteração legal endureceu as penas, refletindo a visão do governo militar de que o combate ao consumo de drogas deveria ser tratado com a mesma severidade aplicada ao tráfico.

Ao equiparar usuários e traficantes, o Decreto-lei 385 reforçou a criminalização das drogas, ignorando as complexidades sociais e de saúde pública relacionadas ao consumo de substâncias. Essa política de repressão não apenas aumentou as penas, mas também contribuiu para a estigmatização e marginalização de usuários, tratando o consumo de drogas como uma conduta tão grave quanto a traficância. Essa abordagem punitiva caracterizou a política antidrogas do regime militar, que buscava consolidar sua autoridade através do controle social e da repressão, considerando a influência de culturas nascidas em território norte-americano na época, como os *hippies*, em que o uso de substâncias psicotrópicas, como a maconha, fazia parte da cultura do campo social.

A situação, em relação à legislação sobre drogas no Brasil, permaneceu praticamente inalterada até a promulgação da Lei n°. 6.368, em 21 de outubro de 1976, conhecida como a Lei de Entorpecentes. Esta legislação perdurou até nove de outubro de 2006. Um dos aspectos dessa lei foi a distinção feita entre o tratamento do usuário e do traficante, estabelecendo artigos separados para cada conduta: o artigo 16 para usuários e o artigo 12 para traficantes, porém ainda manteve uma pena atrelada ao consumo. Essa separação foi vista como um avanço na época, pois reconhecia a diferença entre consumo e tráfico, rompendo, ainda que de maneira limitada, com a abordagem anterior que igualava as duas práticas.

Apesar desse progresso, a Lei de Entorpecentes de 1976 não alterou o sistema repressivo enraizado na ideologia de segurança nacional da época. A distinção entre usuário e traficante não foi suficiente para modificar o caráter punitivo e controlador da legislação antidrogas vigente, que continuava a ser influenciada por princípios de repressão e controle social típicos do regime militar. Assim, o foco permaneceu na manutenção de uma política de segurança rígida. O fato é que até o advento da Lei n° 11.343/06, isto é, durante 30 anos, o usuário era preso em flagrante e, na maioria dos casos, respondia o processo preso.

Existe uma considerável lacuna temporal de 30 anos entre 1976 e 2006, sendo que socialmente passamos de uma sociedade sob um regime de exceção,

com participação política restrita e censura, para uma democracia, com direitos e liberdades garantidos constitucionalmente.

Debates legislativos a respeito de alterações na Lei nº. 6368/76 começaram no início da década de 90, por meio do projeto de Lei nº. 1873/91 de autoria do deputado Elias Murad. O projeto apresentava a diferenciação dos tipos penais de usuário e traficante, oferecendo penas mais altas aos traficantes e determinando uma pena de três meses a um ano além do pagamento de 30 a 60 dias multa pela posse de substância entorpecente (artigo 22). Após um longo trâmite legislativo, e a inclusão e retirada de textos do projeto, a proposta virou a lei 10.409/02. Porém, todo o capítulo III denominado “Dos crimes”, que continha as tipificações penais, foi vetado pelo presidente da República.

Nas razões de veto (2002), mantidas pelo Congresso foi apresentado que:

Em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão. O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal dispõem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Além disso, o art. 5º, XLVI, da Lei Maior, consagra o princípio da individualização da pena, atribuindo à Lei essa tarefa. Por fim, o art. 5º, XLVII, “b”, também da Constituição, determina a proibição de pena de caráter perpétuo. O projeto, lamentavelmente, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas. Diferentemente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais. Em matéria tão sensível, não se deve presumir a prudência das instituições, pois a indeterminação da lei penal pode ser a porta pela qual se introduzem formas variadas e cruéis de criminalidade legalizada (Brasil, 2002).

Em razão do veto presidencial às tipificações penais previstas no projeto, a Lei nº 10.409/2002 não promoveu alterações substanciais no sistema repressivo então vigente, permanecendo em vigor a Lei nº 6.368/1976.

A gênese da Lei nº 11.343/06 remonta aos debates aprofundados no âmbito da Comissão Mista de Segurança Pública, especificamente em grupo de trabalho da Subcomissão de Crime Organizado, Narcotráfico e Lavagem de Dinheiro do Congresso Nacional, no ano de 2002. Dessa comissão emergiu o Projeto de Lei nº

115/2002, que, após sua aprovação no Senado Federal, foi remetido à Câmara dos Deputados sob o número 7.134/2002.

O texto final da lei é o resultado de um extenso processo legislativo, marcado por uma série de debates, pareceres e substitutivos, que buscaram conciliar duas vertentes distintas: de um lado, a repressão ao tráfico de drogas e, de outro, a adoção de uma política de redução de danos, aproximando o tratamento jurídico conferido ao usuário das políticas públicas de saúde.

Desse modo, “a Nova Lei de Drogas foi atravessada por este duplo regime de saberes e tecnologias de poder: num plano repressivo, ela é influenciada pelo contexto de formulação de políticas repressivas de ‘combate’ às drogas”(Campos; Alvarez, 2017, p. 50). Num segundo plano – médico-preventivo – “ela é aprovada em meio ao contexto das chamadas “políticas de redução de danos” (*harm reduction*) que objetivam uma abordagem do usuário de drogas com foco na prevenção, “autonomia individual” e redução dos danos do uso de drogas ilícitas” (Campos, 2015, p. 26). “É por obscuras relações de poder que as coisas são inventadas e é por obscuras relações de poder que a Lei nº. 11.343 de 2006 foi inventada, não originada” (Campos, 2015, p. 35). Exemplo notório dessa dinâmica foi a apresentação, em 10 de fevereiro de 2004, do substitutivo 1 ao Projeto de Lei nº 7.134/02 pelo deputado Paulo Pimenta (PT/RS) que, entre outras significativas alterações, propôs a inclusão de um dispositivo que, ao ser promulgada a lei, veio a se tornar o § 2º do artigo 28, que determinou a aplicação de critérios subjetivos para diferenciar a conduta de usuário e traficante.

Com a criação da Lei 11.343, em 2006, surgiu a expectativa de uma legislação que aproximasse a questão do consumo de drogas das políticas de saúde pública e reduzisse a incidência da criminalização excessiva, focando em políticas de prevenção, tratamento e reinserção social, em vez de repressão penal. Tal expectativa era alimentada pelos legisladores, quando afirmavam que:

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei nº 6.368 de 1976, como criminosos com pena restritiva de liberdade, desconsiderando-se as motivações originais de cada situação. O usuário ou dependente de Drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua

família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social. Sendo assim, encaminho novo substitutivo ao Projeto de Lei nº 7134 de 2002, que considero ter registrada uma abordagem mais atualizada quanto aos aspectos científicos, mais humana, mais democrática, sintonizada com a realidade brasileira e com as possibilidades concretas de ser implementada [...]. Nesse sentido, procuramos, no Projeto Substitutivo, separar usuário ou dependente do traficante. Para os primeiros, formulamos uma política que busca inseri-los no âmbito da saúde pública. Para os segundos, atendendo ao clamor da sociedade brasileira, mantivemos as medidas de caráter repressivo, melhorando, no entanto, a redação de alguns dispositivos que não estavam de acordo com o sistema de penas brasileiro. Ressaltamos, desde já, que nossa preocupação, mais do que produzir um novo texto, foi tornar didática e eficaz a compreensão e a aplicação da lei (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 12/02/2004, p.05403).

A análise da trajetória legislativa sobre a maconha no Brasil revela um processo contínuo e adaptativo de criminalização, cujas raízes não se encontram em evidências científicas, mas em um projeto de controle social. O discurso higienista e racializado, inaugurado por Dória em 1915, nunca foi abandonado; ao contrário, evoluiu, absorvendo as roupagens ideológicas de cada período, desde as ansiedades da sociedade até a lógica bélica da segurança nacional importada durante a Guerra Fria.

Dessa forma, mesmo a Lei nº 11.343/06, com sua intenção declarada de adotar uma abordagem mais humana ao usuário, nasceu herdeira desse profundo legado proibicionista. A promessa de tratar o consumo como uma questão de saúde pública se mostrou insuficiente para dismantelar uma estrutura de repressão secular, lançando as bases para a seletividade penal que, como se verá adiante, marca a aplicação da distinção entre usuário e traficante na contemporaneidade.

2.2 A tipificação e o Recurso Extraordinário nº. 635.659

A Lei nº. 11.343/2006 trouxe significativas mudanças na abordagem jurídica sobre drogas no Brasil, especialmente nos artigos 28 e 33, que tratam da qualificação do usuário e do traficante. O artigo 28 representou uma ruptura com o modelo anterior ao despenalizar o porte para consumo pessoal, substituindo a pena privativa de liberdade por medidas educativas, advertência e prestação de serviços comunitários, embora mantendo a conduta como crime.

Na legislação anterior (Lei nº. 6.368/76), o artigo 16 criminalizava o usuário com pena de detenção de seis meses a dois anos, tratando-o como um criminoso

comum. A nova legislação, embora não tenha legalizado o uso, reconheceu a necessidade de tratamento diferenciado ao usuário, priorizando sua ressocialização e tratamento em vez da punição tradicional, representando uma mudança de paradigma na política criminal sobre drogas.

Quanto ao tráfico, o artigo 33 da Lei 11.343/2006 ampliou o rigor punitivo em comparação ao artigo 12 da lei anterior. A pena mínima foi elevada de três para cinco anos de reclusão, além da inclusão de novas condutas típicas como “oferecer” e “ter em depósito”, expandindo o alcance da tipificação penal e dificultando benefícios processuais como a liberdade provisória e a substituição por penas alternativas. Carvalho (2015, p. 118) argumenta que:

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstinências (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas.

Mesmo que a Lei n°. 11343/06 tenha sido apresentada como uma norma que busca distanciar o usuário da política punitivista, a falta de critérios objetivos permite que julgamentos morais, existentes desde 1953, possam ser aplicados. No parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, é apresentado um conjunto de fatores que devem ser avaliados pelo magistrado para definir se a droga se destina ao uso ou ao tráfico, como a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

A natureza e a quantidade dizem respeito ao tipo e o volume de substância apreendida. Existe um oásis de possível requisito objetivo nesses primeiros dois elementos, mas a falta da determinação legal a respeito da quantidade revela a existência da subjetividade. O Recurso Extraordinário 635.639 acabou por indicar uma interpretação de que a quantidade de 40 gramas seria um forte indicativo para a interpretação de que se trata de usuário, não conseguiu, de forma unânime, chegar a essa quantidade, muito menos determinar que esta quantidade seja aplicada como um critério objetivo, tanto que, no acórdão, ainda afirmaram que “a apreensão de

quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário” (Brasil, 2024, p. 13).

Outro requisito subjetivo diz respeito ao local e às condições em que ocorreu a ação, os quais versam sobre o contexto e as circunstâncias específicas em que se deu a apreensão. Tais requisitos perpetuam alguns conceitos que ligam a criminalidade à marginalidade, considerando o fato de o tráfico não ser um delito com uso de violência, diferente da forma estigmatizada divulgada pela mídia (pessoas armadas). Por mais que existam sim lugares com pessoas armadas conhecidos como “boca” ou “biqueira”, localizados em regiões periféricas, sabemos que existem locais de tráfico em regiões nobres, onde não existe qualquer violência ou uso ostensivo de armamento.

Quando se fala de local da ação e condições da ação, podemos compreender que todas as pessoas que se encontram em uma boca de fumo, com pessoas armadas, são traficantes, e que, inversamente, pessoas encontradas em um apartamento, em um espaço nobre de uma cidade, sejam consideradas usuárias, o que por si só demonstra que tais elementares, quando não acompanhadas de objetividade, também são requisitos subjetivos.

Circunstâncias sociais e pessoais englobam o meio social em que o agente vive e sua integração na comunidade; sua vida familiar e as condições do seu entorno que possam ter influenciado a conduta, além de suas características individuais, como idade, escolaridade, profissão e situação econômica.

Como se define quais são as circunstâncias sociais e pessoais que definem que alguém seja traficante ou usuário? Existe alguma regra objetiva? Para essas duas questões a norma não define, muito menos o código penal, mas sim uma análise subjetiva do magistrado. E essa análise vem acompanhada da estigmatização de que o traficante é alguém do submundo, que não frequenta a igreja, não tem família, não frequenta clubes; e que o usuário é um *outsider* e devido ao seu vício não possui vínculo social, ideia que encontra referência com as citadas pelo médico Luiz Ciulla (1953, p. 377): “[...] toxicômano, via de regra, um psicopata perverso instintivo, procura no tóxico a felicidade que não encontra no trabalho regular”.

O pensamento de Ciulla demonstra que o enfrentamento da maconha não possui um caráter médico, e sim de estigmatização social, todavia “julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as inaptações, os efeitos de meio ambiente ou hereditariedade” (Foucault, 2014, p. 22).

A conduta refere-se ao comportamento do acusado tanto durante a prática delitiva quanto no curso do processo judicial. Nesse contexto, o exercício do poder manifesta-se também na pretensão de ensinar ao réu a necessidade de reconhecer o crime que lhe é imputado e de participar de sua própria condenação, contribuindo para a produção de sujeitos dóceis, como ensina Foucault.

O critério subjetivo está aliado à necessidade de uma espécie de “premiação” pela submissão do acusado. A ele a rebeldia, a revolta contra o processo, é valorada contra si. Este critério afronta a ideia de que o processo penal julga o fato e não a pessoa do acusado, determinando que as atitudes podem fazer parte da formação do tipo penal (no caso em questão da definição se uma pessoa é usuário ou traficante) é preciso que se torne o gestor de sua própria punição (Foucault, 2022, p. 22).

Adiante, em entrevista concedida em 02 de dezembro de 2024¹, Luciana Boiteux, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, apresentou sua perspectiva sobre o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Segundo Boiteux, o parágrafo 2º do artigo 28 poderia, em teoria, ser interpretado como uma redação de caráter garantista, visando promover diferenciação, particularmente no que concerne às quantidades. Contudo, na prática, ele apresenta elementos que são sistematicamente interpretados de maneira oposta à conduta social efetiva.

¹ Relato etnográfico do pesquisador sobre o momento da referida entrevista: O calor clássico de dezembro do Rio de Janeiro, acompanhado de um sol extremamente forte, das 14 horas mais precisamente, torna o centro do Rio de Janeiro um local de grande movimentação e cheio de vendedores de tudo. Para chegar à área de acesso à Câmara, que se encontra postada à frente da Biblioteca Nacional, devo entrar pela rua ao lado, onde a Câmara divide esquina com o conhecido café “Amarelinho!”. Ao chegar à entrada da recepção sou informado que preciso aguardar vinte minutos antes de subir, pois a Vereadora estava em uma reunião. Enquanto espero na rua vejo um senhor de não mais que sessenta anos, reclamando de uma sex shop próxima a uma igreja evangélica (ambas situadas na rua atrás da Câmara) ele vem em minha direção e me pergunta se eu não achava uma pouca vergonha, ao passo de que, diante do meu silêncio, ele apresenta uma série de reclamações. É possível que pareça não factível, mas enquanto ouvia ele falar, vimos uma pessoa sair da sex shop e ir direto a igreja. Ele me olha e conclui que no fundo é positivo ter uma igreja ali para poder salvar as almas dos “pederastas”. Sou chamado na recepção. Posso subir.

A própria consideração de antecedentes, por exemplo, levanta a questão de se uma prisão anterior por tráfico de drogas impediria a caracterização do indivíduo como usuário, uma problemática que também é abordada em sua tese de doutorado intitulada “Controle penal sobre drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade”.

Ademais, Boiteux aborda a figura do “usuário traficante”, aquele que utiliza e vende pequenas quantidades para sustentar seu consumo, adiciona complexidade; o parágrafo 2º. Embora pudesse ser lido sob uma perspectiva garantista, e em tese abra espaço para alguma subjetividade, ele também introduz elementos que podem ser interpretados de forma similar ao que se observa na interpretação do artigo 59.

Boiteux apresenta que a norma prevê uma distinção entre usuário e traficante quando determina ao traficante uma pena mínima de cinco anos e ao usuário despenaliza:

O Parágrafo Segundo tentou ser isso, tentou ser isso, só que, na verdade, a gente sabe que no cotidiano do fórum ele é sempre interpretado negativamente. Então, por exemplo, a conduta, a pessoa aqui no Rio de Janeiro interpretaria assim. Então, eu já vi isso fundamentado, né, em sentença. Não, se ele está fazendo venda em local conhecido e no morro onde é controlado por quadrilhas, como é que ele poderia estar ali naquele lugar? Ele é associado, portanto, se ele é associado, ele é um traficante e tal. Então, isso a gente sabe que, na prática, isso é invertido (Boiteux, 2024).

Ela não considera consequência da norma e sim resultado de uma cultura antigarantista, uma cultura autoritária dos magistrados. Boiteux apresenta também a atuação da polícia como gerador da deturpação do parágrafo segundo.

[...] É o que é colocado no flagrante e o que o policial determina. Muitas vezes, fruto até de propina, de corrupção. E aí, outro elemento também que eu acho importante dizer, é que você tem, na perspectiva de uma polícia que prende muito em flagrante e pouco investiga, é muito difícil você conseguir apurar. Qual é o elemento? Local da prisão, antecedente do agente, também são elementos que não trazem, você presume algo negativo em relação ao real, mas na verdade, você está usando de uma interpretação que deveria ter sido, por exemplo, deveria ter tido uma investigação. Ele vende mesmo? Ou ele estava comprando? Você encontra duas pessoas ao mesmo tempo, uma entregando e outra recebendo. Como é que você vai saber quem estava entregando e quem estava recebendo? Você vai acabar caindo na questão do racismo também (Boiteux, 2024).

Nara Borgo Cypriano Machado (2016, p. 424) apresenta constatação que demonstra o equívoco da falta de critérios subjetivos, principalmente porque a

tipificação, no entendimento da autora, não é realizada pelo magistrado, e sim pela autoridade policial, no auto de flagrante, persistindo a natureza inquisitorial e informativa.

Em que pese a lei determinar que caberá ao juiz diferenciar o usuário do traficante, na prática, é a polícia que efetua a prisão (ou o encaminhamento a delegacia, no caso do uso de drogas, haja vista que não se impõe flagrante ao usuário) e é o Delegado de Polícia que conduz o inquérito (ou é o responsável pelo Termo Circunstanciado, no caso de entender que a hipótese é de consumo e não de tráfico), portanto, a diferenciação começa já na abordagem do sujeito que porta a droga (Machado, 2016, p. 424).

A aplicação de critérios subjetivos previstos no segundo parágrafo do artigo 28 resulta em discrepâncias técnicas nas estatísticas criminais que merecem análise. Dados do Mapa da Segurança Pública 2024, divulgado pelo governo federal, evidenciam essa disparidade: os estados que lideraram o crescimento de ocorrências de tráfico (Paraíba, Piauí, Sergipe, Amazonas e Tocantins) divergem completamente daqueles com os maiores volumes de maconha apreendida (Paraná, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Santa Catarina e Goiás).

A explicação para tal fenômeno reside no fato de que o enquadramento de um suspeito como traficante é, em essência, um ato sujeito à ponderação subjetiva do magistrado, ao passo que o volume de entorpecentes apreendidos constitui um critério puramente objetivo.

A “cultura antigarantista” e autoritária manifestada nas decisões de magistrados e na atuação da polícia, evidenciada na aplicação da Lei de Drogas, encontra profunda ressonância analítica no conceito de *habitus* de Pierre Bourdieu. Longe de ser um mero desvio interpretativo da norma legal, a seletividade penal apoiada em critérios subjetivos — como a consideração do local da prisão ou o perfil racial do abordado — apresenta a atuação de estruturas sociais e preconceitos firmemente interiorizados pelos agentes do Estado.

De acordo com Bourdieu (2007, p. 164), o *habitus* atua como “estrutura estruturante que organiza as práticas e a percepção das práticas”, consistindo no “produto da incorporação da divisão em classes sociais”. Ao delegar à autoridade policial no flagrante e ao magistrado na sentença o poder prático e discricionário de distinguir o usuário do traficante, o sistema legal abre espaço para que as

“disposições (*habitus*) características das diferentes classes” (Bourdieu, 2007, p. 13) operem de forma velada na rotina processual.

Nesse sentido, o racismo estrutural e os estigmas sociais não declarados passam a orientar o “princípio unificador e gerador de todas as práticas” daqueles que detêm o poder de julgar (Bourdieu, 2007, p. 165). O enquadramento criminal de um indivíduo atua, portanto, como um ato performativo de classificação que traduz um controle pautado em raça e classe em decisões jurídicas dotadas de aparência objetiva, legitimadas por “sistemas de esquemas classificatórios” (Bourdieu, 2007, p. 97) institucionalizados pelo Estado. A grande questão que se demonstra é que de fato a lei não “falhou”, a norma foi desenhada para ser preenchida pelo *habitus* do aplicador, no caso o policial e o magistrado.

Os problemas na aplicação da lei não estavam apenas na interpretação do parágrafo segundo do artigo vinte e oito. Como apresentado no início deste tópico o avanço da legislação no tratamento da norma ao usuário. Porém essa não foi a prática adotada pelo poder judiciário até o julgamento do Recurso Extraordinário 635.639.

Durante dezoito anos o procedimento judicial do usuário consistia em uma audiência junto ao Juizado Especial Criminal, na qual o réu escolhia entre a transação penal, a suspensão do processo ou o trâmite regular do processo, fazendo que, ou o acusado perdesse a capacidade de fazer uso dos institutos em outro processo ou perdesse a primariedade, mesmo não possuindo qualquer pena de reclusão. Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal afirmasse que o artigo vinte e oito da Lei nº 11.343/06 refere-se a um fato atípico, sendo no máximo um ilícito administrativo, para que o judiciário aplicasse a norma seguindo as intenções apresentadas pelo legislador.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 635.659 constituiu um marco jurisprudencial na política de drogas brasileira, ao reclassificar o tratamento jurídico conferido ao porte de *cannabis sativa* para consumo pessoal. O Plenário, por maioria, firmou o entendimento de que a conduta, embora permaneça ilícita, não possui natureza penal, devendo ser tratada como um ilícito de caráter administrativo ou extrapenal. Essa reorientação representa uma mudança de paradigma, deslocando o eixo da abordagem estatal do campo da

repressão criminal para o da saúde pública, com foco na prevenção, na educação e na redução de danos, em detrimento da estigmatização do usuário.

A fundamentação jurídica que sustentou o veredito majoritário erigiu-se sobre a violação de direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República. Argumentou-se que a criminalização da posse de maconha para uso próprio invade de forma desproporcional a esfera da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF/88), que garante ao indivíduo um espaço de autonomia para realizar escolhas existenciais que não afetem terceiros.

Sob a ótica do princípio da lesividade, ou alteridade, corolário do direito penal liberal, a intervenção criminal do Estado só se legitima quando a conduta ofende bens jurídicos alheios, o que não ocorre no caso da autolesão decorrente do consumo pessoal de entorpecentes. A medida foi, portanto, considerada excessiva e inadequada para a proteção da saúde pública, violando o postulado da proporcionalidade.

Um dos pilares da decisão repousou sobre a análise de dados empíricos que comprovaram a aplicação seletiva e discriminatória do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. O voto do Ministro Alexandre de Moraes, em particular, apresentou um robusto estudo jurídico que demonstrou uma profunda disparidade no tratamento conferido a indivíduos com base em critérios como cor da pele, idade e nível de escolaridade. Ficou evidenciado que, para a mesma quantidade de droga, pessoas negras, jovens e com menor instrução eram predominantemente enquadradas como traficantes, enquanto indivíduos brancos, com mais de 30 anos e ensino superior, eram classificados como usuários. Essa constatação de um racismo estrutural na aplicação da norma serviu como justificativa fática para a necessidade de o Judiciário estabelecer um critério objetivo que mitigasse o arbítrio das autoridades policiais e judiciais.

O processo deliberativo no Plenário foi marcado por intensos debates e divergências doutrinárias, notadamente sobre a natureza do ilícito e a competência para fixar critérios quantitativos. Enquanto a maioria se consolidou em torno da natureza não penal da conduta, uma corrente minoritária, representada pelos votos dos Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux, defendeu a manutenção do seu caráter criminal, embora despenalizado. Outro ponto

de clivagem foi a definição da quantidade de maconha que presumiria o uso pessoal. As propostas variaram, mas a Corte convergiu para o patamar de 40 gramas ou seis plantas fêmeas, estabelecendo-o como um critério provisório até que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. A fixação desse parâmetro foi entendida pela maioria como um dever para garantir a aplicação isonômica da lei e cessar a discriminação sistêmica.

Ao final, a tese de repercussão geral fixada consolidou as seguintes diretrizes: o porte de *cannabis sativa* para uso pessoal não constitui infração penal, mas sim um ilícito extrapenal, sujeito a sanções administrativas como advertência sobre os efeitos da droga e medida educativa, aplicadas em procedimento de natureza não penal. A quantidade de até 40 gramas ou seis plantas-fêmeas gera uma presunção relativa de uso pessoal, a qual pode ser afastada mediante fundamentação da autoridade policial baseada em elementos objetivos que indiquem o intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga ou a apreensão de balanças e registros de transações.

Adicionalmente, o Tribunal deliberou sobre medidas complementares, como o descontingenciamento do Fundo Nacional Antidrogas (Funad) para financiar campanhas de esclarecimento e a determinação ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para realizar mutirões carcerários e desenvolver protocolos de atendimento a usuários.

2.3 A estigmatização do usuário

A associação entre o consumo de maconha e grupos socialmente marginalizados foi historicamente construída, em um processo contínuo. No início do século XX, a *cannabis* era consumida por elites, mas, ao longo do tempo, passou a ser vista como prática de grupos socialmente marginalizados.

o processo de democratização pouco modificou o Estado repressivo e penalizador. A penalização é utilizada como forma de ampliar o controle sobre as periferias, manter a ordem pública e a enorme desigualdade social. Temos assim, no Brasil um “Estado para os pobres”, com menos assistência e mais controle e vigilância, e um “Estado para os ricos”... Acaba-se tendo “menos Estado” para os ricos e “mais Estado Penal” para os pobres. O estado serve, assim aos poucos “donos do poder” em detrimento da soberania do povo (Miranda; Cardoso, 2019, p. 35).

A publicação da obra “Maconha Coletânea de Trabalhos Brasileiros” pelo Serviço Nacional de Educação Sanitária do Ministério da Saúde em 1953 e republicada em 1958 possui importância histórica, considerando ser a primeira coletânea de artigos que, além de defender a proibição da maconha - fato que já havia ocorrido em 1938 reforça a compreensão de que a criminalização da maconha no Brasil não foi fundamentada em questões de saúde pública, mas, sim, na estigmatização social, visto que todos os artigos se preocupam em apresentar a figura do usuário como desviante de conceitos morais e pertencente a classes sociais inferiores.

O livro compila diversos estudos e relatos que evidenciam como a maconha foi associada a grupos marginalizados, como trabalhadores pobres, negros e imigrantes, que já enfrentavam preconceito e discriminação social. Essa associação contribuiu para a construção de um discurso que retratava a maconha como uma ameaça à ordem social, mais do que um problema de saúde. No prefácio, se lê:

A publicação deste livro levará ao conhecimento público a degradação a que se destina a humanidade. Cada leitor tenha em mente a seriedade da situação e colabore pela persuasão e pela inteligência em benefício dos prisioneiros do vício. É uma obra de mérito universal (Rocha, 1953).

A narrativa em torno da maconha era, como ainda o é, frequentemente alimentada por estereótipos que vinculavam seu uso a comportamentos desviantes e à criminalidade, reforçando a marginalização desses grupos. Em vez de abordar o tema com base em evidências científicas sobre os efeitos da substância, a política de criminalização refletia um viés moral e social, que buscava controlar e disciplinar segmentos da população considerados indesejáveis. Esse contexto histórico ressalta como, desde suas origens, a legislação sobre drogas no Brasil esteve profundamente enraizada em questões de controle social, mais do que em preocupações genuínas com a saúde pública.

Essa obra merece um destaque histórico, considerando sua importância na construção da política antidrogas brasileira, pois em todos os seus 31 artigos ditos científicos, é apresentada uma doxa ligando diretamente o consumo da cannabis a condutas marginais e reprováveis moralmente. “Todos textos são sustentados em pesquisas laboratoriais e psiquiátricas copiadas de bibliografia estrangeira ou em

observações apressadas de poucos casos, escolhidos sem critério definido” (França, 2022, p. 62).

A publicação do Ministério da Saúde (1958) apresenta uma política segregadora e estigmatizada. Como segue:

Nosso objetivo autorizando a publicação de “MACONHA” pelo Serviço Nacional de Educação Sanitária é chamar a atenção dos estudiosos e dos governos para o problema. Não é um problema nacional, é um problema mundial. Não é um problema novo, ele se perde no horizonte do tempo. Mas aí está ele desafiando a nós todos que cuidamos da eugenia da raça. Combatê-lo frontalmente destruindo as plantações do cânhamo parece-nos não resolverá. Considerá-lo à margem da lei, como é, com uma intensa propaganda educativa, é malhar em ferro frio, seus viciados geralmente pertencem a última e mais baixa escala social, são mesmo analfabetos e sem cultura (Ministério da Saúde, 1958).

Por mais que seja necessário uma consciência da evolução do conhecimento e da ciência sobre o tema, o que nos impede de fazer um julgamento sobre o conjunto de informações científicas e limitadas na época, é possível afirmar uma postura racista, principalmente se considerarmos que tal texto surge pós-segunda guerra mundial e ainda prega a proteção da “eugenia da raça”.

O artigo que inicia a coletânea é do doutor Dória “Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício”, antes apresentado em 1915, no Congresso Pan-Americano. Ele evidencia o argumento que o enfrentamento da maconha não estava ligada a uma questão de saúde pública, mas sim da manutenção e aprimoramento do processo de segregação e exclusão de grupos periféricos:

A raça prêta, selvagem e ignorante, resistente, mas intemperante, se em determinadas circunstâncias prestou grandes serviços aos brancos, seus irmãos mais adiantados em civilização, dando-lhes, pelo seu trabalho corporal, fortuna e comodidades, estragando o robusto organismo no vício de fumar a erva maravilhosa, que, nos êxtases fantásticos, lhe faria rever talvez as areias ardentes e os desertos sem fim de sua adorada e saudosa pátria, inoculou também o mal nos que a afastaram da terra querida, lhe roubaram a liberdade preciosa, e lhe sugaram a seiva reconstitutiva; e, na expressão incomparável do grande e genial poeta americano, o maviôso Longfellow, a raça expoliada, como o Sansão da Bíblia: “*The poor, blind slave, the scoff end jest of all, Expired, and thousands perished in the fall*” (Dória, 1958, p. 13).

Dória reforça o argumento que é apresentado em todos os artigos, quando apresenta a “raça preta” como inferior e dessa forma introduzem no Brasil o “Vício

da Diamba”, como uma vingança contra os “brancos, seus irmãos mais adiantados na civilização”.

A articulação entre a criminalização da maconha e a proteção da “eugenia da raça” ilustra nitidamente o que Michel Foucault define como uma estratégia central da biopolítica, paradigma em que o Estado moderno assume a tarefa de gerir a vida, a saúde e a capacidade reprodutiva das populações. Sob a ótica foucaultiana, o discurso médico-higienista de Dória não possui uma finalidade sanitária neutra, mas reflete com exatidão o momento histórico em que se instaura o “racismo em sua forma moderna, estatal, biologizante” (Foucault, 1999, p. 140). Como explica o filósofo, os mecanismos punitivos e as intervenções permanentes ao nível do corpo e das condutas receberam “cor e justificação em função da preocupação mítica de proteger a pureza do sangue e fazer triunfar a raça” (Foucault, 1999, p. 140).

Nesse sentido, ao patologizar o hábito de fumar a erva e retratar a “raça preta” como um vetor de degeneração contra os “brancos”, a ciência médica atua como um dispositivo biopolítico de segregação. A criminalização não visa proteger o indivíduo, mas defender a “civilização” hegemônica de uma ameaça biológica percebida, utilizando o pretexto da saúde para mascarar a exclusão de grupos periféricos que “justificava os racismos oficiais, então iminentes” (Foucault, 1999, p. 54). Dória acabou por usar o discurso médico sanitário para criar uma verdade inquestionável, com o objetivo de justificar o controle absoluto do Estado sobre os corpos da população negra e periférica recém liberta, usando a força do clássico conceito de corpos dóceis.

Francisco de Assis Iglesias, historiador, no artigo, promove um estudo sobre os “clubes de diambistas”, onde usuários da diamba se reuniam, normalmente aos sábados, para praticar um ritual para o consumo da erva. Seguindo um movimento contínuo em todos os artigos, considera interessante notar como, apesar de tantos anos que nos separam da escravatura, ainda acompanham o vício da diamba termos vindos com ela das costas africanas (Iglesias, 1953).

Adauto Junqueira Botelho, médico membro da Academia Nacional de Medicina e diretor do Serviço Nacional de Doentes Mentais e Pedro José de Oliveira Pernambuco Filho, médico membro da Academia Nacional de Medicina e do Comitê Central permanente do Ópio da Organização das Nações Unidas apresentam na

coletânea artigo no qual consideram os perigos e a necessidade de uma atenção especial, por parte das autoridades, de “[...] um vício, parecendo originário da África e que atualmente invade de um modo assustador o interior do nordeste” (Botelho; Pernambuco, 1958, p. 25).

Oscar Barbosa, médico, em seu artigo apresenta um relato sobre as condutas dos usuários depois do uso, citando que:

[...] depois de sorverem a fumarada em haustos profundos provocam desafio ou duelos poéticos e outras vezes entram mesmo em lutas corporais com fúria e ódio tornando-se necessária a intervenção da polícia! (Barbosa, 1958, p. 32).

Uma questão interessante, e que demonstra a linha das pesquisas, é que tanto os artigos de Iglesias de Botelho e de Barbosa possuem o mesmo título (O vício da diamba) que liga diretamente os negros ao vício de maconha.

O artigo intitulado “Intoxicados pela Maconha em Porto Alegre”, do psiquiatra Luiz Ciulla, define o “[...] toxicômano, via de regra, [como] um psicopata perverso instintivo, [que] procura no tóxico a felicidade que não encontra no trabalho regular” (Ciulla, 1953, p. 377). Entretanto, diferentemente dos outros autores, Ciulla não faz uma relação direta com questões raciais, analisando em seu artigo questões sociais, mas também ligando o consumo a classes marginalizadas:

1 — R.S., com 20 anos de idade, solteiro, natural do Distrito Federal, tem instrução primária e se diz mineiro. Conduzido ao Hospital São Pedro, pela Assistência Pública, em 11-12-940. Papeleta 11.015. A intoxicação se dissipara, quando o examinamos; estava apenas intranquilo, irritadiço, de palavra fluente. Vadiagem confessa desde os oito anos. Há seis meses vem fumando maconha triturada e de mistura com tabaco, utilizando-a de modo irregular, pois nem sempre consegue a erva. Sob a ação do tóxico, excita-se, torna-se empreendedor, eufórico e assim permanece por duas horas, quando tudo se normaliza. Ingressou no Hospital porque tomou “duas baforadas?” de maconha, fazendo uma embriaguez turbulenta. Estrutura corporal hipoplásica, femininoide. Reação de Wassermann no sangue positiva. Tratamento pelo neosalvarsan.

Ciulla relaciona a conduta de uso à prática de “vadiagem”, delito que nasce no Código Penal de 1831 e ganha força no Código de 1890 como parte de um conjunto de delitos que tinha como objetivo enfrentar e limitar a influência dos negros que dois anos antes haviam sido libertados. Tanto que em 1890 também era tipificado como crime o ato de praticar capoeira. Outra demonstração na análise do paciente acima é que o paciente era femininoide, termo pejorativo da época que definia uma pessoa com traços femininos.

2 — J.R.S., com 20 anos de idade, operário, solteiro, natural deste Estado e residindo em Pôrto Alegre, ingressou no Hospital em 13-12-1940. Papeleta 11.018. Intoxicou-se pela maconha no dia precedente à entrada, estando nesta ocasião lúcido, mas fatigado. Refere o episódio da intoxicação: encontrava-se no cais do pôrto, quando, em troca da gentileza de um pau de fósforos, dois marinheiros ofereceram-lhe um cigarro; êste tinha um sabor particular, porém o paciente o fumou acreditando ser de tabaco. Após três ou quatro “pitadas”, foi assaltado de sensações desagradáveis: calor nos pés, estranheza do mundo exterior e levitação. A consciência tornou-se crepuscular; daí o evocar, vagamente, os acontecimentos intempestivos. Recorda, contudo, que o pensamento era de curso acelerado e tinha ímpetos de executar coisas proibidas pela própria censura. Agrediu, sem motivação justificada, um cidadão, tirando-lhe o casaco à força; um outro, porque pareceu identificar-se com a sua pessoa também foi atacado; e, como final do episódio, desferiu golpes em profusão nos policiais que pretendiam contê-lo. Tranquilizou-se, horas depois, já detido. Logrou alta do Hospital três dias depois.

O artigo de Ciulla possui mais fichas de pacientes, sendo que todas as outras possuem como o padrão a classificação do grau de periculosidade pelas questões sociais e de conduta, nenhuma questão médica. Analisando os relatos, fica evidente que a abordagem utilizada não possui rigor científico e se baseia fortemente em juízos morais. A descrição dos indivíduos é carregada de termos pejorativos e generalizações, como “vadiagem confessa”, “estrutura corporal hipoplásica, feminóide” e “nível mental baixo”, que não encontram respaldo em critérios objetivos de avaliação.

A análise das fichas do psiquiatra Luiz Ciulla, que substituem o rigor científico por juízos morais para patologizar indivíduos marginalizados, ilustra com precisão a crítica de Michel Foucault ao papel disciplinar e normalizador do exame psiquiátrico.

Na obra “Os Anormais”, Foucault (2001) demonstra que a psiquiatria penal moderna passou a atuar para “deslegalizar a infração tal como é formulada pelo código, para fazer aparecer por trás dela seu duplo”, constituindo assim um “duplo psicológico-ético do delito” com o objetivo de perscrutar e julgar “uma irregularidade em relação a certo número de regras que podem ser fisiológicas, psicológicas, morais” (Foucault, 2001, p. 21).

Ao rotular a marginalidade e a vadiagem como indícios de um “psicopata perverso instintivo”, o discurso higienista de Ciulla promove a “transferência do ponto de aplicação do castigo, da infração definida pela lei à criminalidade apreciada do ponto de vista psicológico-moral” (Foucault, 2001, p. 22). Consequentemente, o

diagnóstico psiquiátrico evidencia que o sistema serve menos para tratar uma patologia clínica e mais para fundamentar a exclusão social, mapeando o histórico dos sujeitos em busca de “defeitos, sem ser nem patologicamente doenças, nem legalmente infrações” (Foucault, 2001, p. 26), o que legitima o policiamento de classes periféricas sob a conveniente máscara da neutralidade científica.

Quando confrontamos as fichas médicas de Ciulla a partir de Bourdieu revela-se que o diagnóstico médico, longe de ser uma constatação clínica neutra, atua como um “sistema de esquemas classificatórios” (Bourdieu, 2007, p. 97), funcionando como um poderoso instrumento de dominação e legitimação de preconceitos. Ao descrever os usuários de maconha das classes marginalizadas com rótulos carregados de juízo moral como “psicopata perverso”, “vadiagem” e “feminóide”, Ciulla mobiliza “taxonomias que, oriundas diretamente do inconsciente social” (Bourdieu, 2007, p. 26), transmutam repulsas de classe em patologias objetivas.

Esse enquadramento “científico” configura exatamente o que o sociólogo denomina de “efeito de atribuição estatutária, [...] negativa, que todo grupo produz ao fixar os indivíduos em classes hierarquizadas” (Bourdieu, 2007, p. 27). A intolerância mascarada de avaliação psiquiátrica evidencia como o aparato do Estado converte aversões morais em laudos médicos, comprovando que “a intolerância estética exerce violências terríveis” e ergue “uma das mais fortes barreiras entre as classes” (Bourdieu, 2007, p. 57).

Dessa forma, as estatísticas e as fichas médicas apresentadas na sua dissertação não atestam uma realidade biológica, mas exercem um violento “efeito de imposição simbólica” (Bourdieu, 2007, p. 29), criminalizando os corpos e as condutas periféricas sob o verniz incontestável do saber médico.

Além disso, a associação direta entre o uso de maconha e comportamentos negativos, como agressão e “ímpetos de executar coisas proibidas”, ignora a complexidade dos fatores que influenciam o comportamento humano e reforça estereótipos preconceituosos sobre os usuários da substância. Em vez de uma análise imparcial, os relatos parecem buscar confirmar uma visão moralista e negativa sobre o uso de maconha e seus supostos efeitos, que hoje sabemos não condizem com a realidade.

Ao analisar os fundamentos utilizados por Dória, em 1915, até mesmo dos autores da coletânea Maconha em 1953, é possível constatar e verificar o forte conteúdo moral e estigmatizante dos usuários. Grande parte da narrativa construída acerca dos supostos malefícios da *cannabis* está associada aos grupos sociais que a consomem, os quais, conforme demonstram os registros analisados, já se encontravam socialmente marginalizados naquele contexto histórico.

Ao retirar a imagem de classe do cigarro de cannabis, como era divulgado em 1905 e incluí-lo a grupos periféricos, como a população negra obteve-se a reprovabilidade necessária da sociedade para tornar o antes “chique” cigarro de maconha em uma conduta imoral e “destruidora dos valores da sociedade”.

Sob a perspectiva teórica de Michel Foucault, percebe-se que a psiquiatria e o discurso médico não atuam como observadores científicos imparciais, mas como engrenagens de um dispositivo de saber-poder destinado a fabricar verdades e justificar o controle de grupos indesejados. A associação da maconha a “comportamentos negativos” e à criminalidade da população negra evidencia uma estratégia na qual a medicina higienista se instituiu como um “domínio particular da proteção social”, voltado a intervir sobre qualquer elemento que supostamente ameaçasse a ordem (Foucault, 2001, p. 148). Para legitimar essa exclusão, o sistema de controle precisou “codificar a loucura [ou o desvio] como perigo”, mascarando preconceitos morais e raciais sob a conveniência de um verniz científico (Foucault, 2001, p. 148-149).

Além disso, a manobra de retirar o status “chique” do uso da *cannabis* e atrelá-lo estritamente aos grupos periféricos revela o uso do aparato repressor para impor “certas categorias da moral dita 'universal' que servirão de barreira ideológica” com o fim de estigmatizar e isolar as classes marginalizadas (Foucault, 1979). Dessa forma, a estigmatização da maconha ilustra uma estratégia biopolítica que instrumentalizou o discurso científico para construir a figura do indivíduo perigoso, garantindo a manutenção da hegemonia por meio de uma moralidade oficial excludente.

Embora a sociedade tenha avançado em termos tecnológicos e na consolidação de direitos fundamentais, como, por exemplo, a própria lei do divórcio, a construção do delito de racismo e homofobia, o enfrentamento a violência

doméstica, por exemplo, a política de drogas ainda reproduz categorias discursivas e pressupostos ideológicos difundidos na década de 1950.

O estudo “Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico” da Associação Brasileira de Jurimetria² (ABJ), de 2019, lança luz sobre como essa estigmatização histórica se manifesta no sistema de justiça criminal contemporâneo. A pesquisa, que analisou boletins de ocorrência lavrados pela Polícia Civil de São Paulo sob a égide da Nova Lei de Drogas, revela que a aplicação da lei não é neutra e pode afetar desproporcionalmente determinados grupos sociais. A pesquisa concluiu que a quantidade de drogas, se utilizada como critério de distinção, causaria impacto em cerca de 20% dos crimes, sejam eles tráfico ou porte, e que seu impacto não seria uniforme em todas as subpopulações de criminosos, sugerindo que outros elementos das circunstâncias da apreensão também devam ser relevantes na classificação.

Nesse contexto, os dados do estudo mostram que a cor da pele dos suspeitos está associada a diferentes padrões de apreensão. As quantidades medianas de drogas apreendidas em casos de tráfico variam de acordo com a etnia dos suspeitos. Por exemplo, a mediana da quantidade de maconha apreendida em casos envolvendo apenas suspeitos brancos é de 30,075 gramas, enquanto em casos com pelo menos um suspeito negro, essa mediana sobe para 33 gramas.

Essa diferença, embora aparentemente pequena, pode ter implicações significativas na forma como os casos são classificados e julgados, reforçando estereótipos raciais e contribuindo para o encarceramento em massa da população negra. De modo que a “nossa Política de Drogas é marcada por constantes alterações, com poucos avanços e muitos retrocessos, sempre no sentido de reforçar o paradigma bélico e de dificultar a implementação de políticas de redução de danos” (Carvalho, 2018, p. 37). Os dados apresentados na pesquisa da Associação Brasileira de Jurimetria demonstram uma tendência para que os principais alvos das prisão decorrentes do delito de tráfico sejam exatamente a população negra, periférica e jovem.

² Associação sem fins lucrativos fundada em 2011 formada por pesquisadores da USP e da PUC/SP.

No artigo apresentado por Dória em 1915 já se encontrava a ligação direta da maconha com a população negra, o que na época já estigmatizava, visto que estávamos em uma sociedade que, há menos de 30 anos, havia assistido ao fim da prática da escravidão e observava os resultados do abandono do Estado em relação à população negra, que, após a libertação, não havia recebido qualquer apoio, sendo lançada à marginalidade.

Passados mais de 70 anos, os efeitos da estigmatização da população periférica ainda produz resultados, como pode ser verificado no relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), produzido em 2020; policiais militares e civis que atuam na região metropolitana de Porto Alegre, de forma anônima, responderam perguntas, entre elas “qual a característica suspeita a ponto de gerar uma abordagem”. Ser negro foi apontado como a principal (2,95), seguido de ter tatuagem (2,69), ser jovem (2,65), ser homem (2,52), estar com vestimenta suspeita (2,31), estar de mochila (2,07), enquanto “parecer estar vendendo drogas” ficou com apenas 1,15.

A persistência do arquétipo criminal associado à população negra, que sobrevive desde as formulações de Dória em 1915 até as estatísticas policiais do relatório da UNODC em 2020, ilustra com precisão a operação do *habitus* e da estigmatização social descritos por Pierre Bourdieu. O fato de a autoridade policial elencar características fenotípicas e estéticas — como “ser negro”, “ter tatuagem” ou “ser jovem” — como os principais critérios de suspeição, suplantando indícios criminais concretos, revela que o racismo do período pós-abolição foi profundamente interiorizado pelo aparato de Estado.

Esse preconceito atua como um verdadeiro *habitus* institucional, isto é, uma “estrutura estruturante que organiza as práticas e a percepção das práticas” (Bourdieu, 2007, p. 164) dos agentes de segurança nas ruas. O *ethos* policial, nesse contexto, não reflete uma avaliação objetiva de risco, mas mobiliza “taxonomias que, oriundas diretamente do inconsciente social” (Bourdieu, 2007, p. 26), convertendo estigmas históricos em critérios técnicos e práticos de policiamento.

A abordagem direcionada quase que exclusivamente ao corpo negro e periférico consolida o que o sociólogo define como um violento “efeito de atribuição estatutária, [...] negativa (estigmatização), que todo grupo produz ao fixar os

indivíduos em classes hierarquizadas” (Bourdieu, 2007, p. 27). Desse modo, o poder de polícia reescreve e perpetua a marginalização histórica ao transformar a própria cor da pele e a estética da periferia em “sinais distintivos” (Bourdieu, 2007, p. 166) de periculosidade, mascarando o controle racial e de classe sob o verniz da legitimidade da segurança pública.

Os dados apresentados evidenciam que mesmo com o avanço tecnológico, científico e até social de nossa sociedade, o arquétipo construído a partir das formulações de Dória permanece influenciando o ethos do aparato policial estatal, que repete a descrição do “delinquente” delimitada na obra Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros.

Para além do campo teórico, diversos exemplos dessa estigmatização podem ser identificados no cotidiano social. Um exemplo amplamente difundido no imaginário coletivo (em tempos de redes sociais e memes) pode ser encontrado no vídeo institucional do Programa Educacional de Resistência às Drogas (PROERD) cuja música tinha por objetivo “conscientizar” crianças e adolescentes dos malefícios do uso de drogas.

Existe um programa que vai lhe ajudar, existe um amigo que vai lhe ensinar que o problema "drogas" merece atenção e para manter-se a salvo é preciso dizer não. Cultivando o amor próprio, controlando a tensão, pensando nas consequências, resistindo à pressão e como amar a própria vida, e as drogas dizer NÃO. Quem lhe ensina é amigo, mas é sua a decisão (Governo do Tocantins, s.d.)³.

Goffman (2022) ao trabalhar o conceito de estigma apresenta que existe uma dupla perspectiva a respeito do referido conceito. “Assume o estigmatizado que a sua característica distintiva já é conhecida ou é imediatamente evidente ou então ela nem é conhecida pelos presentes nem perceptível por eles” (Goffman, 2022, p. 14).

Goffman define três categorias de estigma: aquelas relacionadas a características corporais, a atributos de personalidade e a pertencimentos étnicos ou sociais.. “Os imperativos morais básicos que operam aqui são os que exigem que o indivíduo seja responsável por seu próprio bem estar [...] O estereótipo do viciado em drogas retrata uma pessoa que viola esses imperativos” (Becker, 2019, p. 84). Ele demonstra ainda:

³ Letra completa disponível em: <https://www.to.gov.br/pm/15-cancao-do-proerd/izeq8d5ikmf>. Acesso em: 05 de jun. 2026.

Temos que acrescentar a isso, claro, a ideia de que o usuário se torna um escravo da droga, de que se rende voluntariamente a um hábito para o qual não há saída. A pessoa que leva esse estereótipo a sério, confronta-se com um obstáculo ao uso da droga. Ela não começara, manterá ou aumentará seu uso de maconha a menos que possa neutralizar sua sensibilidade ao estereótipo, aceitando uma visão alternativa da prática. De outro modo, irá, como o faria a maior parte dos membros da sociedade, condenar a si mesma como um outsider desviante (Becker, 2019, p. 84-85).

Luciana Boiteux, em entrevista concedida (2024) considera que o racismo estrutural responde pela aplicação equivocada da Lei nº 11.343/06, quando se usa o estigma social para definir o usuário e o traficante:

O preto é o que estava vendendo e o branco que estava comprando. E cada um vai ser colocado no seu papel social e aí fica o branco, certamente, no 28 e o preto no 33. Então, isso só reforça a nossa cultura autoritária, racista, seletiva, seletividade penal, de classe e raça e o controle social da pobreza.

Outro fato que demonstra essa estigmatização é o conceito de “Narcocultura”, ligado a expressões culturais da periferia e comunidades marginalizadas. Entende-se por narcocultura uma “[...] forma cultural surgida do território simbólico do tráfico de drogas capaz de construir seus próprios códigos e regras” (Lousada, 2018, p. 16).

Tal expressão ganhou a mídia e os debates após a prisão do cantor MC Poze do Rodo, quando, em coletiva de imprensa, o Secretário de Polícia Civil do Rio de Janeiro, delegado Felipe Curi usou como fundamentação para a prisão e periculosidade do cantor: “Ele transformou a música num instrumento de dominação, divulgação e disseminação da ideologia e da narcocultura da facção criminosa Comando Vermelho” (Dias; Marques, 2025, *n.p.*).

Carvalho (2016) analisa que apesar de inúmeros países avançarem na política de redução de danos, caminhando para a descriminalização do porte de drogas, o Brasil ainda trabalha na política falida do *war on drugs*. Fica explícito tal postura, nas palavras do Secretário de Polícia Civil do Rio de Janeiro ao conectar o conceito de narcocultura às condutas de induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas tipificadas nos artigos 33, § 2º, e 37 da Lei nº 11.343/06. O estudo da narco cultura requer a compreensão das raízes do movimento e que sua proposta está mais ligada à estética do que a condutas relacionadas à criminalidade.

Muito se fala do narco como uma ética, mas sua maior autenticidade é estética. A verdade é que os narcos incomodam a sociedade burguesa (aquela que tem dinheiro e poder!), a sociedade letrada (aquela que se sente invadida por oralidades e visualidades!), a sociedade política (aquela que se sente deslocada de sua sedução!); mas como o dinheiro deles nos faz bem, olhamos para o outro lado e culpamos o norte, o vizinho ou a sociedade de mercado. O narco é uma estética, e uma forma de pensar, e uma ética do triunfo rápido, e um gosto excessivo, e uma cultura de ostentação. Uma cultura do 'tudo vale' para sair da pobreza, uma afirmação pública de que para que ser rico se não for para ostentar e exibir (Rincon, 2013, p. 3).

Narcocultura remonta a uma construção social do periférico em busca de determinado capital simbólico dentro da comunidade, uma possibilidade de ascensão social e de acesso à modernidade, que se manifesta como um estilo de vida de sucesso e reconhecimento seguindo os critérios da realidade que vivem, desafiando as normas estabelecidas.

É nesse ponto que nos interessa pensar essa narcocultura para além da questão jurídica ou policial, mas como manifestação dessa modernidade periférica que guarda de forma residual os embates que se apresentam como práticas sociais no universo midiático. Esse imaginário pressupõe mobilização e predisposição coletivas como pressuposto para além das próprias narrativas relacionadas ao mundo do crime e ao narcotráfico (Bragança, 2012, p. 103).

A narcocultura pode ser compreendida como uma resposta social produzida em contextos nos quais o Estado e o aparato policial são percebidos como instâncias hostis ou adversárias. Loic Wacquant, ao analisar as relações entre guetos britânicos e americanos, relata que os jovens são hostis e vingativos com a polícia e não possuem qualquer confiança nela:

Os moradores do gueto percebem-se divididos entre a necessidade de proteção diante da criminalidade generalizada e o medo de que a intervenção policial aumente a violência, ao invés de diminuí-la, devido a seu comportamento discriminatório e brutal (Wacquant, 2017, p. 35).

A estigmatização da "narcocultura" e a criminalização de suas expressões estéticas, evidenciadas na tipificação feita pela autoridade policial fluminense, podem ser compreendidas através da ótica das lutas de classificação e da distinção social propostas por Pierre Bourdieu. Quando o aparato do Estado rotula a música periférica e o estilo de vida de seus artistas como mera disseminação da "ideologia e da narcocultura do Comando Vermelho", ele mobiliza, sob o véu da objetividade jurídica, um "efeito de atribuição estatutária, [...] negativa (estigmatização), que todo

grupo produz ao fixar os indivíduos em classes hierarquizadas” (Bourdieu, 2007, p. 27).

O incômodo que essa cultura do excesso e da ostentação gera na “sociedade burguesa” e “letrada” reflete o choque direto entre a estética dominante e as formas de afirmação periféricas. Para Bourdieu, a percepção dominante reage com aversão àquilo que foge de seus códigos, pois “a intolerância estética exerce violências terríveis” e a rejeição a estilos de vida diferentes traduz-se muitas vezes em uma “intolerância visceral” que ergue fortes barreiras entre as classes (Bourdieu, 2007, p. 56-57).

Nesse contexto sociológico, a ética do triunfo rápido e a estética do excesso da narcocultura operam como uma resposta das comunidades marginalizadas para subverter o “efeito de imposição simbólica” (Bourdieu, 2007, p. 29) gerado pelas narrativas oficiais. O acúmulo de capital simbólico na periferia torna-se, assim, um mecanismo de resistência contra a desclassificação que lhes é imposta pelo Estado e pelas classes hegemônicas.

Analisando a partir de Foucault, essa engrenagem punitiva que recai sobre o estilo de vida e a expressão cultural da periferia revela que o sistema penal moderno não julga apenas infrações concretas, mas condena formas de existência. Ao criminalizar a estética do funk e a chamada “narcocultura”, o aparato estatal opera um deslocamento do alvo da punição: a materialidade do ato cede lugar ao julgamento de um “duplo psicológico-ético do delito” (Foucault, 2001, p. 21).

O *habitus* do magistrado, carregado de estigmas, atua exatamente para legitimar essa passagem, permitindo que a justiça penal puna não a conduta estritamente comprovada, mas a figura do “indivíduo perigoso” (Foucault, 2001). O estilo de vida desviante torna-se, assim, a evidência antecipada do crime, demonstrando como o poder, travestido de saber jurídico, reconstrói a biografia do suspeito periférico para provar que ele “já se assemelhava a seu crime antes de o ter cometido” (Foucault, 2001, p. 18).

Mais profundamente, essa criminalização da estética marginal atende a uma tática essencial das tecnologias de controle sobre a população. O autor demonstra que a justiça penal atua como “uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social” (Foucault, 1979, p. 45), cujo objetivo estratégico histórico tem sido “introduzir

um certo número de contradições no seio das massas e, em particular, uma contradição maior: opor os plebeus proletarizados aos plebeus não proletarizados” (Foucault, 1979, p. 103). Ao estigmatizar a narcocultura e associá-la à imagem da escória, da imoralidade e da ameaça, o Estado constrói uma barreira ideológica que isola essa juventude marginalizada do restante da sociedade integrada.

Portanto, a ausência de critérios objetivos na Lei nº 11.343/06 não representa uma falha legislativa, mas uma engrenagem produtiva e intencional: ela garante a discricionariedade necessária para que a repressão atue cirurgicamente na manutenção dessa clivagem, perpetuando o controle dos corpos e o racismo institucional sob a aparência de neutralidade e defesa da ordem pública.

Torna-se possível verificar que a construção do arquétipo do usuário, iniciada por discursos higienistas no começo do século XX e solidificada por publicações de cunho moralista, como a coletânea do Ministério da Saúde de 1953, fincou raízes no imaginário social e nas práticas do sistema de justiça criminal. A ausência de critérios objetivos na Lei nº 11.343/06 fortaleceu essa herança, permitindo que o *habitus* do julgador possa ser decisivo na distinção entre usuário e traficante e, dessa forma, que a aplicação da lei seja preenchida por estigmas históricos, resultando em uma aplicação seletiva e discriminatória da lei, como comprovam as pesquisas citadas.

2.4 O perigo abstrato

Hoje a norma não pode punir alguém por ser negro, periférico, estigmatizado. O racismo estrutural precisou criar uma ficção jurídica para sobreviver dentro do Estado de direito, desta forma o sistema criminaliza uma conduta muito ligada a uma comunidade estigmatizada e usa o instituto chamado “perigo abstrato” para punir, dispensando o Estado de provar que essa conduta realmente provocou uma lesão em alguém. O perigo abstrato vira uma ferramenta técnica desse processo de seletividade, permitindo ao Estado prender pessoas sem a existência de vítimas.

Essa construção ficcional jurídica, onde o legislador antecipa a tutela penal, afirmando que algumas condutas são inerentemente perigosas, independente do dano, demonstra ser efetivo para casos de crimes ambientais e proteção de bens jurídicos difusos e coletivos. Porém a aplicação do perigo abstrato em delitos de

autolesão carece de função político-criminal legítima, revelando-se como um artifício de controle social travestido de dogmática jurídica.

Enquanto nos crimes ambientais a antecipação da tutela justifica-se pela impossibilidade de reparação do dano e pela natureza transindividual do bem protegido, nos crimes de perigo abstrato voltados à autolesão como o porte de substâncias para consumo pessoal o Estado abdica do Princípio da Alteridade (ou Transcendentalidade).

Segundo esse princípio, o Direito Penal só deve intervir quando a conduta de um indivíduo transborda sua esfera privada e atinge o direito de outrem. Ao punir a autolesão sob o manto do perigo abstrato, o legislador cria uma presunção absoluta de perigo que não admite prova em contrário, servindo de atalho processual para o encarceramento de grupos vulnerabilizados.

Dessa forma, a dogmática do perigo abstrato é desvirtuada: deixa de ser uma garantia de proteção a bens jurídicos sensíveis para se tornar um instrumento de gestão punitiva da pobreza. A “ficção” mencionada opera no hiato entre a norma e a realidade; sob o pretexto de proteger a “saúde pública” (conceito vago e onipresente), o sistema penal seleciona o indivíduo periférico e estigmatizado, convertendo a falta de uma vítima concreta em uma licença para a arbitrariedade estatal.

A operacionalização desse cenário ganha contornos ainda mais nítidos quando se observa como o sistema de justiça criminal maneja a inversão do ônus da prova na praxe forense. Sob o pretexto do perigo abstrato, a atividade probatória do Estado deixa de gravitar em torno da demonstração empírica do risco social e passa a se sustentar na fé pública quase inquestionável dos agentes policiais.

O testemunho do braço armado do Estado torna-se elemento autossuficiente para a condenação, validando o estereótipo do suspeito padrão que já havia sido previamente selecionado pela filtragem racial e geográfica. A dogmática jurídica, desse modo, abdica de sua função limitadora do poder punitivo e assume um papel meramente homologatório de uma violência institucionalizada que escolhe quem deve ocupar as celas do superencarceramento.

Tal dinâmica processual a obsolescência do princípio da ofensividade dentro dessa lógica de controle. Quando o ordenamento jurídico tolera a punição

desvinculada de qualquer lesão ou perigo concreto a terceiros, destrói-se a barreira que diferencia o Direito Penal do mero exercício de polícia. A dignidade da pessoa humana é instrumentalizada, uma vez que o indivíduo deixa de ser julgado por suas ações e passa a ser criminalizado por aquilo que o Estado presume que ele representa dentro da estrutura social.

O crime de perigo abstrato, quando direcionado a condutas de autolesão na periferia, transmuta-se em um autêntico “Direito Penal do Autor”, onde o status social e a cor da pele do agente preenchem o conteúdo do tipo penal que a lei formal deixou estrategicamente em branco.

Essa engenharia punitiva alinha-se perfeitamente ao conceito de biopolítica, também formulado por Foucault, ao traduzir o gerenciamento estatal dos corpos indesejáveis. A justificativa de proteger a “saúde pública” ou a “incolumidade social” funciona como um verniz higienista que legitima a eliminação social de parcelas específicas da população.

Não se busca a cura, a reintegração ou o amparo terapêutico do indivíduo inserido na engrenagem das drogas, por exemplo, mas sim a sua neutralização espacial através do aprisionamento. O risco abstrato é, portanto, o biombo retórico que autoriza o Estado a decidir quais vidas devem ser protegidas pelo manto dos direitos e quais devem ser geridas sob a constante ameaça da sanção criminalizadora.

A manutenção dessa ficção jurídica gera um esvaziamento constitucional sem precedentes, na medida em que fragiliza as garantias fundamentais processuais em nome de um utilitarismo punitivo. O princípio da presunção de inocência é esvaziado de sentido prático, pois o réu se vê na tarefa hercúlea e processualmente inviável de provar uma negativa: a de que sua conduta privada não gerou um perigo invisibilizado pela lei. Essa blindagem conferida às acusações estatais desequilibra a relação processual, transformando o rito penal em um teatro de culpabilidade pré-determinado, onde o veredito condenatório já está inscrito no perfil socioeconômico do acusado antes mesmo do início da instrução.

Dessa forma, a dogmática do perigo abstrato é desvirtuada: deixa de ser uma garantia de proteção a bens jurídicos sensíveis para se tornar um instrumento de gestão punitiva da pobreza.

Essa transmutação ilustra perfeitamente a denúncia foucaultiana de que as sociedades modernas não operam apenas por meio da lei, mas através de "um tipo de poder - nem médico, nem judiciário, mas outro - é que conseguiu colonizar e repelir tanto o saber médico como o poder judiciário", um poder que invade as instituições impondo "sua autonomia e suas regras" (Foucault, 2001, p. 32).

A "ficção" mencionada opera no hiato entre a norma e a realidade; sob o pretexto formal de proteger a "saúde pública" (conceito vago e onipresente), o sistema penal seleciona o indivíduo periférico e estigmatizado, convertendo a falta de uma vítima concreta em uma licença para a arbitrariedade estatal e para a manutenção de uma severa disciplina de classes sob a roupagem da legalidade.

3 A DIMENSÃO HERMENÊUTICA E O DIREITO COMPARADO: O EQUILÍBRIO ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E A SAÚDE PÚBLICA

A política criminal contemporânea no Ocidente encontra-se em uma encruzilhada metodológica e filosófica quanto à gestão das substâncias entorpecentes, tensionada entre a salvaguarda da saúde pública — erigida como um bem jurídico de matriz coletiva — e o respeito intransigente à esfera de liberdade individual. Sob o prisma hermenêutico, as tradicionais engrenagens de controle social têm sido severamente tensionadas por uma transição de paradigma global que desloca o eixo do Direito Penal de uma postura estritamente proibicionista para abordagens regulatórias fundamentadas na proporcionalidade e na redução de danos.

Esse cenário impõe a rediscussão do modelo punitivo clássico, cuja justificação histórica na repressão penal do usuário frequentemente mascara a expansão de um controle biopolítico sobre os corpos, operando sob o pretexto de afastar perigos puramente abstratos. Para compreender as complexidades dessa transição, o direito comparado surge como uma ferramenta metodológica indispensável, funcionando como um laboratório analítico onde distintas racionalidades jurídicas e políticas públicas são colocadas em contraste. Enquanto alguns modelos globais, como os observados em diversos estados dos Estados Unidos, no Uruguai e na Holanda, avançam significativamente na normalização e regulação estatal do consumo da maconha de modo a privilegiar a autonomia

privada, outros ordenamentos evidenciam assimetrias profundas entre a promessa de garantismo formal e a prática de exclusão social. O cotejo entre diferentes realidades internacionais permite identificar as fissuras dogmáticas e os limites da intervenção punitiva do Estado quando esta se desvincula da exigência de um dano concreto a terceiros.

Este capítulo dedica-se a analisar criticamente a política criminal brasileira à luz da experiência jurídica espanhola, examinando como a ausência de requisitos objetivos na norma pátria e o apego doutrinário ao perigo abstrato instrumentalizam a seletividade penal e o racismo institucional.

Em contrapartida, investiga-se como a dogmática espanhola instituiu filtros hermenêuticos baseados no princípio da alteridade e na ofensividade material, consagrando construções como a atipicidade do consumo compartilhado. Contudo, longe de idealizar o modelo europeu, a investigação também lança luz sobre a evolução de sua seletividade administrativa, demonstrando que a imposição de severas barreiras burocráticas pode atuar de forma tão segregadora quanto a criminalização explícita, ao converter a ausência de capital econômico e cultural em um critério velado de exclusão.

3.1 O dilema global e a tensão entre saúde pública e liberdade individual

A política criminal contemporânea no ocidente enfrenta um dilema central na gestão das substâncias entorpecentes: a tensão entre a proteção da “Saúde Pública” como um bem jurídico coletivo e o respeito à esfera de liberdade individual. Embora a chamada “guerra às drogas”, liderada pelos Estados Unidos, ainda persista, encontramos significativos avanços na questão da normalização do consumo de maconha. Citando os próprios Estados Unidos, por exemplo, 24 estados americanos, além do Distrito de Colúmbia (Washington, D.C.), legalizaram a maconha para uso adulto (recreativo).

Na Europa, a partir de 2013, a Holanda adota a permissão para o consumo de maconha em *coffee shops*. Na América do Sul, o Uruguai, desde 2013, adota um modelo de regulação estatal, onde cidadãos uruguaios e residentes permanentes maiores de 18 anos podem realizar a compra em farmácias ou clubes canábicos gerenciados pelo Estado.

Essa conjuntura global demonstra que a sociedade não busca mais a proteção contra um perigo abstrato, mas sim privilegiar a autonomia privada e a redução de danos. Essa transição de paradigma desloca o eixo do Direito Penal de uma postura estritamente proibicionista para uma abordagem regulatória fundamentada na proporcionalidade. No modelo clássico de controle social, a incriminação da posse para consumo pessoal fundamentava-se na premissa de que o usuário, ao alimentar o mercado ilícito, colocaria em risco a segurança e a saúde da coletividade.

Ao analisar esse modelo clássico sob a ótica de Michel Foucault, compreende-se que a invocação da “Saúde Pública” como justificativa para a repressão penal ilustra perfeitamente a instauração da biopolítica e das tecnologias modernas de controle. O autor demonstra que o poder estatal contemporâneo passou a intervir ativamente para administrar a vida, formando uma “bio-política da população” pautada em “uma série de intervenções e controles reguladores” sobre o corpo social (Foucault, 1999, p. 131).

Nesse contexto, a criminalização não visa proteger objetivamente a saúde do indivíduo, mas sim policiar condutas e manter a ordem institucional sobre os corpos. A proibição, fundamentada no discurso do “perigo abstrato”, atende à necessidade do Estado de legitimar uma expansão punitiva que, como aponta o filósofo, não age de forma puramente repressiva ou inerte, mas “permeia, produz coisas” atuando como “uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social” (Foucault, 2014, p. 45). A criminalização do uso pessoal, sob o argumento do cuidado sanitário, estabelece, assim, uma engrenagem na qual o controle é mascarado pela pretensa proteção biológica da sociedade.

Contudo, sob a ótica do constitucionalismo moderno e da dignidade da pessoa humana, tal argumento proibicionista perde consistência diante do princípio da alteridade; se a conduta do indivíduo restringe-se à sua esfera privada e não gera um dano concreto a terceiros, a intervenção estatal torna-se uma incursão ilegítima na autonomia existencial.

No plano doutrinário, a manutenção do status de ilicitude da maconha gera uma evidente antinomia jurídica em relação a outras substâncias lícitas, como o

álcool e o tabaco, que possuem índices de toxicidade e externalidades sociais frequentemente superiores.

Tal disparidade evidencia que a proibição não se fundamenta em critérios puramente farmacológicos ou de saúde pública, mas sim em construções políticas e morais datadas. Como elucida Foucault, a formulação das proibições e das verdades estatais reflete um "regime de verdade" no qual "a verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder" (Foucault, 1979, p. 4).

A manutenção da maconha na ilegalidade aponta que as normas penais respondem aos interesses dessa engrenagem — que produz efeitos de verdade para classificar o que é lícito ou ilícito — instrumentalizando a moralidade para justificar a seletividade punitiva.

A teoria do bem jurídico pressupõe que a norma penal proteja valores essenciais; quando a proibição passa a gerar mais danos sociais — através do encarceramento em massa e do fortalecimento de organizações criminosas — do que o próprio consumo, a lei perde sua finalidade ética e sua eficácia social.

3.2 A seletividade da norma brasileira frente à racionalidade da norma espanhola

No Brasil, a falta de requisitos objetivos, como demonstrado no capítulo anterior, serve ao propósito do legislador de permitir que o aplicador da lei use de critérios subjetivos para complementar a norma, mantendo a segregação social e estigmatizando grupos periféricos, através da criminalização da conduta sem a comprovação da lesividade a terceiros, através do instituto do perigo abstrato.

Pelo estudo “Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico” da Associação Brasileira de Jurimetria que as quantidades medianas de drogas apreendidas em casos de tráfico variam de acordo com a etnia dos suspeitos do delito de tráfico. Por exemplo, a mediana da quantidade de maconha apreendida em casos envolvendo apenas suspeitos brancos é de 30,075 gramas, enquanto em casos com pelo menos um suspeito negro, essa mediana sobe para 33 gramas, sendo que tal distinção também resta demonstrada pelo relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes

(UNODC), produzido em 2020; policiais militares e civis que atuam na região metropolitana de Porto Alegre que ao perguntar para policiais militares “qual a característica suspeita a ponto de gerar uma abordagem”. Ser negro foi apontado como a principal (2,95), seguido de ter tatuagem (2,69), ser jovem (2,65), ser homem (2,52), estar com vestimenta suspeita (2,31), estar de mochila (2,07), enquanto “parecer estar vendendo drogas” ficou com apenas 1,15, resta demonstrado que o perigo abstrato é um instrumento de seletividade penal, dependendo dos olhos de quem aplica a norma.

Sob a ótica foucaultiana, a ausência de critérios objetivos e a utilização do “perigo abstrato” para fundamentar abordagens policiais e condenações não representam uma disfunção do sistema, mas a eficácia de um dispositivo de controle voltado à segregação.

Ao criminalizar suspeitos com base em características estéticas e raciais (como cor da pele, idade e tatuagens) em detrimento da materialidade do ato de vender drogas, o aparato penal brasileiro atua para isolar grupos periféricos. Foucault (2014, p. 106) demonstra que a justiça e o sistema prisional desempenham o papel de separar as classes marginalizadas do restante da sociedade, de modo que “em torno dela e dos que para lá vão ou de lá saem, a burguesia construiu uma barreira ideológica (que diz respeito ao crime, ao criminoso, ao roubo, à gatunagem, aos degenerados, à sub-humanidade) que tem estreita relação com o racismo”.

Consequentemente, opera um deslocamento punitivo: a infração estrita aos códigos cede lugar à perseguição do que Foucault (2014, p. 43) define como a figura do “indivíduo perigoso”. A punição foca na própria identidade e existência do sujeito, criando um “duplo psicológico-ético do delito” que permite ao Estado legitimar, sob a conveniência de um pretexto jurídico abstrato, a seletividade penal e o racismo institucional.

A ausência de requisitos objetivos na distinção entre usuário e traficante, evidenciada pela aplicação elástica do perigo abstrato, permite a aplicação da segregação de fato. Conforme demonstrado pelos dados da jurimetria e do UNODC, a seletividade penal que exige uma quantidade menor de drogas para incriminar suspeitos negros e que motiva abordagens policiais fundamentadas primariamente

na cor da pele, juventude e vestimenta comprova que a aplicação da lei mobiliza a verdade criada através de construções produzindo o estigma do reprovável.

Tal prática não é novidade na legislação brasileira, basta recordarmos que na primeira codificação penal da República estava tipificado o delito de “vadiagem” e o “capoerismo”, sendo o primeiro delito um resultado previsível de uma política de liberação da escravidão sem a construção de políticas públicas para incluir a população negra, colocando os recém libertos em condição de vulnerabilidade e o segundo delito uma prática cultural de matriz negra.

A legislação brasileira é um exemplo paradigmático de uma política criminal bélica, influenciada pela ideologia da Segurança Nacional e pelos movimentos de “Lei e Ordem”. A Lei nº 11.343/06, embora tenha promovido, em teoria, a descarcerização do usuário (artigo 28), não realizou a descriminalização. Ao contrário, acabou criando critérios subjetivos que permitem que a tipificação sobre a conduta esteja na mão da autoridade policial ou do magistrado, sob a justificativa dogmática do perigo abstrato.

Neste modelo, a “Saúde Pública” é elevada a uma categoria metafísica, desvinculada de danos concretos a pessoas de carne e osso. O sistema presume, de forma absoluta (*juris et de jure*), que o simples fato de um indivíduo portar uma substância ilícita, mesmo que em quantidade ínfima e no recesso do lar, gera um perigo para a coletividade.

A insistência brasileira na punição do perigo abstrato revela uma “falha” na racionalidade legislativa, conceito explorado por José Luis Díez Ripollés, que considera que uma lei racional deve atender aos dados da realidade social e buscar a proteção efetiva de bens jurídicos, evitando o simbolismo punitivo que serve apenas para aplacar o clamor popular ou reafirmar valores morais.

No entanto, a lei brasileira opera uma “espiritualização” do bem jurídico, no qual a proteção da saúde pública serve de pretexto para punir a autolesão e impor uma moralidade oficial, violando o princípio da lesividade (ou ofensividade) que exige que o crime afete terceiros.

Em contraste ao modelo brasileiro, a dogmática espanhola parte de uma premissa fundamental: o Direito Penal não pode punir a autolesão porque falta a “alteridade”. A redação do artigo 368 do Código Penal Espanhol, que pune o tráfico,

possui uma redação ampla (“promover, favorecer ou facilitar”) da mesma forma que a redação do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o que Muñoz Conde (2019, p. 628) chama de “intervención omnicompreensiva”. No entanto, para evitar que essa amplitude puna comportamentos inofensivos, a doutrina e a jurisprudência impuseram uma interpretação restritiva baseada no princípio da proporcionalidade e na natureza do bem jurídico.

Para Muñoz Conde (2019, p. 616), “stán claramente excluidos del art. 368 tanto el autoconsumo como la tenencia para el propio consumo”. A lógica é que a saúde pública, como bem jurídico, só é afetada se houver risco de difusão da droga para terceiros indeterminados. Se a droga não sai da esfera de domínio do usuário, não há perigo para a saúde pública, permanecendo o fato na esfera da liberdade individual ou da saúde individual.

Essa distinção permite construções dogmáticas inexistentes no Brasil, como a doutrina do consumo compartilhado. Na Espanha, se um grupo de consumidores adquire droga conjuntamente para consumo imediato em local fechado, a conduta é atípica, pois trata-se de uma extensão do autoconsumo sem “transcendência social” ou risco de difusão a terceiros estranhos ao grupo.

No Brasil, a mesma conduta é tipificada como crime no art. 33, parágrafo 3º da Lei nº 11.343/06 (oferecer droga a pessoa de seu relacionamento), demonstrando como o legislador brasileiro captura penalmente até mesmo situações de perigo mínimo ou inexistente para a coletividade. Por esse motivo, a legislação espanhola se demonstra o melhor laboratório para ser analisado como forma de contrastar com as mazelas oriundas da norma brasileira.

Porém não se pode vislumbrar o modelo europeu como a resposta perfeita a seletividade social produzida pela legislação brasileira antidrogas. A legislação espanhola aplica também moldes seletivistas na questão envolvendo a política de drogas, na construção de estruturas burocráticas quase intransponíveis para pessoas de baixo poder aquisitivo para que possuam o direito de fazer o uso de maconha, em clubes canábicos, por exemplo. O conjunto de regras e determinações afasta, por exemplo, um jovem marroquino que vive na periferia, que não vai possuir condições de arcar com os custos de um advogado para redigir um estatuto e alugar um local com as condições determinadas pela norma.

Dessa forma, a legislação espanhola acaba operando uma prática garantista no plano normativo, mas reproduz mecanismos seletivos no acesso a ela. No modelo espanhol a seletividade está muito mais ligada à falta de capital cultural e econômico; a norma não criminaliza a conduta de um determinado grupo, mas sim burocratiza e dificulta o acesso às exceções benéficas da norma.

O aparente garantismo da legislação espanhola, ao substituir a criminalização direta por uma regulamentação burocrática do acesso aos clubes canábicos, não elimina a seletividade, mas a desloca para a exigência de acúmulo de capital cultural e econômico. Ao exigir a redação de estatutos, a contratação de advogados e a manutenção de um espaço físico, a norma impõe barreiras muitas vezes intransponíveis para jovens periféricos, pois o acesso à legalidade (a exceção benéfica) passa a exigir capacidade econômica que é inacessível.

Dessa forma, o aparato burocrático do Estado funciona como um mercado que favorece quem detém recursos. O modelo espanhol, portanto, sob o véu de uma igualdade formal e administrativa, consagra uma nova forma de distinção que pune a ausência de capital. A norma excessivamente burocratizada acaba por cancelar um efeito de estigmatização, demonstrando que o formalismo da lei pode ser tão segregador quanto a criminalização explícita, pois converte a marginalização socioeconômica em um critério velado de exclusão.

3.3 A evolução da seletividade penal

A análise crítica do modelo espanhol demonstra que a transição de um paradigma puramente proibicionista para uma regulamentação burocrática não extingue a seletividade penal, mas a transmuta em uma barreira administrativa. Embora a legislação espanhola substitua a criminalização direta pelo acesso regulado a clubes canábicos, ela ergue estruturas burocráticas intransponíveis para indivíduos de baixo poder aquisitivo. Ao exigir a redação de estatutos e a manutenção de espaços físicos específicos, a norma opera um garantismo formal que, na prática, exclui o jovem periférico, convertendo a legalidade em um privilégio restrito àqueles que possuem os meios materiais para navegar pelas exigências do Estado.

Para Foucault, essa manutenção burocrática da desigualdade revela-se como uma tática de poder destinada a “introduzir um certo número de contradições no seio das massas” (Foucault, 1979, p. 103). O Estado não age por mera repressão cega, mas opera um mecanismo estratégico que isola o jovem periférico como uma figura “marginal, perigosa, imoral, ameaçadora para a sociedade inteira” (Foucault, 1979, p. 104), ao mesmo tempo em que protege as condutas das elites. Portanto, a seletividade administrativa demonstra que o poder disciplinar moderno funciona como uma “rede produtiva que atravessa todo o corpo social” (Foucault, 1979, p. 45), garantindo a integração para os detentores de capital e a estigmatização punitiva para os despossuídos.

Nesse contexto, a transição para o modelo burocrático de controle — materializado nos critérios de regularização dos *Clubes de Fumadores* — funciona como uma sofisticação da tecnologia política do corpo. Se outrora a repressão penal declarada recaía de forma direta e ostensiva sobre a carne do desviante, a modernidade administrativa passa a gerir a ilegalidade por meio de uma engenharia procedimental. O preenchimento de requisitos documentais, as vistorias técnicas e as taxas de manutenção desses espaços atuam como um filtro normativo silencioso.

Trata-se da operação de uma microfísica do poder que não precisa proibir o acesso à substância em termos absolutos, mas que delimita meticulosamente *quem* tem a prerrogativa legal de consumi-la, operando um fracionamento biopolítico da população entre cidadãos legítimos e indivíduos penalizáveis.

Essa divisão reforça o argumento de que a seletividade penal contemporânea reconfigura as fronteiras do que Foucault define como “ilegalismos tolerados”. A burocratização estatal estabelece uma economia política do desvio na qual os ilegalismos das classes dominantes revestidos de formalidade jurídica, capital cultural e assessoria corporativa são absorvidos e assimilados pelo sistema como práticas contratuais lícitas.

Em contrapartida, os ilegalismos de sobrevivência ou de lazer das camadas subalternizadas permanecem empurrados para a margem da legalidade. A exigência de um espaço físico fixo e delimitado, por exemplo, criminaliza por tabela a circulação do jovem periférico no espaço público, uma vez que o uso ou a posse na

via comum continuam sob o manto da sanção administrativa e da vigilância policial discricionária.

Essa engrenagem institucional produz violência simbólica, na medida em que impõe aos sujeitos marginalizados a culpa por sua própria exclusão. Ao estruturar o acesso aos clubes canábicos sob uma roupagem de igualdade formal perante a lei, o Estado mascara a desigualdade material subjacente. O jovem da periferia urbana, desprovido do conhecimento burocrático e dos meios financeiros para adimplir as quotas associativas ou compreender os meandros estatutários, vê sua exclusão chancelada por uma aparente neutralidade técnica. A incapacidade de integrar-se ao modelo regulado não é lida pelo sistema como um reflexo da vulnerabilidade socioeconômica, mas sim como uma escolha deliberada pela transgressão, justificando e legitimando a intervenção punitiva posterior.

A Lei Orgánica 4/2015, que é duplamente conhecida como Lei de Segurança Cidadã pelos defensores da norma e lei mordaza pelos críticos, demonstra a seletividade espanhola não é apenas um conjunto de normas neutras para a manutenção da paz, mas sim um dispositivo biopolítico disciplinar voltado para o controle do minucioso corpo social. No seu preâmbulo encontramos uma justificativa da necessidade proteger direitos pela restrição de algumas garantias:

“La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho. Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que sólo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos”.

Bilbao Ubillos aponta que o preâmbulo da Lei 4/2015 estabelece que “la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho», justificando a intervenção estatal sob a premissa de que «la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí mismo”.

Através da lente foucaultiana, tal trecho não deve ser entendido como uma declaração humanitária de princípios democráticos, mas sim como uma peça

discursiva de um sofisticado dispositivo de poder. O uso do vocabulário jurídico clássico do “Estado de direito”, “contrato social” e “direitos e liberdades” tem como função histórica dissolver o fato da dominação, demonstrando o uso do direito não como uma forma de emancipação, mas sim como uma garantia para o Estado da Obrigação legal de obediência por parte da população.

Foucault, na quarta conferência relatada na obra “A verdade e as formas jurídicas” transcreve um texto de 1804, escrito por um bispo chamado Watson durante uma pregação para a Sociedade para a Supressão dos Vícios. Nela o religioso clama à nobreza, que as classes altas seguissem as leis mesmo que elas não fossem feitas para elas porque assim poderia haver a possibilidade de controle e vigilância das classes mais pobres que usam as classes mais altas como exemplo. Podemos encontrar temáticas semelhantes nesta norma.

Ao apresentar a segurança como uma condição necessária para a liberdade, o Estado utiliza um discurso saber/poder para camuflar um sistema minucioso de coerções disciplinares que garante a docilização dos cidadãos. A ideia de lei, como apresentada pelo bispo Watson, serve e põe em prática as relações de dominação. Quando o texto afirma que existe uma demanda social dirigida ao Estado para que ele assegure um âmbito de convivência, estamos visualizando, a partir de Foucault, a passagem do Estado de justiça e do Estado administrativo para o Estado de governo onde a gestão da população passa a ser realizada por meio de dispositivos de segurança. Sob a justificativa de proteger “direitos”, o Estado espanhol expande sua capacidade de intervir na população, tendo a gestão plena da sociedade.

Entre os artigos da lei, alguns merecem destaque. O artigo 35 classifica como infrações muito graves as reuniões ou manifestações não comunicadas com antecedência ou proibidas em instalações destinadas à prestação de serviços básicos à comunidade. O dispositivo também alcança espetáculos públicos recreativos realizados em locais públicos. Já o artigo 36 trata das infrações graves relacionadas a manifestações em frente ao Congresso e a outros atos de protesto, como a ocupação de ruas e a produção de imagens de operações policiais, entre outras restrições, sempre em nome da segurança cidadã. Bilbao argumenta que a sanção ao uso não autorizado de dados e imagens dos agentes “propicia la

impunidad de las actuaciones policiales... [constituyendo] una sobreprotección de las Fuerzas de Seguridad [que] carece de justificación”

A Lei Orgânica 4/2015 não estabelece em seu teor o conceito de segurança cidadã. Em vez disso, a norma adota uma abordagem de justificar no seu preâmbulo o porquê de evitar uma definição dogmática abstrata. Com essa informação torna-se evidente o desejo do legislador em deixar o conceito em aberto, permitindo que a interpretação seja realizada diretamente pelo aplicador da norma. O estado decide quem e quando pode manifestar, decide como e onde, decide até qual atividade cultural deve ser apresentada.

Ao examinar o alargamento do poder dos policiais de intervenção e a tipificação de condutas genéricas, Ubillos observa que “los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad [quedan habilitados para] actuar discrecionalmente cuando lo estiman pertinente. Lo que conduce, a su vez, al apoderamiento del espacio público por la Administración”

Esta indefinição propositada e a consequente regulação da vida pública materializam o que Foucault define como um dispositivo de segurança no âmbito da governamentalidade moderna. Deixar a 'segurança cidadã' sem uma definição abstrata não é uma lacuna técnica, mas uma estratégia política: permite que o Estado atue não mais na rigidez da lei jurídica, mas na maleabilidade da norma administrativa. Assim, o aplicador da lei ganha o poder soberano de decidir, caso a caso, quem representa um perigo para a ordem, transformando o espaço público em um território de normalização constante, onde os corpos e as liberdades são geridos, distribuídos e controlados em nome da própria sobrevivência e tranquilidade do corpo social.

Porém a norma demonstra um outro aspecto, que demonstra limitações a política criminal garantista espanhola, a seletividade da norma com os mais pobres, demonstrada na perseguição ao trabalho sexual callejero (prostituição de rua) e na criminalização do top manda (comércio ambulante irregular).

En realidad, lo que la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, garantiza no es la seguridad ciudadana sino la exclusión social y acaba con las protestas, de ahí que se denomine «vulgarmente» Ley mordaza. En un informe de 2017 Amnistía Internacional denunció que en 2016, el primer año de aplicación de la Ley, se impusieron 197.947 sanciones [...] (Souto, 2025, p. 8).

A seletividade existente na lei não se trata de uma distorção técnica, mas sim a concretização da biopolítica, dessa forma o Estado gerencia a população através de zonas de tolerância para elites e zonas de punição para os marginalizados. Se no Brasil o controle social aplicado na política de drogas é através do “Perigo abstrato”, a Lei de Segurança Cidadã utiliza a ficção jurídica da ‘tranquilidade pública’ para, por meio de tipificações genéricas, criar instrumentos de expulsão dos corpos indesejados e marginalizados da cidade visível, como os profissionais do sexo e os vendedores ambulantes. A seletividade burocrática aplicada na legislação de drogas espanhola, quando analisada em conjunto com a lei da mordaza passa de uma interpretação da norma e ganha contorno de mecanismo jurídico social.

A evolução da seletividade penal expõe que a flexibilização proibicionista, quando desprovida de uma perspectiva de justiça distributiva e racial, transmuta-se em um mecanismo de confinamento de classes. A dotação de garantias formais serve como um anteparo ideológico que imuniza o modelo contra críticas humanitárias, enquanto as polícias e os órgãos de fiscalização continuam a exercer o papel de seletores dos corpos puníveis. O jovem periférico permanece sob o signo do perigo social abstrato, cuja presença fora dos enclaves autorizados da legalidade burocrática aciona os alarmes do aparato de segurança, demonstrando que a sanha proibicionista se desidrata para as elites ao mesmo tempo em que se hipertrofia sobre os vulneráveis.

A análise comparativa entre as esferas de controle evidencia que a seletividade administrativa não é um desvio de finalidade da norma espanhola, mas a sua própria condição de possibilidade e eficácia política. A transição paradigmática preserva a estrutura de dominação subjacente à Lei de Drogas tradicional, reatualizando os critérios de segregação sob o verniz da eficiência gerencial. Longe de representar a emancipação do sujeito ou o fim do proibicionismo, o modelo de acesso regulado via estruturas burocráticas intransponíveis perpetua o aprisionamento do jovem periférico em uma zona de permanente suspeição, redefinindo as táticas de docilização e exclusão que historicamente caracterizam o sistema penal moderno.

3.4 As estruturas de comércio e a livre circulação de produtos relacionados à cannabis

É importante entender que a cannabis já está em um processo de desmistificação no continente europeu, movimento este que ganhou mais força a partir da retirada da cannabis e sua resina da lista quatro da convenção única de entorpecentes de 1961 e pelo julgamento do caso Kanavape, pela Corte Europeia.

O caso Kanavape (Acórdão C-663/18 do TJUE) representa o “divisor de águas” para o debate da cannabis na Europa por estabelecer que o Canabidiol (CBD) não pode ser classificado como um entorpecente. O Tribunal de Justiça da União Europeia fundamentou que, como o CBD não possui efeitos psicotrópicos nem nocivos à saúde humana com base nos conhecimentos científicos atuais, ele não se enquadra nas definições da Convenção Única da ONU de 1961. Essa conclusão retirou o composto do âmbito estritamente penal das políticas de drogas e o inseriu na lógica do mercado interno europeu, garantindo que o CBD legalmente produzido em um Estado-membro possa circular livremente em outros.

Para a legislação espanhola, o impacto foi imediato e profundo, pois forçou uma reinterpretação da atuação das autoridades. Na Espanha, a política de drogas é historicamente pautada por um sistema de “proibição administrativa” e controle rigoroso, mas a decisão do TJUE impediu que juízes e policiais continuassem a tratar a venda de flores e óleos de CBD como crime de tráfico de drogas tipificado no artigo 368 do Código Penal Espanhol.

O acórdão serviu como escudo jurídico para centenas de estabelecimentos, garantindo que a mera posse ou comercialização de derivados de cannabis com baixo teor de THC não pudesse mais ser punida sob o pretexto de proteção à saúde pública, uma vez que o próprio tribunal declarou a inexistência de risco que justificasse tal restrição.

Além disso, a decisão expôs as lacunas da normativa espanhola, que até então operava em uma zona de cinza interpretativa. Antes do Kanavape, a Espanha permitia o cânhamo industrial apenas para sementes e fibras, mas a jurisprudência europeia validou o aproveitamento da planta inteira (folhas e flores) para a extração de CBD. Isso obrigou a Administração espanhola, especialmente a Agência Espanhola de Medicamentos e Produtos Sanitários (AEMPS), a adaptar seus

critérios, embora ainda reste o debate sobre o consumo humano (ingestão), que permanece restrito pelas normas de “Novos Alimentos” da União Europeia. Na sociedade espanhola existem três modelos de negócio que envolvem o comércio da *cannabis*: *Grow Stores*, Lojas de CBD e as Asociaciones de consumidores de *cannabis*, conhecidas como club social de cannabis.

A articulação entre a jurisprudência europeia e a prática comercial na Espanha revela uma fricção inerente ao processo de integração regional, onde a livre circulação de mercadorias atua como um vetor de harmonização forçada. Ao deslocar o CBD do regime proibicionista para o escopo do Artigo 34 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que veda restrições quantitativas à importação e medidas de efeito equivalente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) limitou o poder de polícia sanitária dos Estados-membros.

No cenário espanhol, isso significa que qualquer barreira alfandegária ou administrativa interna que vise coibir a entrada de derivados de cânhamo legalmente produzidos em outros países da União Europeia precisa ser robustamente fundamentada em riscos científicos concretos, sob pena de violação dos tratados fundacionais do bloco.

Essa nova dinâmica mercadológica impõe desafios complexos à fiscalização aduaneira e tributária espanhola, que se vê obrigada a operar em um ambiente de convergência regulatória assimétrica. A ausência de uma diretriz comunitária unificada e específica para os produtos de cannabis de baixo teor de THC faz com que a livre circulação coexista com interpretações díspares entre as próprias comunidades autônomas da Espanha. Enquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia dita o ritmo da abertura econômica sob o prisma do mercado único, as autoridades locais muitas vezes recorrem a normativas de rotulagem, direito do consumidor e critérios técnico-sanitários difusos como mecanismos indiretos de controle, criando barreiras técnicas não tarifárias que desafiam a jurisprudência europeia.

A partir do princípio da segurança jurídica, a transição entre o modelo puramente proibicionista e a abertura ao mercado de derivados de cannabis gera um cenário de “litigiosidade estratégica” na Espanha. Operadores econômicos utilizam o precedente do caso Kanavape não apenas como um mecanismo de defesa no

âmbito penal, mas como um fundamento para pleitear a regularização de suas atividades perante os registros mercantis e órgãos de propriedade industrial. Esse fenômeno demonstra que o comércio da cannabis no território espanhol deixou de ser uma atividade marginalizada para se consolidar como um setor econômico em busca de institucionalização, pressionando o Poder Legislativo a fornecer marcos regulatórios que acompanhem a evolução jurisprudencial.

A inclusão desses produtos na lógica da livre circulação europeia esbarra na complexa governança de segurança alimentar do bloco, especificamente no Catálogo de Novos Alimentos. A recusa em harmonizar o consumo por via oral, limitando a comercialização legal, em grande parte, ao uso cosmético e tópico evidencia a duplicidade de critérios que os estabelecimentos comerciais enfrentam na Espanha. Para sobreviverem à fiscalização da Agência Espanhola de Medicamentos e Produtos Sanitários (AEMPS), as estruturas de comércio locais precisam adotar estratégias de blindagem jurídica e contratual, comercializando as inflorescências e óleos sob designações estritas de “objeto de colecionismo” ou “uso externo”, evidenciando um descompasso entre a realidade do consumo e a tipificação formal da mercadoria.

O sistema comercial espanhol desenvolveu-se de maneira hiperfragmentada, moldado pelas brechas das decisões judiciais e pelas margens de tolerância administrativa de cada região. É precisamente nesse vácuo legislativo federal, tensionado pela pressão econômica do livre mercado europeu e pela demanda social interna, que as estruturas de comércio locais ganham relevância. A compreensão desse panorama macroeconômico e jurídico é fundamental para analisar a viabilidade e o funcionamento prático das diferentes tipologias de estabelecimentos que operam no país, as quais se dividem estruturalmente em três modelos distintos de atuação e engajamento com o mercado consumidor.

3.4.1 As Lojas CBD

As lojas de CBD comercializam produtos derivados da *cannabis sativa* com baixo teor de THC (geralmente abaixo de 0,2%). Diferente das farmácias ou dispensários, esses estabelecimentos operam sob a égide de normativas que permitem a venda de extratos e flores para uso tópico ou como “objetos de

coleccionismo" e "plantas aromáticas". Essa estratégia de rotulagem é uma resposta direta às restrições da Agência Espanhola de Medicamentos e Produtos Sanitários (AEMPS) e das diretrizes da União Europeia, que proíbem a comercialização de produtos de CBD para ingestão humana sem a devida autorização como "novo alimento" (*novel food*). É possível encontrar desde aromatizantes, passando por quitutes para pets, até sorvete.

Essa ambiguidade regulatória cria um cenário de "vazio legal" que molda diretamente a estética e a abordagem comercial dessas lojas. Ao ressignificar produtos tradicionalmente consumidos por via inalatória ou oral como itens decorativos ou de uso externo, os lojistas transferem a responsabilidade do uso final para o consumidor. Essa manobra jurídica, embora juridicamente frágil, tem sido suficiente para garantir a proliferação desses comércios nas principais vias urbanas espanholas, transformando o ato de compra em uma experiência marcadamente distinta daquela observada no mercado ilícito ou no circuito estritamente médico.

O perfil dessas lojas afasta-se deliberadamente dos antigos estereótipos associados aos *growshops* ou à cultura *underground* da cannabis. Com designs minimalistas, iluminação clara e uma identidade visual que remete a boutiques de cosméticos ou farmácias de manipulação de alto padrão, as lojas de CBD buscam normalizar o consumo da substância. Essa sofisticação do ambiente serve como uma estratégia de marketing sensorial e psicológico, visando atrair um público mais amplo e heterogêneo, que inclui desde jovens profissionais em busca de alívio para a ansiedade até idosos que procuram alternativas para dores crônicas.

As lojas de CBD demonstram uma capacidade notável de geração de receita e empregos diretos, operando em uma zona cinzenta que, paradoxalmente, recolhe impostos regulares de valor agregado (IVA). O Estado, portanto, adota uma postura de tolerância pragmática: monitora as atividades por meio de inspeções sanitárias e policiais sazonais — focadas principalmente em garantir que o limite de 0,2% de THC não seja ultrapassado —, mas permite a continuidade do negócio devido ao seu impacto econômico positivo e à ausência de efeitos psicotrópicos associados ao CBD.

A sobrevivência desse modelo de negócio enfrenta desafios constantes diante das pressões por harmonização jurídica dentro do bloco europeu. Enquanto

decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (como o caso Kanavape) tendem a proteger a livre circulação de produtos de CBD legalmente produzidos, as autoridades locais frequentemente oscilam entre a repressão administrativa e a convivência. Essa instabilidade regulatória permanente exige dos proprietários uma flexibilidade operacional contínua, onde a sobrevivência do estabelecimento depende da capacidade de se adaptar rapidamente às novas interpretações da lei e às flutuações do mercado de bem-estar.

3.4.2 *Grow Shops*

Paralelamente, os *Grow Shops* desempenham um papel distinto, focando-se na venda de insumos técnicos para o cultivo doméstico, como sementes, fertilizantes, sistemas de iluminação e manuais de cultivo. Embora a venda desses itens seja legal, a atividade desses estabelecimentos é frequentemente monitorada sob a ótica da prevenção ao tráfico de drogas. O desafio jurídico reside na ambiguidade do uso dado pelo consumidor final: enquanto o comércio dos produtos é lícito, o cultivo em espaços visíveis ao público ou destinado ao comércio ilícito permanece sancionado pela Lei Orgânica 4/2015 (conhecida como “Lei Mordaza”).

Assim, os *Grow Shops* operam em um nicho de suporte técnico à liberdade de cultivo para autoconsumo, princípio que, embora não regulamentado positivamente, é tolerado pela doutrina da impunidade do consumo privado na Espanha.

A atuação dos *Grow Shops* expõe uma evidente assimetria entre a liberdade de empresa e a segurança jurídica de seus proprietários. Como o modelo de negócios se baseia na comercialização de bens de uso dual, ou seja, produtos que possuem tanto aplicações agrícolas perfeitamente lícitas quanto o potencial de viabilizar o cultivo de substâncias proibidas, os lojistas frequentemente se encontram em uma zona de penumbra legal.

Essa ambiguidade faz com que a linha entre a prestação de assessoria técnica legítima e a acusação de cumplicidade ou facilitação ao tráfico de drogas (prevista no artigo 368 do Código Penal espanhol) seja excessivamente tênue, dependendo, em grande medida, da interpretação discricionária das forças de segurança e das autoridades judiciais no caso concreto.

Sob a perspectiva jurisprudencial, os tribunais espanhóis têm buscado delimitar as fronteiras dessa responsabilidade penal, consolidando o entendimento de que a mera venda de insumos não configura crime, desde que desvinculada de uma intenção dolosa de promover o tráfico ilícito. Contudo, a ausência de um marco regulatório específico para o setor submete esses estabelecimentos a um escrutínio constante. A fiscalização administrativa, muitas vezes amparada pela já mencionada *Lei Mordaza*, foca na prevenção do impacto visual externo e na publicidade que possa ser interpretada como incitação ao consumo, forçando os *Grow Shops* a adotarem uma postura de extrema cautela comercial e de autorregulação informativa para salvaguardar sua viabilidade operacional.

Apesar das pressões fiscalizatórias e do limbo normativo, os *Grow Shops* consolidaram-se como pilares econômicos e informacionais de uma contracultura que defende o autocultivo como alternativa ao mercado ilegal. Ao fornecerem conhecimento técnico sobre botânica, extração e redução de danos, esses espaços acabam por profissionalizar e confinar o cultivo ao âmbito estritamente privado e doméstico. Desse modo, ainda que sob constante vigilância estatal, o setor não apenas movimenta uma cadeia produtiva especializada de relevância socioeconômica, mas também atua como um agente pragmático na contenção do narcotráfico, ao viabilizar que o consumidor final exerça o direito à autodeterminação do consumo sem recorrer às redes de criminalidade organizada.

3.4.3 Clubes Sociais de Cannabis

Os Clubes Sociais de Cannabis (CSC) classificam-se como associações sem fins lucrativos que operam fundamentando-se no princípio do consumo compartilhado em âmbito privado. Embora não exista uma legislação nacional específica que os regule, e as tentativas de normatização por comunidades autônomas tenham sido revogadas pelo Tribunal Constitucional, essas entidades estruturam-se como “círculos fechados” de usuários adultos e previamente consumidores.

A legitimidade dessas associações reside na ausência de transcendência pública, exigindo que o local seja fechado, sem publicidade externa e restrito a um número reduzido de sócios, que devem ser admitidos mediante o aval de membros

antigos para garantir que a finalidade é o autoconsumo coletivo e não o tráfico de estupefacientes.

O funcionamento logístico dos CSC baseia-se na gestão de estoque para consumo imediato, limitada pela tabela do Instituto Nacional de Toxicologia (entre 3 a 5 gramas diários por sócio). Para evitar a tipificação de tráfico de drogas, as associações utilizam as figuras jurídicas do cultivo compartilhado ou da compra mancomunada, onde a substância não é vendida, mas sim distribuída entre os membros com base em previsões de consumo previamente registradas e custeadas pelo rateio de despesas da entidade.

Qualquer desvio dessa estrutura, como a venda a terceiros, a publicidade ou a presença de menores, rompe a proteção da doutrina do consumo compartilhado, expondo os dirigentes às sanções penais por crimes contra a saúde pública, o que reforça o caráter rigorosamente autogestionário e responsável exigido para a manutenção dessas associações.

Aprofundando essa distância conceitual entre a legislação brasileira e a espanhola observa-se o papel dos tribunais superiores na cristalização desses modelos interpretativos. No Brasil, embora o Supremo Tribunal Federal tenha recentemente ensaiado um avanço por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 buscando fixar parâmetros objetivos de quantidade para a presunção de uso da maconha, a estrutura dogmática de base permanece refém da falácia do perigo abstrato.

A prática forense brasileira revela uma relutância crônica em aplicar o princípio da insignificância aos delitos da Lei de Drogas, sob o argumento reiterado de que a natureza do bem jurídico tutelado impediria o reconhecimento da atipicidade material. Essa postura jurisdicional não apenas chancela a discricionariedade seletiva da autoridade policial, mas também perverte a teoria do bem jurídico, transformando-a em um escudo para o punitivismo cego em vez de um limite intransponível ao *jus puniendi* estatal.

Em sentido oposto, o *Tribunal Supremo* espanhol (TS) assumiu uma postura de verdadeira filtragem constitucional da norma penal. A jurisprudência daquela corte, ao lapidar os contornos do consumo compartilhado, estabeleceu requisitos rigorosos como a condição de viciados dos participantes, o consumo imediato, a

execução em local fechado e a quantidade ínfima não para criar uma excludente de ilicitude supralegal ou uma escusa absolutória, mas para evidenciar a absoluta ausência de tipicidade conglobante. Para os magistrados espanhóis, se a conduta carece de aptidão idônea para transcender a esfera íntima dos envolvidos, inexistente o chamado *peligro de difusión*. O TS, portanto, atua como um guardião intransigente da ofensividade, recusando-se a legitimar presunções legais que desaguem em uma inaceitável responsabilização objetiva.

O cerne dessa divergência entre as duas legislações nacionais, em última análise, está na própria ontologia conferida ao conceito de “Saúde Pública”. A alta dogmática espanhola, amparada pelas lições de penalistas como Tomás Vives Antón, desmistifica a saúde pública, compreendendo-a não como uma entidade fantasmagórica e inalcançável, mas estritamente como a soma das saúdes individuais projetadas em uma dimensão coletiva.

Exige-se, para sua efetiva vulneração, a comprovação de um risco real de que a substância alcance terceiros não individualizados. No paradigma brasileiro, ao revés, a saúde pública foi erigida a um status dogmático quase teológico. O Estado arroga-se o direito de tutelar o cidadão contra suas próprias fraquezas, consubstanciando um paternalismo penal absolutamente incompatível com a laicidade de um Estado Democrático de Direito, o qual tem como pilares a dignidade da pessoa humana e a autonomia moral do sujeito.

Ao contrário da sistemática brasileira, que tende à subsunção formal e automática, a alta corte espanhola desenvolveu, ao longo das últimas décadas, uma sofisticada teoria sobre a atipicidade do consumo compartilhado e os contornos da autolesão impunível.

Interessante notar que desde 2015 a jurisprudência espanhola tem se dedicado a delimitar o conceito de consumo compartilhado, principalmente em virtude do crescimento e expansão dos “clubes canábicos”. Os Clubes Sociais de Cannabis (CSCs) são entidades autogestionárias formadas por usuários que buscam acessar a planta de forma segura, consubstanciando-se como uma alternativa viável ao mercado clandestino. Alicerçados em princípios democráticos, de direitos humanos e nas políticas de Redução de Danos (RD), esses coletivos não possuem fins lucrativos e são formados por membros adultos, sejam eles usuários

recreativos ou terapêuticos. Conceitualmente, “os CSCs representam associações de consumidores de maconha legalmente constituídas, incentivando o cultivo coletivo para suprir a demanda interna, distanciando-se do mercado ilícito” (Borges; Berastegi; Cardoso, 2023, p. 12). Através de um regimento interno rigoroso, essas associações buscam garantir não apenas a qualidade do produto consumido, mas também promover a educação, a transparência institucional e a responsabilidade coletiva de seus associados.

A expansão dessas associações na Espanha, e especificamente na Comunidade Autônoma do País Basco (CAPB), ganhou fôlego a partir de marcos históricos de desobediência civil e plantações coletivas pioneiras nas décadas de 1990 e 2000, como as realizadas pelos clubes ARSEC e Kalamudia. Com o fortalecimento da cultura canábica e algumas vitórias judiciais preliminares que atestaram a ausência de gravidade penal no cultivo fechado entre sócios, os clubes se multiplicaram rapidamente como uma resposta política à lei proibicionista, “em 2014, na CAPB, existiam mais de 90 destas associações, evidenciando um esforço coletivo para sua uniformização, com ativistas e experts elaborando padrões e diretrizes homogêneas para os CSCs” (Borges; Berastegi; Cardoso, 2023, p. 7).

No que tange ao crescimento e à situação atual, o cenário dos CSCs enfrenta um contexto paradoxal marcado pelo avanço da pauta na sociedade contraposto a uma intensa insegurança jurídica. Embora a maconha mantenha ampla relevância na esfera social pós-pandemia e propostas de regulamentação avancem tangencialmente na política espanhola, as associações têm sido alvo frequente de campanhas repressivas pelo Estado. Descrevendo os severos obstáculos contemporâneos à manutenção e ao crescimento físico dessas entidades, “hoje, observa-se uma intensificação das ações de repressão por parte da polícia, Ministério Público e Judiciário contra os associados dos CSCs, culminando no fechamento ou inatividade de alguns clubes” (Borges; Berastegi; Cardoso, 2023, p. 15).

O fato é que esse modelo, como já citado antes, promove a seletividade penal através da barreira administrativa. Se, no modelo brasileiro, a criminalização recai sobre condutas de grupos periféricos estigmatizados, no modelo espanhol ela se dá pela falta de capital econômico e cultural, desta forma preservando da persecução

penal grupos de elite, e devolvendo à malha fria do direito penal os grupos periféricos.

3.5 Do cultivo compartilhado à estrutura institucional: os casos Ebers e Cannacultura

A compreensão da fronteira entre o grupo de usuários e a distribuição organizada passa obrigatoriamente pela análise das Sentenças 484/2015 (Caso *Asociación Ebers*) e 855/2021 (Caso *Cannacultura Marina Alta*). No primeiro caso, a alta corte delinea a fronteira na qual a autonomia privada cede espaço ao risco real de difusão a terceiros, inaugurando o debate sobre a modulação da culpabilidade através do erro de proibição vencível. Já no caso Cannacultura, o tribunal demonstrou rigor técnico ao desconstruir a qualificadora de “notória importância”, identificando erros metodológicos na pesagem da droga que incluíam partes não fiscalizadas pela Convenção de Viena. A aplicação do princípio *in dubio pro reo* e o reconhecimento de que os réus acreditavam na licitude de sua conduta devido ao registro oficial da associação revelam um garantismo que contrasta com o punitivismo automático verificado no Brasil.

3.5.1 Caso *Asociación Ebers* (STS 484/2015)

Para compreender a magnitude da divergência dogmática, é necessário a análise dos fatos. Em 11 de outubro de 2010, constituiu-se em Bilbao a “Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo – EBERS”, devidamente registrada junto ao Departamento de Justiça do Governo Basco.

Os estatutos da associação previam o estudo do cânhamo e o desenvolvimento de um projeto de uso compartilhado, orientando-se expressamente pelas diretrizes jurisprudenciais do Tribunal Supremo espanhol relativas à atipicidade do consumo compartilhado entre usuários. A associação excluía o fomento ou difusão da substância a terceiros e previa o fornecimento para uso terapêutico (como no caso de associados com câncer e esclerose múltipla) e lúdico.

Para ingressar, o indivíduo deveria assinar um “Contrato de Previsão de Consumo” (declarando ser usuário habitual ou paciente) e um “Acordo de Cultivo Coletivo”. A associação contratou um jardineiro para manter um cultivo de *cannabis*

sativa capaz de atender a essa demanda interna. Limitou-se a dispensação a um máximo de dois gramas diários por sócio, ao custo de dois euros por grama (com uma taxa de inscrição de dez euros), valores destinados ao custeio da infraestrutura. No momento da intervenção policial, em novembro de 2011, a EBERS contava com aproximadamente 290 sócios.

No julgamento de primeira instância, a Audiência Provincial de Vizcaya absolveu os dirigentes (Presidente, Secretário e Tesoureira) e dois auxiliares eventuais de todos os delitos. O juízo *a quo* fundamentou a absolvição na atipicidade da conduta, entendendo tratar-se de uma modalidade de “cultivo compartilhado”, ligada à doutrina do “consumo compartilhado”, onde não se identificava a finalidade de tráfico ou difusão indiscriminada.

O Ministério Público espanhol recorreu da decisão absolutória, provocando a manifestação da *Sala de lo Penal* (Sala Segunda do Tribunal Supremo. A corte superior reverteu a absolvição, promovendo um profundo debate sobre os contornos do tipo penal do art. 368 do Código Penal espanhol e os limites estruturais do consumo compartilhado.

A fundamentação da decisão condenatória residiu na impossibilidade de aplicar a doutrina do consumo compartilhado a uma estrutura daquela magnitude. O Tribunal Supremo espanhol consolidou que a atipicidade do consumo em grupo exige: 1) que sejam consumidores habituais; 2) consumo em local fechado; 3) grupo reduzido, identificável e determinado; e 4) quantidade limitada ao consumo imediato.

A Corte entendeu que a EBERS desbordou a proposta da norma. O fator decisivo não foi meramente o volume de droga apreendida, mas o “salto qualitativo e não meramente quantitativo” entre uma reunião informal de amigos e a organização de uma “estrutura metódica, institucionalizada, com vocação de permanência e aberta à integração sucessiva e escalonada de um número elevado de pessoas”.

Para a maioria dos magistrados, a incapacidade prática de controlar o destino final da substância distribuída a 290 pessoas configurou o risco real de difusão a terceiros, consumando a lesão ao bem jurídico saúde pública, independentemente da ausência de ânimo de lucro.

Embora tenha afirmado a tipicidade da conduta (o cultivo e a distribuição caracterizaram facilitação do consumo alheio), o Tribunal Supremo espanhol

demonstrou considerável sofisticação na análise da culpabilidade, reconhecendo a incidência do erro de proibição (art. 14 do CP espanhol). A corte admitiu que a existência de decisões judiciais divergentes, o registro oficial da associação perante o Estado, e o intenso debate social poderiam induzir os acusados a acreditarem na licitude de suas ações. Tratava-se, portanto, de um erro sobre o alcance e a validade da norma.

Contudo, a maioria julgou tratar-se de um erro vencível. Argumentou-se que a redação ambígua dos estatutos (que ocultava detalhes sobre preços e quantitativos exatos) e a falta do cuidado em buscar a confirmação inequívoca da legalidade de uma atividade sabidamente limítrofe demonstravam que os réus assumiram o risco. O reconhecimento do erro de proibição vencível impôs uma drástica redução da pena, sendo que os diretores foram condenados a apenas 8 meses de prisão, e os auxiliares a 3 meses de prisão.

O magistrado Joaquín Giménez García, acompanhado por Cándido Conde Pumpido Tourón e Ana María Ferrer García, divergiu da maioria, defendendo a absolvição dos réus. Para o magistrado, o erro de proibição era invencível. O voto destaca que a associação foi inscrita no registro governamental sem ressalvas, possuía regramento interno rígido contra a difusão da droga, e operava em um cenário de franca proliferação de clubes similares.

O voto divergente se fundamentou na inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Diante de um fenômeno social consolidado, regulamentações municipais (como as de San Sebastián) e o vácuo legislativo nacional, considerou-se que os acusados atuaram com a crença sincera e insuperável de operarem à margem do ilícito penal, não lhes sendo exigível outro comportamento.

A análise do caso da Asociación Ebers à luz da Lei nº 11.343/06 revela a total inflexibilidade da norma brasileira no trato de condutas coletivas de consumo. No Brasil, a tentativa de enquadrar a conduta dos dirigentes do clube como posse para uso próprio coletivo (art. 28) seria liminarmente derrubada. A jurisprudência brasileira utiliza os critérios do parágrafo segundo do artigo 28 - quantidade, local da apreensão, balanças de precisão (apreendidas no caso Ebers) e fluxo de pessoas e no caso impediria a aplicação do artigo 28.

O legislador brasileiro previu, no parágrafo terceiro do artigo 33, a figura do “uso compartilhado”. No entanto, a aplicação desse dispositivo é estritamente vinculada à esporadicidade (“eventualmente”) e à intimidade (“pessoa de seu relacionamento”). Uma estrutura permanente, com 290 sócios, empregados contratados e arrecadação financeira constante, ainda que apenas para rateio de custos, afastaria a incidência do tipo privilegiado na visão dos tribunais brasileiros.

O debate no alto tribunal espanhol foi baseado se havia ou não o risco de difusão a terceiros. No Brasil, a saúde pública foi erigida a um status dogmático por meio da ideia dos crimes de perigo abstrato. A conduta de manter um cultivo de *cannabis* para 290 pessoas com recolhimento de contraprestação financeira seria enquadrada, sem margem para debate material, no crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput* c/c § 1º, inciso II). O Estado brasileiro contenta-se com a mera subsunção formal: a presença das plantas e a entrega da substância configuram o crime, presumindo-se de forma absoluta o dano à coletividade.

Ademais, a organização estatutária da associação, longe de ser vista como um atenuante ou erro de tipo, seria interpretada como prova cabal e irrefutável do *animus associativo* permanente e estável, resultando na condenação cumulativa pelo crime de Associação para o Tráfico (art. 35). Ironicamente, a formalidade documental que na Espanha embasou a tese de erro de proibição, no Brasil, serviria como prova rainha para a tipificação do concurso material de crimes.

A tese aplicada pelo Tribunal Supremo espanhol o erro de proibição não encontraria qualquer sobrevida judicial nos tribunais brasileiros. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolida-se no sentido de que a ilicitude do tráfico de entorpecentes é de “profana compreensão”.

Sob a ótica da jurisprudência brasileira, é inconcebível que um cidadão brasileiro alegue ignorância sobre a proibição do cultivo e da distribuição de maconha, independentemente de registros civis. O direito penal brasileiro entende que a presunção de conhecimento da lei neste tema é de conhecimento público.

Os agentes seriam condenados às penas base do tráfico (5 a 15 anos) somadas às da associação para o tráfico (3 a 10 anos). Considerando a estrutura, a pena dificilmente restaria no mínimo legal. Além disso, a condenação por associação (art. 35) serve de fundamento idôneo na jurisprudência do STJ para negar a

aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), sob o argumento de dedicação a atividades criminosas. O resultado prático seria a imposição de um regime inicial fechado, com penas que provavelmente ultrapassariam de 8 a 10 anos de reclusão, demonstrando o caráter encarcerador e seletivo da dogmática brasileira em contraposição à análise material europeia.

A tipificação dos delitos envolvendo entorpecentes fundamenta-se, invariavelmente, na categoria dos crimes de perigo abstrato ou presumido. A sentença do Tribunal Supremo espanhol (STS 484/2015) fundamenta que o legislador planejou um delito de perigo abstrato visando abranger todo o ciclo da droga. No entendimento da corte, a “saúde pública” não existe como uma realidade mensurável, tampouco como a mera soma aritmética da saúde de pessoas individualmente consideradas. O objetivo legislativo é impedir a difusão de uma prática social perigosa para a comunidade, de modo que evitar perigos concretos e lesões é apenas o motivo legislativo, não um pressuposto da tipicidade.

Contudo, a legislação espanhola impõe um freio a essa presunção de perigo. O Tribunal Supremo espanhol exige que os comportamentos típicos sejam, no mínimo, idôneos para prejudicar a saúde pública, o que se traduz na capacidade real de promover, favorecer ou facilitar o consumo ilegal por terceiros. A condenação da *Asociación Ebers* não se deu pela mera constatação formal de plantas de maconha, mas porque a magnitude das quantidades manejadas e a incapacidade de controlar o destino dado ao cannabis pelos 290 sócios transbordaram a capacidade de contenção do grupo, gerando um risco latente e real de difusão a terceiros indeterminados. O perigo abstrato, na Espanha, exige uma base material de risco difusor.

No Brasil, o conceito de perigo abstrato possui limites mais amplos. A jurisprudência brasileira, ao aplicar a Lei nº 11.343/2006, promoveu uma verdadeira proteção máxima do bem jurídico “saúde pública”. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm operado sob a premissa de que a mera subsunção formal da conduta a um dos 18 verbos nucleares do art. 33 perfectibiliza o crime, blindando a acusação da necessidade de demonstrar qualquer idoneidade lesiva real da conduta.

Nesse contexto brasileiro, o perigo abstrato transmuta-se em uma presunção absoluta. Se um grupo fechado de pessoas cultivasse substâncias para o próprio consumo coletivo no Brasil, o sistema de justiça criminal não debateria a capacidade de difusão a terceiros como fez o tribunal espanhol. A repressão recairia sobre a ação em si, utilizando a proteção à saúde coletiva para legitimar a intervenção do Estado na esfera privada, mesmo na ausência de qualquer ameaça concreta ao corpo social.

O embate sobre a tipicidade do consumo compartilhado convida para debate sobre os “crimes sem vítima” e os limites da autolesão impunível. Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da ofensividade diz que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio. O acórdão espanhol é um tratado sobre esse limite, utilizando o conceito de alteridade como bússola hermenêutica. O Tribunal Supremo espanhol diz explicitamente que o autoconsumo está excluído do raio de ação penal. O cultivo para o exclusivo consumo pessoal, embora ilícito do ponto de vista administrativo, carece de relevo penal exatamente por faltar a “alteridade” pressuposto da intervenção penal que consiste em facilitar ou favorecer o consumo de terceiros.

Para a doutrina espanhola refletida na sentença, se o autoconsumo não é crime, o “autoconsumo coletivo” também deve estar fora da esfera penal por extensão lógica e natural dessa premissa. A atipicidade repousa na ideia de que um círculo fechado de pessoas adultas decidindo consumir juntas não afeta a esfera de direitos de terceiros, esgotando-se no exercício de sua autonomia privada. A condenação no caso *Ebers* só ocorreu porque o modelo institucionalizado do clube, com centenas de membros e fluxo constante, rompeu esse “encapsulamento”, inserindo a figura do “terceiro” na equação e descaracterizando o ato íntimo.

No cenário jurídico brasileiro, a aplicação do conceito de “crime sem vítima” no âmbito da política de drogas esbarra em um persistente viés moralista. A criminalização do porte para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) evidencia a relutância do Estado em abrir mão da tutela paternalista sobre o indivíduo, sendo que a recusa em afastar a tipicidade penal de condutas de autolesão revela que, no Brasil, a persecução penal atua muitas vezes para tutelar a moralidade pública sob o disfarce da saúde coletiva.

A rejeição da tese de atipicidade material para o cultivo coletivo fechado demonstra a intolerância do nosso sistema em lidar com a falta de alteridade. Ao criminalizar o grupo que se auto abastece, o Direito Penal brasileiro ignora a ideia iluminista de que o Estado não deve punir o cidadão por escolhas que prejudicam, no limite, apenas a si mesmo.

O indivíduo é transformado em instrumento de uma política criminal securitária, onde a punição do “crime sem vítima” serve primordialmente à engrenagem do encarceramento em massa, distanciando-se de forma abissal da filtragem constitucional pautada pelos Direitos Humanos, tão cara a um Estado que se pretende laico e garantista e que demonstra que a real intenção de criminalizar uma conduta sem vítima e a manutenção da estigmatização do usuário, vitimado desde 1915 no artigo de José Rodrigues da Costa Dória.

3.5.2 Caso Cannacultura Marina Alta

A ascensão dos Clubes Sociais de Cannabis (CSC) na Europa, especialmente na Espanha, representou um desafio sem precedentes para a dogmática penal contemporânea. Essas entidades surgiram sob o manto da “doutrina do consumo compartilhado”, uma construção jurisprudencial que visava retirar do âmbito de punibilidade do tráfico de drogas aqueles grupos de usuários que, de forma organizada e sem intuito de lucro, cultivavam substâncias para o próprio sustento. O caso da associação A.U.E.C. Cannacultura Marina Alta, julgada pelo Tribunal Supremo Espanhol (Sentença nº 855/2021), serve como um marco para entender os limites entre a liberdade individual e o crime de perigo abstrato contra a saúde pública.

Em novembro de 2013, foi constituída em Gandía a Associação Marina Alta, com estatutos que previam finalidades meramente informativas e científicas sobre a *Cannabis Sativa*. No entanto, a realidade operacional divergiu das previsões formais. Os acusados Cecílio, Celso e Conrado estabeleceram uma plantação de larga escala em uma propriedade alugada.

A intervenção policial em setembro de 2014 resultou na apreensão de 95 plantas e 65 ramagens em secagem. A perícia técnica identificou um peso seco útil total superior a 38 quilogramas de substância com pureza de THC próxima a 9,6%.

O argumento central da defesa residia na natureza fechada do grupo: a produção destinava-se a 63 sócios identificados, que haviam assinado previsões de consumo anual de aproximadamente 750 gramas por pessoa, conforme relata o acórdão.

O Tribunal Supremo reiterou que, para a atipicidade do consumo compartilhado, é necessária a coexistência de requisitos estritos: um grupo reduzido de pessoas, usuários adictos, consumo imediato em local fechado e ausência de risco de difusão a terceiros. No caso da Cannacultura, a magnitude da plantação e a estrutura logística de distribuição “romperam as costuras” dessa doutrina. A corte considerou que o armazenamento de tal quantidade gera um risco não controlado de difusão, caracterizando o crime de perigo abstrato previsto no artigo 368 do Código Penal Espanhol.

Um ponto crucial da decisão foi o afastamento da agravante de “notória importância”. Na Espanha, essa qualificadora exige a posse de mais de 10 kg de substância fiscalizável. Contudo, a perícia pesou conjuntamente flores e folhas/ramos não unidos às flores. De acordo com a Convenção Única de Viena de 1961, apenas as flores são consideradas drogas estupefacientes para fins de fiscalização internacional. Dada a impossibilidade de determinar o peso exato apenas da parte fiscalizável, o Tribunal aplicou o princípio *in dubio pro reo*, reduzindo a classificação do crime para a modalidade básica.

A corte reconheceu que os réus operaram sob um erro de proibição vencível (art. 14.3 do Código Penal Espanhol). Eles acreditavam piamente na licitude da conduta devido ao registro oficial da associação e à existência de decisões judiciais divergentes na época. Entretanto, o erro foi considerado “vencível” porque, como juristas e acadêmicos, os réus tinham o dever de agir com maior cautela e diligência na interpretação da lei. Isso resultou na redução da pena em um grau, culminando em 8 meses de prisão.

No Brasil, a conduta de cultivar plantas destinadas à preparação de drogas é crime equiparado ao tráfico (artigo 33, parágrafo 1º, II). Diferente da Espanha, onde o consumo pessoal é uma infração administrativa, no Brasil ele permanece tipificado no artigo 28, embora com sanções despenalizadas.

Em um cenário idêntico ao espanhol, a justiça brasileira enfrentaria o dilema da quantidade. Enquanto o STF fixou recentemente o parâmetro de 40g ou 6 plantas

fêmeas para presunção de usuário, a posse de 38 kg levaria, quase invariavelmente, à imputação de tráfico de drogas, dada a escala industrial do cultivo.

Difícilmente o Judiciário brasileiro aceitaria a tese do erro de proibição. A jurisprudência pátria sustenta que a ilicitude do tráfico e do cultivo de maconha é de conhecimento público notório. Diferente da Espanha, onde havia um vácuo jurisprudencial sobre os clubes, no Brasil a Lei de Drogas é rígida: qualquer cultivo sem autorização da ANVISA ou ordem judicial é ilícito.

O julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 894.719/MG, proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça sob a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas em novembro de 2024, constitui um marco crucial para compreender a posição da corte superior acerca do cultivo doméstico de larga escala. O caso envolveu a manutenção da condenação do agravante nas sanções do artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/2006, que tipifica a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de matérias-primas para a produção de drogas. Ao final do julgamento, o colegiado negou provimento ao recurso da defesa, chancelando a adequação da sanção penal fixada em 6 anos e 8 meses de reclusão.

A materialidade e força do flagrante ficaram evidenciadas pela apreensão de 243 plantas de *cannabis sativa* e 43 pacotes contendo a inflorescência da maconha, totalizando um peso útil de 2,664 kg. Diante desse cenário fático, a estratégia da defesa estruturou-se em torno do pedido de absolvição da conduta equiparada ao tráfico ou, subsidiariamente, de sua desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas. A tese defensiva baseava-se fortemente na alegação de que toda a produção canábica se destinava ao uso estritamente medicinal do próprio réu.

O STJ, contudo, rechaçou categoricamente a pretensão desclassificatória ao concluir que o acervo probatório coligido pelas instâncias ordinárias continha elementos suficientes de que o cultivo possuía finalidade comercial. A Corte ressaltou que a suposta necessidade de utilização terapêutica da substância não restou comprovada nos autos. Ademais, o acórdão estabeleceu que a modificação do entendimento firmado pelo Tribunal de origem para acolher o pleito de uso

peçoal demandaria um amplo revolvimento do contexto fáico e probatório, providência processual sabidamente vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Na primeira fase da dosimetria, o STJ considerou legítima a exasperação da pena-base acima do mínimo legal operado pelas instâncias de origem. A tese fixada pelo tribunal assentou que tanto a quantidade expressiva do entorpecente manejado quanto a própria natureza da substância e a complexidade da estrutura montada para o plantio são vetores idôneos para elevar a reprimenda na etapa inicial. Amparada no comando de preponderância do artigo 42 da Lei de Drogas, a corte chancelou a fixação da pena-base, utilizando o volume de plantas e flores como justificativa para o maior desvalor da conduta.

Outro ponto dogmático central da decisão foi a recusa em aplicar a atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. O relator invocou a aplicação estrita da Súmula 630 do STJ para fundamentar que a admissão da posse ou do cultivo da substância atrelada à alegação de que a droga se destina exclusivamente ao uso próprio não importa no reconhecimento do benefício minorante. Para a corte, a ausência de um reconhecimento explícito da finalidade de traficância descaracteriza a utilidade da confissão para a justiça criminal, impedindo a redução da pena mesmo que o acusado tenha admitido a propriedade material das plantas.

O tribunal afastou a incidência da causa especial de prevenção do tráfico privilegiado, disposta no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O acórdão firmou o entendimento de que o expressivo volume do material apreendido, quando conjugado à manutenção de uma infraestrutura altamente tecnológica para a germinação, cultivo e preparação das drogas, constitui fundamento idôneo para evidenciar a habitualidade delitiva do agente. Sob essa premissa hermenêutica, a dedicação a atividades criminosas restou presumida pela magnitude do aparato instrumental do réu, o que obsta o preenchimento cumulativo dos requisitos legais e consolidou o caráter encarcerador da resposta penal nacional.

O paralelo entre o caso brasileiro do HC 894.719/MG e o julgamento espanhol da Associação *Cannacultura Marina Alta* (Sentença nº 855/2021) expõe uma assimetria metodológica profunda no tratamento da volumetria penal. No cenário europeu, a apreensão de uma escala industrial muito superior — correspondente a

95 plantas e mais de 38 quilogramas de peso seco útil — não impediu que o Tribunal Supremo Espanhol realizasse uma filtragem técnica minuciosa da materialidade, chegando a afastar a agravante de "notória importância" devido a falhas na pesagem e reconhecendo o erro de proibição dos agentes. Em sentido oposto, a corte brasileira, diante de um montante significativamente menor (243 plantas e 2,6 kg), utilizou a escala do fato para acionar uma presunção automatizada de traficância comercial, blindando sua conclusão contra qualquer modulação de culpabilidade por meio da inflexibilidade sumular.

Além do fator quantitativo, o abismo hermenêutico reside na ontologia atribuída ao avanço tecnológico do plantio doméstico. Na prática dos Clubes Sociais de Cannabis analisada em *Marina Alta*, a sofisticação das estufas e o rigor botânico integram uma lógica de autogestão privada e redução de danos, desenhada para suprir a demanda interna de um círculo fechado de adictos e isolá-los das redes do narcotráfico violento. Para o STJ, contudo, a estruturação tecnológica sofisticada sofre uma inversão de significado biopolítico: em vez de denotar um encapsulamento protetivo do autoconsumo ou do uso medicinal, o aparato técnico é erigido como a evidência definitiva de profissionalismo e dedicação ao crime organizado. Enquanto a Espanha enxerga na tecnologia um meio de exercício da autonomia privada, o Brasil a internaliza como uma engrenagem de perigo abstrato que legitima o crescimento do poder punitivo do Estado sobre os corpos.

3.6 A HERMENÊUTICA DA DÚVIDA: O CASO ISIDRO

O julgamento nº 816/2021, referente ao caso Isidro, transporta a análise para a microfísica do flagrante individual envolvendo drogas sintéticas. Este acórdão é fundamental para reabilitar o valor da dúvida razoável diante de indícios classicamente incriminadores, como a posse de dinheiro trocado e múltiplos aparelhos celulares. O Tribunal Supremo Espanhol considerou tais elementos insuficientes para provar a finalidade de tráfico, reafirmando a atipicidade do consumo compartilhado mesmo para substâncias de alta pureza como o MDMA. Enquanto no Brasil esses mesmos itens seriam "provas rainhas" da traficância, na Espanha exige-se que a acusação elimine qualquer tese alternativa verossímil,

impedindo que o juiz opte por uma interpretação moralmente conveniente em detrimento da prova técnica.

O réu foi detido em um descampado em Zaragoza portando 2,2g de anfetamina, 1,86g de MDMA com elevada pureza (81,32%) e seis comprimidos de ecstasy, além de 222 euros e dois aparelhos celulares.

O Tribunal Supremo Espanhol, ao analisar o caso de Isidro no acórdão STS 816/2021, operou uma rigorosa desconstrução da prova indiciária para absolver o acusado, reformando as decisões das instâncias inferiores que o haviam condenado por tráfico de drogas. A corte argumentou que os elementos utilizados para presumir a finalidade de mercadoria como a posse de 222 euros em espécie, dois aparelhos celulares e a divisão da substância em doses eram indícios ambivalentes e insuficientes para preservar a presunção de inocência. Para os magistrados, tais itens admitiam uma explicação alternativa perfeitamente plausível e verossímil: a de um turista que se deslocava para festividades locais e portava recursos e meios de comunicação compatíveis com sua estadia e necessidades pessoais.

A fundamentação jurídica do tribunal centrou-se na doutrina do autoconsumo plural ou compartilhado, reafirmando que a posse de substâncias entorpecentes, mesmo em quantidades superiores ao padrão de consumo individual para cinco dias, não constitui crime se não houver prova inequívoca do propósito de difusão a terceiros. No caso em tela, a versão do réu de que a droga seria consumida com um amigo identificado foi corroborada por depoimento testemunhal em juízo, o que gerou uma dúvida razoável sobre o elemento subjetivo do tipo penal. O tribunal destacou que o destino da substância ao tráfico é um elemento que deve ser cabalmente justificado pela acusação, não cabendo ao réu o ônus de provar a licitude de sua intenção.

O julgamento estabeleceu que a mera tendência de drogas como MDMA e ecstasy, por consumidores ocasionais em ambientes de lazer, deve ser analisada sob a ótica da lesividade ao bem jurídico da saúde pública. Ao concluir que a conduta de Isidro não apresentava idoneidade para promover ou facilitar o consumo ilegal de terceiros fora de seu círculo restrito e determinado, o Tribunal Supremo declarou a atipicidade da ação. A decisão culminou na absolvição total do acusado e na anulação de todas as medidas cautelares anteriormente fixadas.

Neste ponto, a decisão espanhola resgata o conceito de autoconsumo plural ou compartilhado, fundamentando a atipicidade da conduta na ausência de perigo real à saúde pública. Se a droga destinava-se ao consumo comum entre o réu e um amigo identificado, que confirmou o acordo em juízo, a finalidade de difusão indiscriminada exigida pelo tipo penal do tráfico na legislação espanhola não se sustenta. No Brasil, a presença de múltiplos celulares e dinheiro trocado em posse de alguém com drogas sintéticas de alta pureza seria lida quase invariavelmente como comprovação do delito. A palavra do amigo colaborador seria frequentemente descartada como testemunha abonatória, enquanto a pureza da substância seria utilizada para demonstrar a gravidade da conduta e a periculosidade do agente, em vez de ser analisada como um dado neutro sobre o hábito do consumidor.

O rigor da política criminal brasileira na distinção entre usuário e traficante revela-se na manutenção de condenações por tráfico mesmo diante de quantidades irrisórias, desde que acompanhadas de elementos periféricos de presunção de mercancia. O contraste entre a hermenêutica espanhola, evidenciada na absolvição do caso Isidro, e a rigidez punitiva do sistema penal brasileiro ganha contornos cristalinos ao analisarmos a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça. Um exemplo paradigmático dessa disparidade dogmática é o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.954.289/MT, proferido pela Sexta Turma em abril de 2026. Nesse precedente, a Corte brasileira demonstra uma recusa frontal em aplicar o benefício da dúvida razoável, consolidando uma lógica estatal que se satisfaz com presunções e provas indiciárias para afastar direitos fundamentais do réu e cancelar a persecução penal.

No Agravo em Recurso Especial nº 2.954.289/MT, a defesa da ré pleiteava o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Tratava-se de uma acusada que reunia condições objetivas favoráveis: era primária e foi flagrada com uma quantidade notoriamente ínfima de entorpecente, correspondente a apenas 6 gramas de maconha. No entanto, as instâncias ordinárias, com a posterior chancela do STJ, negaram a benesse legal, fundamentando que restou comprovada a dedicação da recorrente a atividades criminosas com base, de forma soberana, nos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão.

A justificativa central para afastar o redutor de pena repousou no relato policial de que a residência da agravante funcionava como uma “Boca de Fumo” com intensa movimentação, circunstância supostamente corroborada pela apreensão simultânea de dinheiro e anotações alusivas à mercancia ilícita. É neste ponto que o abismo interpretativo se revela: enquanto no caso Isidro o Tribunal Supremo Espanhol considerou a posse de dinheiro (222 euros) e celulares como indícios ambivalentes que admitiam a versão alternativa de um turista em lazer, a jurisprudência pátria confere ao dinheiro e às anotações o status irrefutável de habitualidade delitiva. A quantidade de 6 gramas, que sob a óptica material europeia denotaria inegável consumo pessoal, foi sumariamente desqualificada pelo peso probatório desse “kit tráfico”.

Essa abordagem institucional evidencia como a jurisdição brasileira inverte a lógica do garantismo, dispensando a comprovação de uma difusão concreta da droga para justificar a punição severa. Para o STJ, a dedicação à atividade criminosa que impede a aplicação do redutor exige o preenchimento cumulativo de requisitos, mas permite que a exclusão desse direito seja atestada por elementos periféricos, como “dinheiro em notas trocadas ou anotações típicas” e “denúncias prévias” formuladas aos agentes de segurança.

Diferentemente da Espanha, onde se exige da acusação a eliminação de teses alternativas verossímeis para provar a traficância, o Brasil permite que a narrativa policial supra a ausência de lesividade concreta, blindando a condenação sob o pretexto de impossibilidade de reexame fático-probatório em sede de recurso especial (Súmula nº. 7).

Sob a ótica analítica explorada no presente capítulo, o julgamento do AREsp 2.954.289/MT ilustra com perfeição como o testemunho policial e a construção do cenário do flagrante operam como tecnologias de um “regime de verdade”. O magistrado brasileiro, ao afastar a relevância material de meros 6 gramas de maconha, desloca o eixo do poder punitivo da materialidade da lesão para o “duplo psicológico-ético do delito”, avaliando a vida da ré sob o estigma do “indivíduo perigoso”. A palavra do Estado-polícia e a apreensão de trocados chancelam a marginalização, transformando uma conduta de ofensividade mínima em uma demonstração formal de engajamento com o crime organizado, impedindo que a

racionalidade técnica prevaleça sobre a conveniência de controlar e estigmatizar aquele corpo desviante.

Ao dispensar a prova concreta da difusão indiscriminada exigida na Espanha, o magistrado brasileiro desloca o alvo da punição para julgar um “duplo psicológico-ético do delito” (Foucault, 2001, p. 21). Na prática, essa hermenêutica punitiva promove a “transferência do ponto de aplicação do castigo, da infração definida pela lei à criminalidade apreciada do ponto de vista psicológico-moral” (Foucault, 2001, p. 24), fundamentando a condenação na noção nebulosa do “indivíduo perigoso” e impedindo que a racionalidade técnica prevaleça sobre a necessidade arbitrária e moral de controle do corpo desviante.

A interpretação aplicada pelo Tribunal Supremo Espanhol desafia essa lógica de poder ao exigir que a acusação elimine qualquer dúvida razoável sobre a destinação comercial da droga, impedindo que o juiz opte por uma tese que moralmente lhe convém apenas para justificar o controle do corpo desviante. O caso Isidro, feita essa comparação Brasil/Espanha, demonstra a evidente seletividade da norma incutida no parágrafo segundo do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, bem como a natureza punitiva da norma.

Se na Espanha se buscou a racionalidade do ato acompanhado com a necessidade da inexistência total de dúvida para uma condenação, no Brasil o mero indício de elementos possíveis seria suficiente para o magistrado definir a conduta como típica de tráfico.

E nessa questão não é apenas na aplicação da norma, mas sim um objetivo direto do legislador quando incluiu o parágrafo segundo no artigo vinte e oito, determinando que o Magistrado analise o local, as circunstâncias em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais e pessoais do agente.

3.7 O CONSUMO COMPARTILHADO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A tolerância liberal espanhola, contudo, não é absoluta e opera filtros materiais conforme o ambiente. O julgado nº 6935/2025 explora a impossibilidade fática de se invocar o consumo compartilhado no interior do sistema penitenciário. A decisão demonstra como a dogmática opera métricas toxicológicas objetivas e considera a natureza excepcional do cárcere para afastar a tese de autolesão. Fica

evidenciado que a proteção à saúde pública retoma seu vigor máximo quando o risco de difusão atinge ambientes de alta vulnerabilidade, onde o controle estatal sobre os corpos é, por definição, total e disciplinar.

No dia 1º de setembro de 2021, durante uma revista na cela que ocupava no Centro Penitenciário das Astúrias, o interno Benedicto foi flagrado na posse de uma bolsa contendo uma diversidade significativa de entorpecentes. Foram apreendidos 93 gramas de resina de *haxixe*, 1,53 gramas de cocaína (com 25% de pureza), expressivos 25,15 gramas de MDMA (4,9% de pureza) e 6,6 gramas de resina de *cannabis*. O valor estimado das substâncias no mercado ilícito era de 1.053 euros.

A tese defensiva central sustentou que as substâncias não se destinavam à venda, mas sim ao “consumo compartilhado” com outros companheiros de prisão, argumentando a inexistência de dinheiro na cela e a ausência de ânimo de lucro. O juízo de primeira instância condenou o réu a 6 anos e 1 dia de prisão, além de multa de 3.165 euros, pela prática de delito contra a saúde pública agravado pela comissão em estabelecimento penitenciário (arts. 368 e 369.1.7º do Código Penal espanhol). A decisão foi mantida em apelação, culminando na inadmissão do recurso de cassação pelo Tribunal Supremo.

A Corte espanhola rechaçou categoricamente a tese de consumo compartilhado, utilizando balizas dogmáticas objetivas para demonstrar que a conduta do réu rompeu a esfera da autolesão e invadiu o espectro do risco coletivo. O afastamento da tese defensiva ancorou-se em três pilares analíticos: incompatibilidade quantitativa e presunção de tráfico, a indeterminação dos destinatários e o presídio como antítese do “Local Fechado”.

O Tribunal aplicou um critério toxicológico estrito. A jurisprudência espanhola entende que a posse para consumo próprio abarca, no máximo, o equivalente a cinco dias de uso. Tendo fixado a dose média diária de MDMA em 480 miligramas, o limite tolerável seria de 2,4 gramas. A apreensão de 25,15 gramas de MDMA ultrapassou vertiginosamente o acúmulo médio tolerado, reforçando a presunção do destino a terceiros.

A atipicidade exige que o consumo ocorra entre um grupo reduzido e plenamente identificado de adictos. O recorrente não identificou os supostos colegas de cela que dividiriam a droga, impossibilitando à jurisdição constatar se eram, de

fato, consumidores habituais. Sem essa prova, configura-se a facilitação do consumo a terceiros indeterminados.

Para que o consumo compartilhado seja impunível, ele não pode ofender a ordem pública, devendo ocorrer em local privado (“lugar cerrado”). O Tribunal Supremo cravou que um centro penitenciário jamais pode ser equiparado a esse conceito, pois a introdução de drogas no cárcere ostenta uma periculosidade extremada, configurando não uma exclusão de tipicidade, mas sim o preenchimento de uma majorante específica (art. 369, 1, 7.^a do Código Penal Espanhol). A Corte reafirmou que o lucro não é elemento do tipo, mas apenas um indicativo externo de alteridade. O bem jurídico é lesionado pela simples difusão gratuita da droga.

Se aplicarmos a norma brasileira no caso (um detento flagrado em sua cela com diversidade de drogas sintéticas e naturais) a conduta seria subsumida de plano ao art. 33, *caput*, com a incidência da causa de aumento de pena do art. 40, inciso III.

Interessante de compararmos o caso Benedicto frente a legislação brasileira e a espanhola é a aplicação de requisitos objetivos da legislação espanhola para definir a conduta frente ao fundamento mãe da legislação antidrogas, o perigo abstrato, sendo que este acórdão ilustra perfeitamente as nuances do perigo abstrato. Na Espanha, mesmo diante da condenação, o Tribunal aplicou um filtro material: analisou a dose diária suportada cientificamente (480 mg) e demonstrou logicamente por que o perigo de difusão restou materializado (25,15 gramas excedem o uso íntimo, e a cadeia é um vetor de difusão de alto risco).

A rejeição da tese de “consumo compartilhado” e a estrita aplicação de critérios toxicológicos pelo Tribunal Supremo espanhol ilustram a profunda intersecção entre o saber científico e o poder punitivo analisada por Michel Foucault.

O tribunal não se fundamenta apenas na força da lei, mas institui um regime no qual o discurso médico (a fixação exata da dose diária de 480 miligramas de MDMA) dita a fronteira material entre a autolesão atípica e o crime de perigo coletivo. Conforme o filósofo descreve, “a verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder” (Foucault, 1979, p. 4). O cálculo toxicológico atua, assim, como uma engrenagem de neutralidade científica que legitima a presunção jurídica de tráfico, demonstrando de

forma clara que a verdade “está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem” (Foucault, 1979, p. 4).

“A prisão é um lugar de violência física e sexual exercida pelos detentos, pelos próprios detentos e pelos carcereiros [...] A prisão é o local onde a administração pratica diariamente o ilegalismo” (Foucault, 2022, p. 33-34). Nesse local, onde o Estado faz sua reserva de mercado da delinquência, limitada além da liberdade, institucionaliza a degradação humana para moldar uma verdadeira subclasse social.

Ao despojar o indivíduo de sua dignidade e de seus direitos mais fundamentais, o aparato estatal não busca a regeneração, mas sim a produção sistemática de um grupo permanentemente marginalizado e estigmatizado. Esse contingente de “subcidadãos”, marcado pelo trauma do cárcere e pela exclusão jurídica, passa a funcionar como um rebanho disciplinado pelo medo, cuja existência serve para justificar o próprio biopoder e os mecanismos de controle social que operam para além das muralhas da prisão.

O ambiente carcerário moderno foi desenhado para ser o espaço da visibilidade total, fundamentado em uma “vigilância perpétua e constante dos indivíduos” (Foucault, 1979, p. 63). Quando um interno burla essa vigilância rigorosa, como no caso do porte de diversidade de entorpecentes em sua cela, ele desafia a eficácia do modelo panóptico e cria uma zona de ilegalismo exatamente onde a docilidade dos corpos deveria ser inquestionável. Para o poder disciplinar, o que caracteriza a instituição carcerária é que nela “o poder não se esconde, não se mascara cinicamente, se mostra como tirania levada aos mais íntimos detalhes” (Foucault, 1979, p. 42). O cometimento de um novo crime dentro da penitenciária expõe a falha do projeto de correção e ameaça a ilusão da “dominação serena do Bem sobre o Mal, da ordem sobre a desordem” (Foucault, 1979, p. 42) que a prisão alega impor.

Consequentemente, o Estado aplica a agravante de pena não apenas pela materialidade do ato (a quantidade da droga em si), mas porque a desobediência no coração do aparelho disciplinar exige que a máquina punitiva reafirme sua força

absoluta, punindo com severidade máxima qualquer conduta que desmoralize o seu monopólio de vigilância em seu próprio território.

No Brasil, o conceito de “crime sem vítima” perde qualquer oxigênio dentro do sistema penitenciário. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tratam o ingresso de entorpecentes no cárcere como uma ofensa gravíssima não apenas à saúde pública (perigo abstrato absoluto), mas à própria segurança, disciplina e administração da justiça.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 3.110.537/DF, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o Superior Tribunal de Justiça analisou o caso de um interno do regime semiaberto, alocado no Centro de Progressão Penitenciária (CPP), que foi flagrado com 9,91 gramas de cocaína escondidos em sua carteira ao retornar de seu trabalho externo. A partir deste cenário, a jurisdição pátria evidencia sua inflexibilidade em acolher a tese de autolesão ou posse para consumo pessoal quando o fato ocorre na ambiência carcerária.

A defesa do agravante pleiteou a desclassificação do crime para a figura do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, argumentando a ausência de petrechos para a mercancia, a falta de intuito comercial e a reduzida quantidade de entorpecentes. Em seu interrogatório, o réu declarou ter adquirido a substância devido a graves problemas familiares, buscando refúgio na droga para aliviar a tensão. Não obstante, a Corte fundamentou a condenação primariamente na versão dos agentes de segurança, os quais relataram que o interno admitiu informalmente estar transportando a droga para quitar uma dívida preexistente de R\$2.000,00 com outro preso, de alcunha “Gelo”. O acórdão sacramentou que os depoimentos policiais, prestados sob o crivo do contraditório, constituem meio de prova idôneo e suficiente para embasar a condenação.

Diferentemente da alta dogmática espanhola que no caso Benedicto recorreu a métricas toxicológicas estritas para atestar o perigo de difusão da droga no cárcere, o Judiciário brasileiro apoia-se em pressuposições lógicas derivadas da ordem disciplinar. O Tribunal consignou que a simples tentativa de ingressar com a droga no estabelecimento prisional já consiste em um forte indicativo de destinação diversa do mero uso pessoal. A fundamentação utilizou a premissa comportamental

de que “causa estranheza” um interno com benefício de trabalho externo arriscar a regressão de regime para consumir dez gramas de cocaína intramuros, quando teria meios de fazê-lo fora do presídio com menor risco.

Para cancelar a subsunção da conduta ao delito do artigo 33, caput, majorado pela prática nas dependências do presídio (artigo 40, inciso III), a jurisprudência invoca a natureza plurinuclear do tráfico. O Superior Tribunal de Justiça reforçou que o crime é de ação múltipla, consumando-se pela simples prática do verbo nuclear “trazer consigo”. Consequentemente, torna-se prescindível a comprovação efetiva do escopo de comercialização da droga. Além disso, a decisão estabelece que a própria condição de usuário do réu, mesmo que restasse cabalmente comprovada, não excluiria a prática do tráfico, sob a genérica assertiva de que é comum a associação entre o uso e o comércio para o sustento do próprio vício.

O fechamento dogmático dessa sistemática voltada ao encarceramento dá-se por meio da incidência sumular. O STJ obstou o conhecimento do recurso da defesa fundamentando que a desclassificação da conduta para a posse de entorpecente exigiria um inviável revolvimento do conjunto fático-probatório, aplicando a Súmula n. 7 da Corte. Desse modo, o montante de 9,91 gramas de cocaína rotulado pelo tribunal de origem como não exorbitante, porém “significativo no contexto prisional” e passível de fracionamento consolida-se como dado fático blindado contra a hermenêutica garantista, perpetuando o enquadramento ditado inicialmente pelos agentes estatais.

O precedente ilustra como a aplicação do perigo abstrato no Brasil atinge seu ápice nas instituições de controle. Enquanto a racionalidade europeia calcula materialmente o limite tolerável, o Estado brasileiro utiliza a mera “estranheza” lógica para suprimir a autonomia da vontade e denegar a atipicidade material do uso no cárcere. A conduta de ingressar com a substância afronta a vigilância panóptica do sistema, acionando a máquina punitiva que equipara o vício ao comércio para reafirmar seu monopólio impositivo de obediência. Fica demonstrado, assim, que a recusa judiciária à desclassificação reflete não apenas o zelo pela saúde coletiva, mas o controle estrutural implacável sobre os corpos subalternizados pelo sistema penal.

Embora o caso brasileiro envolva a cocaína e o precedente espanhol se debruce sobre o MDMA, a disparidade das substâncias não neutraliza a força do comparativo, uma vez que o núcleo da divergência é de natureza estritamente hermenêutica e principiológica. A análise proposta não busca equiparar o potencial lesivo dos entorpecentes, mas sim contrastar os métodos de interpretação do Direito: de um lado, a jurisdição espanhola adota uma filtragem técnica e dogmática para delimitar onde termina a liberdade e começa o perigo social; do outro, a jurisdição brasileira utiliza a “natureza da infração” e o local da apreensão para realizar uma expansão punitiva que prescinde de evidências científicas de difusão. Portanto, a substância atua apenas como o objeto sobre o qual incidem racionalidades jurídicas distintas, uma pautada na materialidade da lesão e outra na manutenção da ordem disciplinar e na presunção de perigo abstrato.

Para Foucault, a adoção dessa racionalidade voltada à manutenção da ordem disciplinar, em detrimento da prova material, demonstra como o sistema penal moderno atua não apenas para punir, mas principalmente “como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social” (Foucault, 2014, p. 45). A presunção do perigo abstrato atende à necessidade estatal de exercer um controle contínuo, deslocando o foco da lesividade concreta da substância para a sujeição do comportamento desviante.

Nesse contexto, a tipicidade, no Brasil, é presumida violentamente pelas paredes da prisão. Qualquer posse de entorpecente por um apenado é vista como um ataque à ordem institucional, o que se explica perfeitamente pelo fato de que “a prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral” (Foucault, 2014, p. 134). A infração intramuros torna-se intolerável pois afronta diretamente a eficácia do modelo disciplinar, que por sua natureza exige uma “vigilância perpétua e constante dos indivíduos” (Foucault, 2014, p.181). Assim, a discussão sobre a autonomia moral do sujeito de ingerir uma substância nociva, tão cara à defesa dos Direitos Humanos, cede espaço à lógica do controle e da neutralização.

A resposta estatal brasileira, portanto, não é calibrada pela proteção de um bem jurídico, mas pela imposição de poder penal sobre os corpos já encarcerados, garantindo a força inquestionável de uma instituição onde “o poder não se esconde,

não se mascara cinicamente, se mostra como tirania levada aos mais íntimos detalhes” (Foucault, 2014, p. 134), afastando qualquer debate sobre os limites intervencionistas do Estado.

A articulação das transformações globais na gestão dos entorpecentes encontra na jurisprudência europeia e nacional um fértil campo de fricção dogmática. Enquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia, no emblemático Caso Kanavape, deslocou o Canabidiol do proibicionismo penal para reinseri-lo na lógica do livre mercado sob o prisma da ausência de efeitos nocivos, e o Tribunal Supremo espanhol, no Caso Isidro, desconstruiu presunções morais para consagrar a atipicidade do autoconsumo plural diante da dúvida razoável, o cenário jurídico brasileiro tencionou historicamente suas amarras formais pautadas no perigo abstrato.

Essa dicotomia metodológica entre a busca por uma base material de risco e o apego teológico à subsunção automática pavimentou o caminho para a manifestação definitiva da Suprema Corte brasileira no Recurso Extraordinário 635.659, tensionando o clássico modelo punitivo sob as exigências do constitucionalismo moderno.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 506 da repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, afastando de forma peremptória a repercussão criminal do porte de *cannabis sativa* para uso pessoal. Ao estabelecer o parâmetro objetivo de 40 gramas ou seis plantas-fêmeas para fixar a presunção relativa de usuário, a dogmática pátria buscou deliberadamente mitigar a discricionariedade policial seletiva que historicamente estigmatizou corpos periféricos. Essa tentativa de racionalização quantitativa assemelha-se, em termos analíticos, aos esforços do Tribunal Supremo espanhol nos casos *Asociación Ebers* e *Cannacultura Marina Alta*, nos quais a alta corte europeia se viu impelida a mapear os limites do consumo compartilhado, embora lá o transbordo das estruturas institucionais tenha desaguado em condenações amenizadas pelo erro de proibição vencível, instituto rechaçado pela rigidez forense brasileira.

A consolidação desse novo arranjo hermenêutico no Brasil foi ratificada em fevereiro de 2025, ocasião em que o STF rejeitou, por unanimidade, os segundos

embargos de declaração opostos pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Corte assentou que a apreensão de quantitativos superiores aos limites fixados não autoriza uma condenação automática por traficância.

Pelo contrário, impõe-se ao julgador o dever de realizar uma filtragem conglobante pautada nos critérios multifatoriais do artigo 28, parágrafo 2º, avaliando as circunstâncias objetivas da ação e a ausência de efetivo intuito de mercancia. Esse esclarecimento afasta o fantasma da inversão do ônus da prova denunciado pelas instâncias defensivas, aproximando o julgamento técnico da exigência de idoneidade lesiva real observada no laboratório espanhol, onde elementos indiciários isolados são insuficientes para anular a presunção de inocência.

Porém a barreira do controle total e disciplinar imposta pelo Estado reafirma sua sanha punitiva quando o espaço fático se desloca para o interior das instituições totais. No julgamento do caso Benedicto pelo Tribunal Supremo espanhol, a invocação da autolesão ou do consumo compartilhado intramuros foi categoricamente rechaçada sob o argumento de que o cárcere é a antítese do espaço privado, ativando métricas toxicológicas estritas de dosagem diária para neutralizar a transgressão. De igual modo, a jurisprudência contemporânea do Superior Tribunal de Justiça brasileiro reflete essa mesma blindagem institucional absolutista ao presumir de forma violenta a traficância na conduta do apenado que introduz substâncias no ambiente prisional.

Como explica Foucault, a infração cometida nos enclaves carcerários é interpretada não apenas como violação sanitária, mas como um desafio intolerável à microfísica do poder panóptico. Ao introduzir substâncias nesse ambiente, o apenado subverte a essência do controle. O Estado responde com severidade máxima não por causa da substância, mas porque a infração expõe as vulnerabilidades dessa estrutura de poder puro, justificando a hipertrofia punitiva estatal para reafirmar a dominação sobre corpos já docilizados e desprovidos de autonomia moral.

Analisando a partir da crítica foucaultiana, a transição para um paradigma não penal no Brasil e o modelo regulatório europeu revelam-se como diferentes sofisticações das tecnologias modernas de controle sobre a população. Se o

garantismo formal da legislação espanhola substituiu a repressão direta por uma engenharia procedimental e burocrática que converte a ausência de capital econômico e cultural em critério velado de exclusão nos clubes canábicos, o desenho institucional extrapenal desenhado pelo RE 635.659 corre riscos análogos de reconfigurar os “ilegalismos tolerados”.

A atribuição transitória de competência aos Juizados Especiais Criminais e a aplicação de medidas educativas pelo magistrado em procedimentos de natureza não penal demonstram que o aparato estatal não abre mão de policiar condutas, mas apenas transmuta a roupagem jurídica de sua engrenagem produtiva de controle social. A burocracia e as medidas educativas atuam, assim, como novas táticas que mantêm o controle de maneira mais dispersa e menos abertamente violenta, mas altamente eficaz na manutenção das assimetrias sociais.

O confronto analítico entre o dinamismo jurisprudencial europeu que transita entre a flexibilização mercantil do CBD no caso Kanavape e os rigorosos filtros de ofensividade material e a histórica virada dogmática promovida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 635.659 desvela um horizonte em que a saúde pública passa a ser disputada como um direito de proteção existencial, e não como pretexto biopolítico de segregação.

Contudo, enquanto a aplicação forense nacional continuar a mobilizar o testemunho policial e o chamado “kit tráfico” para elidir a presunção de uso nas periferias urbanas, a desidratação do proibicionismo restará confinada às elites detentoras de capital. A adoção desse testemunho policial de forma inquestionável evidencia a construção de um regime normativo no qual “a verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder” (Foucault, 1979, p. 52). Ao utilizar o testemunho como coerção de verdade contra o habitante da periferia, o sistema penal age taticamente para “introduzir um certo número de contradições no seio das massas” (Foucault, 1979, p. 103), separando a sociedade e isolando as populações marginalizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise histórico-dogmática e a investigação hermenêutica empreendidas ao longo desta pesquisa demonstram que a política criminal de drogas no Brasil,

especialmente no que tange à criminalização e ao controle da *Cannabis sativa*, constitui o objeto central desta investigação

A análise histórico-dogmática não se sustenta em uma preocupação genuína com a saúde pública. Em verdade, a trajetória da substância no ordenamento jurídico pátrio expõe as engrenagens de um projeto de controle social, estruturado para converter preconceitos morais e raciais em dogmática jurídica dotada de aparência de neutralidade científica.

Ao resgatar a gênese proibicionista nacional, tornou-se evidente como o status da maconha foi transmutado de insumo estratégico e remédio refinado no início do século XX para a denominação de “vício pernicioso” e vetor de degeneração social.

O discurso higienista sobre a maconha apresentado por Rodrigues Dória em 1915 e consolidado pelo Ministério da Saúde na década de 1950 não operou de forma sanitariamente isenta, tal saber-poder instituiu um autêntico racismo estatal e biologizante, forjando o arquétipo do usuário desviante para justificar o disciplinamento e a segregação dos corpos da população negra e periférica recém-liberta.

As reformas legislativas seguintes que tratavam a respeito da política de drogas, influenciadas pelo discurso norte-americano da *war on drugs* e pela doutrina da Segurança Nacional durante a ditadura militar, aprofundaram esse viés beligerante. A equiparação punitiva promovida pelo Decreto-lei n°. 385/68 e a sutil separação procedimental da Lei n°. 6.368/76 mantiveram-se prisioneiras de uma racionalidade autoritária.

Na sequência, surge a Lei n°. 11.343/2006 que, ao despenalizar o porte para consumo (artigo 28) e, simultaneamente, recrudescer a reprimenda ao tráfico (artigo 33), o Congresso Nacional instituiu um duplo regime de saberes que delegou à discricionariedade policial e judicial o preenchimento de critérios eminentemente subjetivos através da inclusão do parágrafo segundo do artigo 28 que definiu a aplicação de critérios como “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”, requisitos permissivos aos aplicadores da lei, os quais definem a partir das suas convicções quem é o usuário e quem é o traficante.

Essa opção legislativa torna contraditório o discurso de construção de uma legislação preocupada em tratar o usuário e punir severamente o traficante. Embora a Lei nº 11.343/2006 declare adotar essa perspectiva diferenciadora, a utilização de critérios subjetivos para definir o usuário permite a incidência de mecanismos biopolíticos de classificação e controle.

A análise comparativa entre as realidades brasileira e espanhola e suas respectivas dogmáticas revela que a flexibilização das políticas proibicionistas, quando desprovida de uma autêntica perspectiva de justiça distributiva e racial e social, transforma-se em um sofisticado mecanismo de confinamento de classes. Sob o discurso de uma igualdade formal e administrativa, o modelo espanhol consagra uma nova forma de distinção que pune a ausência de capital.

Ao converter o acesso aos Clubes Sociais de Cannabis em um labirinto procedimental de vistorias técnicas, estatutos e taxas de manutenção, o aparato estatal edifica barreiras invisíveis, porém intransponíveis, para os jovens periféricos e populações imigrantes.

O garantismo formal europeu, portanto, não extingue a seletividade penal; ele apenas a sofisticada, deslocando o alvo da violência ostensiva sobre o corpo do desviante para uma engenharia procedimental silenciosa que fraciona biopoliticamente a população entre cidadãos legítimos da elite e indivíduos administrativamente penalizáveis.

Essa transmutação burocrática observada no direito comparado oferece a compreensão da real natureza da crise estrutural da Lei de Drogas brasileira. A persistente ausência de critérios objetivos no texto de 2006 e a consequente dependência de fatores subjetivos, como o local da abordagem e os antecedentes pessoais, não representam um erro de cálculo ou uma falha acidental da racionalidade legislativa.

Em termos estruturais, a norma nacional foi desenhada para ser lacunosa, garantindo a plasticidade e a discricionariedade necessárias para que as tecnologias de saber-poder e de controle de corpos das agências de segurança e do magistrado operem sem amarras formais nas periferias urbanas.

Assim, enquanto o modelo espanhol utiliza a complexidade administrativa para blindar as condutas das elites e segregar os despossuídos pelo critério

econômico, a jurisprudência brasileira instrumentaliza o “perigo abstrato” e a “espiritualização” do bem jurídico para preencher o tipo penal com a própria identidade fenotípica do suspeito padrão, perpetuando o controle social sob a conveniente roupagem da neutralidade jurídica.

Nesse vazio normativo, os conceitos de microfísica do poder e regime de verdade de Michel Foucault revelam-se instrumentos analíticos para compreender a prática forense contemporânea. A ausência de parâmetros objetivos fixados em lei permitiu que o racismo institucionalizado operasse por meio de uma complexa rede de saberes e poderes capilares, instituindo critérios de filtragem eminentemente subjetivos.

Como demonstraram os dados empíricos da Associação Brasileira de Jurimetria e os relatórios da UNODC trazidos à colação, as agências de controle penal mobilizam uma tecnologia política do corpo que utiliza a segmentação geográfica e fenotípica para ditar quem ocupa os lugares discursivos de “usuário” ou de “traficante”. O “kit tráfico” e o testemunho policial este último alçado ao patamar de uma verdade inquestionável produzida por múltiplos sistemas de coerção funcionam como táticas de enquadramento que bastam para consolidar a docilização e a punição de indivíduos vulnerabilizados, mesmo diante de quantidades irrisórias de entorpecentes.

O contraste com o direito comparado espanhol demonstrou as fissuras dessa dogmática nacional vinculada à pureza da abstinência. A jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, ao consolidar os filtros da alteridade e da ofensividade material, descriminalizou de fato o autoconsumo e pavimentou construções sofisticadas como a atipicidade do consumo compartilhado, blindando a esfera da autonomia privada contra intervenções estatais paternalistas quando inexiste o *peligro de difusión* a terceiros indeterminados.

A evolução da seletividade penal na Espanha demonstrou uma sutil transmutação da violência estatal: à repressão penal declarada cedeu espaço a uma severa barreira administrativa e burocrática na regulação dos Clubes Sociais de Cannabis. Compreendida sob a ótica de Michel Foucault, essa transição não representa uma supressão ou abrandamento do controle, mas a instauração de uma nova “economia” do poder, na qual o Estado substitui a punição espetacular e

violenta por procedimentos institucionais sutis, capazes de fazer circular os efeitos de dominação de forma contínua e individualizada em todo corpo social. O modelo espanhol, portanto, apenas sofisticava a sua mecânica de intervenção.

Ao exigir densos requisitos formais, econômicos e institucionais, a norma espanhola opera uma exclusão velada por meio da distinção que pune a ausência de capital cultural e financeiro, reconduzindo o jovem periférico ou imigrante à margem da legalidade. Longe de ser neutro, esse aparato institucional e procedimental funciona exatamente como um espaço de relação de dominação.

O novo modelo regulatório não anula as assimetrias de classe, mas mascara a seletividade e a exclusão, confirmando a denúncia foucaultiana de que a sociedade burguesa precisou sobrepor aos seus mecanismos reais de controle um sistema jurídico que esconde seus métodos de controle e dominação. A regulação burocrática do uso atua, dessa forma, como uma nova malha disciplinar que, sob a roupagem da legalidade e da permissão, perpetua a divisão social e afasta as populações marginalizadas.

A análise do Caso Isidro (MDMA) e do cultivo em larga escala (Caso *Cannacultura*) face ao endurecimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro no HC 894.719/MG evidenciou o abismo hermenêutico que nos separa da racionalidade materializada. Enquanto a corte europeia debruça-se sobre métricas toxicológicas estritas para perquirir o risco real ao bem jurídico, o Judiciário brasileiro se socorre de inversões lógicas e presunções absolutas. No Brasil, a própria sofisticação tecnológica do cultivo doméstico é capturada biopoliticamente não como redução de danos, mas como evidências indelévels de profissionalismo delitivo.

O cenário brasileiro sofreu uma tentativa de mudança da política segregacionista com o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506). Ao afastar a natureza penal do porte de cannabis para uso pessoal e fixar o critério quantitativo de 40 gramas ou seis plantas-fêmeas, o Supremo Tribunal Federal ensaiou um alinhamento com o constitucionalismo liberal e com o princípio da lesividade.

A ratificação unânime desse entendimento em sede de embargos de declaração assentou de forma peremptória que a volumetria superior não induz à

condenação automática, impondo ao julgador o dever de realizar uma filtragem multifatorial. Trata-se de uma tentativa para limitar o arbítrio policial e jurisdicional.

Apesar da relevância desse marco jurisprudencial, a pesquisa demonstrou que a prática punitiva do Estado recrudesce e retoma seu vigor absoluto nas chamadas instituições totais. Tanto no julgamento do caso Benedicto pelo Tribunal espanhol quanto na jurisprudência do STJ brasileiro no Agravo em Recurso Especial 3.110.537/DF, o ambiente carcerário revelou-se a antítese da autonomia moral. No microcosmo do cárcere, a introdução de substâncias é punida com severidade máxima porque desafia a microfísica do poder panóptico e a dominação serena da ordem disciplinar, expondo as entranhas de um sistema que prioriza a neutralização espacial e a docilização dos corpos em detrimento de qualquer amparo terapêutico ou emancipatório.

Conclui-se que a dogmática do “perigo abstrato” na política de drogas brasileira tem operado historicamente como uma ficção jurídica e um biombo retórico institucionalizado para gerir punitivamente a pobreza, perpetuar o encarceramento em massa e manter ativas as clivagens raciais e de classe.

A manutenção dessas divisões raciais e sociais ilustra a consolidação de um “racismo interno”, inerente às estratégias modernas de normalização e defesa da sociedade, que possibilita ao Estado “filtrar todos os indivíduos no interior de uma sociedade dada” para isolar e punir aqueles que são tidos como uma ameaça à ordem (Foucault, 2001, p. 277).

Nesse cenário, a virada promovida pelo STF no RE 635.659 abre uma clareira hermenêutica de inestimável valor para que a saúde pública seja tratada sob o signo do direito existencial e protetivo, e não como pretexto de biopoder segregador. Essa transição jurisprudencial é fundamental para romper com um modelo estatal que, sob a justificativa do cuidado sanitário, exercia o controle rigoroso dos corpos por meio de uma biopolítica.

Ao esvaziar a falácia do perigo abstrato, a decisão mitiga a engrenagem em que a regulação da vida e da saúde coletiva servia primordialmente como uma tecnologia de controle, permitindo que a política de saúde deixe de atuar como um instrumento dissimulado de segregação e sujeição.

Os resultados encontrados nesta investigação sinalizam a necessidade de desdobramentos científicos voltados ao preenchimento de lacunas metodológicas impostas pelas barreiras institucionais de acesso aos dados processuais.

Pesquisas futuras devem priorizar abordagens empíricas destinadas a investigar se as medidas determinadas pelo STF foram efetivas e alteraram a aplicação da norma, principalmente no âmbito da atuação policial, ou se a engenharia forense operou o deslocamento de seus marcadores seletivos para outros elementos periféricos, mantendo indestrutível a ficção jurídica do perigo abstrato e a filtragem geomorfológica dos suspeitos vulnerabilizados.

A superação do paternalismo penal e da dogmática do perigo abstrato exige que o debate seja submetido a eixos complementares de ruptura teórica. Por mais que o referencial de Michel Foucault tenha respaldado a compreensão da engrenagem macrofísica e biopolítica dos dispositivos de controle, o avanço do estado da arte demanda o retorno aos estudos de Pierre Bourdieu para desvelar a dimensão microsociológica do fenômeno.

Sugere-se, como agenda de pesquisa, a utilização das categorias de campo jurídico, capital cultural e *habitus* para analisar a resistência friccional e corporativa da magistratura infraconstitucional em aplicar a virada garantista da Suprema Corte. Trata-se de investigar como as disposições internalizadas dos operadores do direito e o pragmatismo burocrático dos tribunais agem como instâncias de neutralização da eficácia dos direitos fundamentais, perpetuando a seletividade racial e de classe sob a ilusão de autonomia técnica.

O último parágrafo de uma dissertação pede uma esperança. Logo, verifica-se que a emancipação real desse modelo proibicionista somente será possível quando a racionalidade técnica e o garantismo material forem estendidos de forma isonômica às periferias urbanas, mediante a positivação de parâmetros quantitativos estritos e vinculantes que imponham ao Estado o ônus da prova na descaracterização do tráfico, impedindo que a desidratação do Estado penal permaneça como um privilégio restrito das elites detentoras de capital.

Como cantou Vinícius de Moraes, “O morro não tem vez; e o que ele fez já foi demais; mas olhem bem vocês; quando derem vez ao morro; toda cidade vai cantar”.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ). **Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico: Um estudo Jurimétrico**. 2019. Disponível em: https://abj.org.br/pdf/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf. Acesso em: 08 jun. 2026.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECKER, Howard S. **Outsiders - Estudos de sociologia do desvio**. 2ª. Ed, Rio de Janeiro, Zahar, 2019.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2026.

BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: crítica social do julgamento**. Tradução Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo; Porto Alegre, RS: Zouck, 2007.

BORGES, Guilherme; BERASTEGI, Xabier Arana; CARDOSO, Franciele Silva. **Os Clubes Sociais de Cannabis (CSCs) na Comunidade Autônoma do País Basco (CAPB), Espanha: Trajetória e Obstáculos na Busca pela Normalização Canábica**. Mediações, v. 28, n. 3, p. e48668, 2023.

BRAGANÇA, Maurício. **A narcocultura na mídia: notas sobre um narcoimaginário latinoamericano**. Significação: revista de cultura audiovisual, v. 39, n. 37, p. 93-109, 2012.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 08 jun. 2026.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2026.

BRASIL. **Decreto nº 20.930 de 11 de janeiro de 1932**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Acesso em: 01 abr. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. **Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm. Acesso em: 08 jun. 2026.

BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. **Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1964/d54216.html. Acesso em: 08 jun. 2026.

BRASIL. **Decreto nº 891, 25 de novembro de 1938**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Acesso em: 01 abr. 2025.

BRASIL. Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 08: jun. 2026.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 08 jun. 2026.

BRASIL. **MENSAGEM Nº 25, DE 11 DE JANEIRO DE 2002 (Razões do veto)**. Congresso Nacional. Diário Oficial da União, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2002. **Dispõe sobre o Sistema Antidrogas; sobre a prevenção, a repressão e o tratamento; define crimes, regula o procedimento nos crimes que define e dá outras providências**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50227>. Acesso em: 08 jun. 2026.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.873/91. **Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de entorpecentes e drogas afins e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17331>. Acesso em: 08 jun. 2026.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. Jornal brasileiro de

psiquiatria, v. 55, p. 314-317, 2006.

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

CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 67, p. 623-652, 2015.

COSTA, Renata Almeida. **"Midiando" o terror: o caso do PCC no Brasil**. Sistema Penal & Violência, v. 4, n. 1, 2012.

COSTA, Renata Almeida da; RODRIGUES, João Marcelo de Souza Melo. **Os paradoxos da política criminal após a redemocratização brasileira**. Boletim IBCCRIM, v. 33, n. 393, p. 22-25, 2025.

DE ESPAÑA, Gobierno. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Boletín Oficial del Estado, v. 281, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 08 jun. 2026.

DE ESPAÑA, Gobierno. **Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana**. Boletín Oficial del Estado, v. 77, 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442>. Acesso em 08 jun. 2026.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sessão de 12 de fevereiro de 2004**. Disponível em: <https://imagem.camara.leg.br/Imagem/d/pdf/DCD12FEV2004.pdf#page=> . Acesso em: 30 mar. 2025.

DIAS, Acácio. **Algumas plantas e fibras têxteis indígenas e alienígenas**. Neurobiologia, ed, v. 8, p. 71-93, 1945.

Dias, Carmélio; Marques, Jéssica. **MC Poze do Rodo preso: polícia aponta 'narcocultura', enquanto pesquisadoras veem tentativa de criminalizar o funk**. Rio de Janeiro: O globo. 2025. Disponível em: http://oglobo.globo.com/rio/noticia/2025/05/30/poze-do-rodo-policia-fala-em-narcocultura-apos-prisao-de-funkeiro-enquanto-pesquisadoras-veem-discriminacao-do-funk.g.html?interno_origem=materiasampoglobo&interno_midia=menutematico&interno_campanha=poze-do-rodo-preso. Acesso em: 08 jun. 2026.

FONSECA, Guido. **A maconha, a cocaína e o ópio em outros tempos**. Arq Polic, v. 104, n. 34, p. 133-45, 1980.

FOUCAULT, Michel. **"Alternativas" à prisão: Michel Foucault: um encontro com Jean-Paul Brodeur**. Editora Vozes, 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Editora Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho França. **A história da Maconha no Brasil**. 2ª ed. Bahia: Editora Jandaíra, 2022.

GOFFMAN, Erving. **Estigma - Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2022.

GOVERNO DO TOCANTINS. Polícia Militar do Estado do Tocantins. **15 - Canção do PROERD**. s.d. Disponível em: <https://www.to.gov.br/pm/15-cancao-do-proerd/izeq8d5ikmf>. Acesso em: 05 de jun. 2026.

LOUZADA, Isabel Cristina Costa. **Tráfico de linguagens na cultura da mídia: a “ética-estética” da narcocultura e as mediações em Narcos**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Literatura Comparada da Universidade Federal da Integração Latino Americana. 2019.

LUCENA, José. **Os fumadores de maconha em Pernambuco**. Arq. Assist. Psicopatas, 4: 55-96, 1934.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na lei n. 11.343.2006**. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILLA, Gustavo Noronha de. (Orgs.) 10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, drogâmicos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros**. Serviço Nacional de Educação Sanitária Brasília (DF): Imprensa Nacional; 1958. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/maconha_coletania_trabalhos_brasileiros_2ed.pdf. Acesso em: 30 mar. 2025.

MIRANDA, Bartira Macedo; CARDOSO, Franciele Silva. **O conceito de defesa social e segurança pública na ordem democrática brasileira**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 43, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal - parte especial**. 22ª ed. Editora. Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

RINCÓN, Omar. **Todos temos um pouco do tráfico dentro de nós: um ensaio sobre o narcotráfico/cultura/novela como modo de entrada para a modernidade**. Matrizes, v. 7, n. 2, p. 193-219, 2013.

RODRIGUES, João Marcelo de Souza Melo; ALMEIDA, Lúcio Antônio Machado; FILHO, Eraldo Cruz Martins. **A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA NO BRASIL: Um estudo sobre as origens do aparato repressivo estatal**. Revista do CAAP, Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 1–29, 2026. DOI: 10.69881/5dfab647.

Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/caap/article/view/61603>. Acesso em: 8 jun. 2026.

RUDNICKI, Dani; SILVEIRA, Maurício Moschen; RODRIGUES, João Marcelo de Souza Melo. **A estigmatização da maconha e a sua criminalização seletiva no Brasil**. In: Bartira Macedo Miranda; Gustavo Noronha de Avila; Thais Janaina Wenczenovicz. (Org.). Criminologias e política criminal I. CONPEDI, 2025, v. 1, p. 6-23. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/06n3kw94/2c597qzl/LdGo3SH38H3M688W.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2026.

SAAD, Luisa. **Fumo de Negro: A criminalização da Maconha no Pós Abolição**. 1ª ed. Bahia, EDUFBA, 2015.

SOUTO, Miguel Abel. **La seguridad urbana, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la proposición de su reforma, de octubre de 2024: intervención penal y sanciones administrativas en materia de espacio público y derechos de reunión ym**. Revista penal, n. 56, p. 6-37, 2025.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635659/2017**. DF, Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 26/06/2024 Data de Publicação: DJe Public 20/02/2025 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> Acesso em: 08 jun. 2026.

UNODC - Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime, Secretaria de Segurança Pública - Estado do Rio Grande do Sul. **Cartilha-Relatório final de Cooperação Técnica entre o UNODC e o Estado do Rio Grande do Sul, no contexto do Programa de Oportunidades e Direitos (POD)**, cofinanciado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Monitoramento do Uso da Força e o índice de *compliance* de Atividade Policial (ICAP), Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, 2022. Disponível em: https://f001.backblazeb2.com/file/sul21site/wp-content/uploads/2023/05/UNODC_2022_Cartilha_Integridade_Uso_Forca_ICAP_PORT.pdf. Acesso em: 08 jun. 2026.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada**. Revan, 2017.