

A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA APLICADA AO VAZIO NORMATIVO ENVOLVENDO FUNGOS COM POTENCIAL PSICOTRÓPICO EM SEU ESTADO NATURAL

LISBOA, Raphael L.^a; SIMÕES, Marcelo Maranhão^b



^a Discente do curso de Bacharelado em Direito - UNIFAGOC

^b Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP).
Professor UNIFAGOC

raphalisboaleal2@gmail.com
marcelo.simoes@unifagoc.edu.br

RESUMO

Os danos causados pelos chamados psicodélicos tradicionais como o LSD e a psilocibina (princípio ativo encontrado em algumas espécies de fungos alucinógenos) são totalmente de natureza psicológica, assim, são consideradas como uma das drogas recreativas mais seguras existentes; entretanto, tal desordem psicológica pode levar o usuário a causar mal a si próprio e a outros indivíduos. Nessas conjunturas, resta necessária a elucidação da omissão normativa a respeito dos fungos com potencial psicotrópico e sua eventual resolução através da interpretação extensiva, visando a mens legis do artigo 33 da Lei de Drogas, qual seja, tutelar a saúde pública. Entretanto, interpretar extensivamente uma portaria realizada por meio de ato administrativo colide com o fundamento jurídico da legalidade, pois interfere diretamente na determinação de que o conteúdo da norma seja preciso. Para a elaboração do trabalho, utilizou-se o método científico dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e revisões literárias.

Palavras-chave: Omissão. Fungos. Interpretação. Cogumelos. Legalidade. Drogas.

INTRODUÇÃO

Os produtos de origem natural com propriedades alucinógenas são usados para fins religiosos e medicinais há milhares de anos e em diferentes locais do mundo. Ainda hoje, muitos rituais utilizam substâncias psicoativas como enteógenos (Schultes; Hofmann, 1979).

Enteógeno é um termo de origem grega que denota o efeito espiritual atribuído ao consumo de fungos e vegetais. Dessa forma, plantas e fungos enteógenos são aqueles capazes de proporcionar ao usuário uma forma alterada da consciência, induzindo a estados considerados xamânicos ou êxtase, os quais são interpretados como divinos ou transcendentais (Ruck; Bigwood; Staples; Wasson, 1979).

Os primeiros relatos ocidentais acerca do uso de cogumelos em contexto não acidental provavelmente são encontrados em manifestos da Grécia Antiga, como os de Platão e Aristóteles. Nas Américas, consistem nos relatórios feitos por missionários espanhóis do século XVI, como o franciscano Bernardino de Sahagún. Em contexto de combate ao que chamavam de “idolatria pagã” pelos católicos na América Central, o uso de tais fungos logo passou a ser realizado com discrição ou até mesmo segredo, e muitos dos registros, fossem eles culturais ou materiais, foram destruídos. Apesar do confronto entre Cristianismo missionário e a cultura mesoamericana acerca de seus costumes, paulatinamente o uso ritualístico de cogumelos psicoativos foi incorporado à interpretação cristã adotada pelos povos locais. Isso pode ser exemplificado pelos

rituais de Maria Sabina, curandeira indígena mazateca, que mesclava altares cristãos (entre outros artefatos católicos) ao uso de cogumelos (Stamets, 1996).

É possível notar que, nos dias atuais, grupos urbanos de cunho religioso e/ou místico se apropriaram das crenças indígenas e recrutaram o uso de substâncias psicoativas em suas atividades. Nesses ambientes, o uso dos cogumelos psicotrópicos é justificado pelos usuários como fins terapêuticos e medicinais (Caldas, 2018). Ademais, seu uso é também observado no meio artístico, especialmente entre músicos que provém de movimentos de contracultura e hippie das décadas de 1960 e 1970. Tais artistas justificam seu uso como ferramentas contestatórias e rebeldes ao *status quo*, ampliadoras de novos horizontes ou mesmo hedônicas (Escobar; Roazzi, 2010).

Portanto, além do uso medicinal, os cogumelos com potencial psicotrópico também são comumente utilizados em rituais religiosos e de forma recreativa, seja por aqueles que se aventuram em utilizá-los em festivais de música eletrônica, seja pelos que relacionam seu uso à conexão espiritual, assim o fazendo em meio a natureza, templos ou em suas próprias residências.

Observa-se que, com o avanço das pesquisas relacionando o uso controlado de substâncias derivadas de cogumelos com potencial psicotrópico à melhora significativa dos sintomas relacionados a algumas doenças psíquicas, como transtorno de estresse pós-traumático e depressão, somados à propagação científica através das mídias sociais, verificou-se um aumento da procura dessas substâncias, e a internet tornou-se palco de diversos sites de vendas e barganhas desses materiais.

No Brasil, a Portaria SVS/MS nº 344 de 12 de maio de 1998 é o documento oficial responsável por definir a lista de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial. Mesmo em sua atualização mais recente, pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 784, de 31 de março de 2023, não há referência sobre proibição, importação, exportação, comércio, manipulação ou uso de fungos. Contudo, estabelecem como proscrito o uso de substâncias psicoativas contidas nesses espécimes, com destaque para a Psilocibina e a Psilocina, registradas no documento sob os códigos F2-131 e F2-132, respectivamente. Dessa forma, a dinâmica de consumo envolvendo cogumelos alucinógenos se encontra em uma ambiguidade legal, na qual não se proíbe o consumo do espécime que contém a substância, mas sim a substância em si. Sob outra perspectiva, mais literal, é considerado ilegal o consumo da substância isolada, apenas (Favaretto; Marson, 2021).

Tal conjectura legal é delicada. Como será visto adiante, o consumo de cogumelos se associa a diversos riscos.

Assim como qualquer substância capaz de alterar o estado de percepção de realidade de um indivíduo, a desordem psicológica provocada em decorrência do uso dos cogumelos mágicos pode ocasionar possíveis danos à integridade física e psíquica do usuário, bem como daqueles que estão ao seu redor.

As complicações decorrentes do uso de psilocibina (princípio ativo encontrado nos cogumelos alucinógenos) são geralmente brandas, se comparadas a outras substâncias (Opperhuizen, 2011). A maioria de suas complicações com potencial danoso são referentes a estados de humor alterado, paranoia ou comportamentos inconsequentes (Hasler; Grimberg, 2004), falta de atenção e subsequentes acidentes, automutilação, suicídio. Ademais, a dose letal é elevada demais para ser consumida, mesmo intencionalmente (Opperhuizen, 2011). Dessa forma, a apresentação de

pessoas com queixas relacionadas ao consumo de cogumelos alucinógenos no atendimento médico brasileiro é esporádica, já que a incidência de casos registrados por intoxicação no Brasil foi de 3,76% em 1999, considerando todas as drogas consumidas (Sinitox, 2020). No Sistema Único de Saúde (SUS) (DATA SUS, 2020), a classificação diagnóstica não difere o tipo de substância alucinógena utilizada. Dessa forma, o consumo de cogumelos alucinógenos é categorizado como "F16: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de alucinógenos" (Resolução de Diretoria Colegiada, 2020).

Nesse ínterim, é de se afirmar que o uso recreativo e indiscriminado dos cogumelos com capacidade psicotrópica tem o condão de causar prejuízos à saúde pública, objeto este, tutelado através da Lei 11.434/06 (Lei de Drogas).

Assim, diante de todo o exposto, o presente artigo visa elucidar a ambiguidade normativa existente quanto da observação da situação dos cogumelos com capacidade psicotrópica em seu estado natural no território brasileiro e sua eventual resolução através da interpretação extensiva, visando a *mens legis* do artigo 33 da Lei de drogas, qual seja, tutelar a saúde pública.

Para compor a presente pesquisa, utilizou-se o acesso à literatura corrente citada em campo próprio, cujo teor consiste na exploração, explicação e descrição do problema apresentado, realizando investigações e uma elucidação acerca do assunto, partindo-se do geral para o específico, levantando referências teóricas já publicadas anteriormente.

FUNGOS ALUCINÓGENOS

Substâncias alucinógenas manifestam a aptidão para induzir fenômenos de alucinação, mesmo em quantidades mínimas, bem como para fomentar estados delirantes. No contexto em questão, o termo "alucinógeno" é aplicado para denotar os alucinógenos de natureza clássica, às vezes referidos como "psicodélicos," "psicotomiméticos" ou "enteógenos." O emprego do vocábulo "alucinógeno" não se apresenta como a designação mais precisa para estas substâncias, uma vez que as alterações perceptuais compõem apenas uma faceta dos seus efeitos, e as alterações perceptuais características desencadeadas por alucinógenos em quantidades usuais raramente abarcam alucinações evidentes, ou seja, uma experiência alucinatória intensa. Assim, é empregada esta nomenclatura em virtude de ser a mais recorrente na literatura científica (Gomes; Muniz; Paulino, 2016).

Desde tempos remotos, os produtos naturais são utilizados pela humanidade, e acredita-se que a ingestão de ervas e folhas com intuito de aliviar dores e curar doenças tenha sido uma das primeiras formas de utilização dessa classe de substâncias pelo homem (Viegas Junior *et al.*, 2006).

No que diz respeito aos alucinógenos naturais, segundo McKenna (1996), foi por meio da experiência do uso por xamãs, bruxas, herbalistas e alquimistas que as propriedades alucinógenas de diversas plantas foram descobertas e experimentadas, de forma que tais espécies passaram a fazer parte da cultura e tradição de diferentes grupos étnicos, seitas, religiões, em muitas das quais seu uso se faz ainda presente (Santos, 2021).

Os produtos naturais alucinógenos constituem um grupo de substâncias de origem natural cuja característica principal é a capacidade de alterar a consciência, provocando efeitos cognitivos e sensoriais (Carlini, 2003). Tais substâncias representam um papel importante no contexto histórico da humanidade, sendo empregadas desde os tempos remotos como drogas sacramentais. Entretanto, nos últimos tempos, muitas dessas substâncias passaram a ser utilizadas como drogas recreativas por jovens e adolescentes (Nichols, 2004).

Segundo Nichols (2004), os alucinógenos, ao longo do tempo, tiveram seu uso associado a diferentes grupos étnicos e culturais, sendo utilizados como substâncias sagradas em rituais de tribos indígenas e de diferentes seitas e religiões, onde são denominados enteógenos. Cita-se como exemplo da tradição histórica do uso dessas substâncias o consumo de ayahuasca em rituais de diferentes tribos indígenas brasileiras, originando as chamadas religiões ayahuasqueiras (Goulart, 2019).

Entre os substâncias alucinógenas reconhecidas, destacam-se os fungos alucinógenos, ou cogumelos mágicos, os quais eram conhecidos por seu emprego em cerimônias espirituais de grupos indígenas ou em tratamentos curativos, contudo, a partir da década de 80, esses organismos fúngicos começaram a ganhar relevância como meio de alucinógeno para fins recreativos (santos, 2017).

Conforme indicam os relatos históricos, a utilização de tais cogumelos era voltada a contextos particulares, especialmente os religiosos. Dessa forma, envolviam a preparação ritualística do consumo, o qual era conduzido e controlado por usuários experientes como xamãs. Seu consumo era majoritariamente oral, tanto pela mastigação de insumos macerados ou pelas bebidas resultantes do processo de cocção. Os usuários eram, portanto, restritos aos participantes do ritual religioso, que utilizavam as substâncias de forma enteógena. O consumo moderno de cogumelos alucinógenos com fins recreativos data, na Europa, do fim da década de 1950, limitado a poucas pessoas, pertencentes a grupos esotéricos como poetas da geração Beat (Favaretto; Marson, 2021).

A Psilocibina, principal composto alucinógeno desses cogumelos, foi sintetizada em laboratório como Indocybin® na década de 1960 e, por meio da empresa farmacêutica Sandoz, foi temporariamente comercializada para fins experimentais e psicoterapêuticos. Entre seus propósitos psicoterapêuticos, destacam-se transtornos depressivos, estresse pós-traumático e abandono no uso de substâncias que geram dependência. Na mesma década, os Estados Unidos da América proibiram o comércio nacional dessas substâncias alucinógenas, impactando em uma redução no financiamento de pesquisas sobre elas. Isso ocorreu, pois, pelo uso indiscriminado das substâncias pela população hippie, o Governo definiu os compostos como viciantes e sem propriedades terapêuticas. Porém, em 1990, a organização Food and Drug Administration (FDA) aprovou novas pesquisas com psicodélicos, ocasionando na revogação da proibição comercial (Favaretto; Marson, 2021).

A partir da segunda metade do século XX, os cogumelos psicoativos então passaram a ser mais acessíveis em diversas formas de apresentação, que incluem, além dos espécimes frescos, também as formas desidratadas, cozidas, congeladas ou mesmo em pó (inclusive estando contido contidos em cápsulas), sendo ingeridas ou até fumadas. Seu acesso é feito geralmente pela coleta *in natura*, por encomendas via *smartshops* (lojas, físicas ou virtuais, especializadas em substâncias herbais psicoativas

legalizadas ou não em sua região de sítio) ou por cultivo domiciliar (possibilitado, inclusive, pela venda de micélios, esporos e materiais de cultivo pelos *smartshops* ou quaisquer outros cultivadores) (Favaretto; Marson, 2021).

A psilocina (4-hidroxi-N,N-dimetiltriptamina) e a psilocibina (4-fosforiloxi-N, Ndimetiltriptamina) são alcalóides indólicos pertencentes à classe das triptaminas e de grande semelhança estrutural com a serotonina. Tais alcalóides são obtidos a partir de diversas espécies de cogumelos, especialmente dos gêneros *Psilocybe*, *Panaeolus*, *Conocybe*, que, devido às suas propriedades alucinógenas, são conhecidos popularmente por cogumelos mágicos (Santos, 2021).

LEI PENAL EM BRANCO

As disposições de teor penal podem ser segmentadas em duas categorias principais: as normas penais incriminadoras e as regulamentações penais não incriminadoras. O último conjunto visa elucidar o teor de outra diretriz penal ou desconsiderar a ilicitude, a culpabilidade ou a punibilidade de certas ações tipificadas (Passanezi; Nunes, 2021).

Por outro lado, os tipos penais incriminadores são aquelas normas que prognosticam e caracterizam as ofensas criminais. Tais tipos penais consistem em duas partes: um preceito principal que delinea a conduta criminosa e um preceito secundário que estipula a punição penal apropriada para os indivíduos que executam a conduta especificada no primeiro preceito.

A ideia de lei penal em branco envolve os tipos penais nos quais o preceito secundário é suficientemente claro; no entanto, o preceito principal requer um complemento para ser compreendido em sua totalidade (Passanezi; Nunes, 2021).

As leis penais em branco podem ser categorizadas com base na natureza ou origem do acréscimo. Nesse sentido, são classificadas como normas penais em branco homogênea e normas penais heterogênea (Noronha, 2000).

De acordo com os estudos de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2016), uma lei penal em branco homogênea é aquela em que o acréscimo é esboçado em uma fonte oficial da mesma relevância que a diretriz incriminadora, isto é, quando o acréscimo também é delineado em uma regulamentação ordinária.

No que tange às normas penais em branco heterogêneas, trazem os autores as seguintes lições:

Em sentido heterogênea é aquela cujo complemento está descrito em fonte formal distinta daquela do tipo penal incriminador. Exemplo: Lei 11.343/06 (Lei de drogas), art. 33, que não indica quais são as drogas ilícitas, delegando tal função a normas administrativas (portaria da ANVISA). (Estefam; Gonçalves, 2016).

Assim, é de elevada importância o entendimento do conceito de norma penal em branco heterogênea para a devida compreensão do presente trabalho, posto que tal feito tem como objeto principal a investigação da Lei 11.343/06 (Lei de drogas), a qual, para a sua perfeita cognição, necessita de um complemento formulado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) através de uma portaria, ou seja, um apêndice contido em fonte formal distinta (ato administrativo) daquela fonte da Lei 11.343/06, a qual foi originada por meio de ato legislativo.

Portanto, extrai-se do exposto, até o momento, que a fonte formal do complemento da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) é distinta da fonte formal da própria Lei mencionada e que tal complemento, qual seja, a portaria expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), proíbe as substâncias psilocina e psilocibina, isoladas apenas, e não as espécimes de fungos que contêm tais substâncias, fato este que ocasiona uma ambiguidade àquele que interpreta tal complemento.

Os capítulos que se seguem elucidam uma situação fática, em que a Lei de Drogas será interpretada extensivamente, visando uma eventual resolução da ambiguidade retromencionada à luz do princípio da legalidade.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PROBLEMÁTICA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO HETEROGÊNEAS

O princípio da legalidade, consagrado como um dos pilares fundamentais do sistema jurídico, estabelece que ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei prévia que defina a conduta delitiva e preveja a respectiva pena. Esse princípio, também conhecido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, assegura a segurança jurídica, a previsibilidade das ações estatais e a proteção dos direitos individuais, ao vincular a aplicação de sanções penais a normas expressas e claras.

O princípio da legalidade é consagrado em diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como em muitas constituições nacionais ao redor do mundo. Ele visa a proteger o indivíduo contra a arbitrariedade estatal, exigindo que o legislador desempenhe um papel central na definição dos tipos penais e suas respectivas penas.

Sob essa perspectiva, o princípio da legalidade veda a criação de tipos penais por analogia, bem como a aplicação retroativa de leis penais mais gravosas. A lei que define o crime deve ser clara e precisa, delimitando de forma inequívoca a conduta proibida e a respectiva sanção.

As normas penais em branco heterogêneas são aquelas que, para a completa definição da conduta criminosa, necessitam da integração de elementos normativos de outra natureza, tais como regulamentos administrativos, portarias ou outros atos normativos. Essa peculiaridade tem suscitado debates sobre a compatibilidade dessas normas com o princípio da legalidade.

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima:

Na medida em que complemento das normas penais em branco heterogêneas é fornecido por fonte estranha ao Congresso Nacional, discute-se na doutrina até que ponto essa administrativização da lei penal seria (ou não) compatível com o princípio da legalidade. De um lado, parte minoritária da doutrina entende que haveria violação ao princípio da legalidade, porquanto essa transferência de regulamentação de tipos penais incriminadores a funcionários e órgãos do poder executivo caracterizaria violação ao art. 22, inciso I, que permite apenas à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Direito Penal. De mais a mais, também haveria a violação à garantia da *lex populi*, consectário lógico do princípio democrático, do valor dos direitos fundamentais e do sentido liberal e garantista do estado de Direito, por força do qual o monopólio normativo, no âmbito das escolhas criminalizantes ou penalizantes, ou seja, do Direito Penal

incriminador), recai apenas sobre o Poder Legislativo, porque lei ('penal') é o que o povo manda e constitui (*lex est quod populus jubet atque constituit*). (Lima, 2016, p. 697).

A colisão aparente entre as normas penais em branco heterogêneas e o princípio da legalidade se dá em razão da incompletude da lei penal em si. A falta de determinação precisa de alguns elementos da infração penal levanta questionamentos sobre a adequação dessas normas ao requisito de clareza e previsibilidade estabelecido pelo princípio da legalidade.

Entretanto, a compatibilidade entre as normas penais em branco heterogêneas e o princípio da legalidade pode ser estabelecida mediante a observância de certos limites e critérios de validade. Primeiramente, é fundamental que a norma penal em branco heterogênea esteja expressamente prevista na lei em sentido estrito, garantindo-se, assim, a devida publicidade e acessibilidade às normas incriminadoras.

Além disso, é necessário que os elementos normativos integrantes da norma penal em branco heterogênea estejam suficientemente determinados e disponíveis, evitando-se qualquer grau de discricionariedade excessiva na sua aplicação. A lei que fornece os elementos complementares deve estabelecer critérios objetivos e claros para sua identificação e aplicação.

O princípio da legalidade, embasado na necessidade de proteção dos direitos individuais e da previsibilidade das ações estatais, constitui um alicerce essencial do direito penal. A discussão acerca da compatibilidade das normas penais em branco heterogêneas com esse princípio demonstra a constante busca por um equilíbrio entre a flexibilidade normativa e a segurança jurídica.

Nesse sentido, prelecionam Cássio Passanezi e Luiz Nunes (2021):

Não há como não se reconhecer uma inconstitucionalidade formal nos estatutos normativos penais que tipifiquem condutas criminosas mediante a utilização de complementos oriundos de atos normativos infralegais, notadamente atos administrativos de natureza discricionária, uma vez que em flagrante violação ao regime democrático reproduzido na legalidade penal.

Na mesma linha subjetiva, Cássio Passanezi e Luiz Nunes (2021) afirmam:

Tomando por base o princípio da convivência das liberdades públicas, que determina serem os próprios direitos fundamentais relativos, admitindo, portanto, sua excepcional mitigação, quando necessária a preservação de outros direitos fundamentais, mostra-se admissível a adoção do princípio da interpretação conforme aos preceitos das normas penais em branco, como corolário dos princípios da unidade da Constituição e da sua máxima efetividade.

Ao adotar critérios de validade claros e limites bem definidos para a utilização de normas penais em branco heterogêneas, é possível conciliar a complexidade das regulamentações administrativas com os princípios fundamentais do sistema penal, assegurando, assim, a harmonização entre a necessidade de regulamentação e a proteção dos direitos individuais.

A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA PENAL

Em consideração ao postulado da intervenção mínima, princípio diretriz que embasa e justifica a ação do Estado no âmbito penal, a Constituição Federal incorpora o princípio da legalidade em seu artigo 5º, parágrafo XXXIX.

Dentro do âmbito desse princípio, somente por meio de lei entendida em seu sentido estrito é que se validam a definição de crimes e o estabelecimento de condutas que acarretam a imposição de uma sanção penal, o que requer a deliberação e avaliação de possíveis alternativas em relação a essa prática, quando esta é executada mediante as normas penais em branco heterogêneas.

Ferrajoli divide o princípio da legalidade em duas perspectivas, a saber: princípio da legalidade abrangente e princípio da legalidade restrita.

A legalidade abrangente é definida como "uma norma de alocação do poder penal que instrui o juiz a determinar como delito o que está reservado ao legislador predefinir como tal" (Ferrajoli, 2010, p. 348). O princípio da legalidade estrita, por outro lado, opera como uma norma metajurídica para a construção da linguagem penal, que exige que o legislador utilize termos de extensão específica na formulação das infrações penais, a fim de permitir a sua aplicação no contexto jurídico como elementos "verdadeiros" dos fatos devidamente comprovados no processo (Ferrajoli, 2010, p. 348).

Ainda assim, é possível afirmar que a primeira aborda o magistrado na qualidade de executor da legislação; já a segunda dirige-se ao legislador, que deve fundamentar seu poder de criação de leis de acordo com a perspectiva garantista

Na busca por aquilo que é denominado como garantia da certeza do ordenamento penal, relacionam-se com o princípio da legalidade duas salvaguardas: a não retroatividade das leis penais e a vedação da aplicação da analogia em norma penal. O primeiro está ligado à ampla legalidade, isto é, a legislação penal deve ser aplicada para situações futuras, não podendo ser empregado para condutas anteriores à sua entrada em vigor e validade, sendo uma decorrência da mera (ou ampla) legalidade – nenhum crime sem lei penal prévia.

Entretanto, é consensual na literatura especializada que a retroatividade da lei não transgride a estrita legalidade, desde que não cause prejuízo ao acusado no âmbito do processo penal, ou seja, deve ser favorável ao réu. Por conseguinte, como regra geral, considera-se proibida a utilização da analogia no direito; contudo, existe uma exceção se esta resultar em benefício para o acusado, com uma permissão sob perspectiva garantista.

Dessa forma, no mesmo contexto, observa-se que a técnica de interpretação por extensão não poderia ser empregada em matéria penal caso resultasse em inclusão de comportamentos ao tipo penal ou modificasse seu significado, ou seja, não poderia contrariar a intenção legislativa. Por outro lado, não haveria impedimento ao uso de tal técnica, se esta se destinar a alcançar a extensão máxima da lei. Isto ocorre porque, utilizando-se da interpretação por extensão, o julgador ampliaría o alcance estabelecido na norma a outro objeto ou circunstância similar, desde que este esteja presente na sociedade e seja também acessório, sem perder de vista que o objeto não regulado deve estar inserido no escopo daquele outro indicado na lei.

Conforme será observado a seguir, os tribunais superiores já adotam a interpretação por extensão em suas decisões.

Julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizam a interpretação extensiva em matéria penal

Conforme se segue, será verificado como, em sede de Supremo Tribunal Federal, tem sido aplicada a interpretação extensiva em matéria penal

Aplicação da Lei Maria da Penha às contravenções penais

Curiosa foi a questão referente à aplicação da Lei Maria da Penha em relação às infrações penais menores. Com a promulgação da Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha), buscou-se impor máxima severidade às ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher, constituindo essa lei, portanto, um empecilho aos dispositivos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

O artigo 41 da Lei 11.340/06 proíbe de maneira explícita a utilização da Lei 9.099/95 nos delitos vinculados à violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dessa forma, o artigo 41 da Lei Maria da Penha estabelece de maneira clara que, mesmo nos delitos com penas máximas não excedentes a dois anos, não serão empregados os dispositivos de clemência da Lei 9.099/95 em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A contenda sobre essa proibição chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), que, por sua vez, consolidou posição a favor da constitucionalidade do dispositivo, seja na Ação Direta de Constitucionalidade 19, seja na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, delineando a abrangência da regra, dado que, na ausência de uma lei que trate de alguma exceção ou reserva, comprehende-se que a Lei 9.099/95 está proibida em sua totalidade nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Pela mesma razão, inclusive, a discussão referente à ação penal nos crimes de lesões corporais leves, em que se pleiteava, de maneira excepcional, a aplicação do artigo 88 da Lei 9.099/95 aos casos de violência contra a mulher, chegou ao fim com a decisão do STF no sentido de que a ação penal é pública incondicionada conforme as disposições do Código Penal, sem aplicação do dispositivo do artigo 88 da Lei 9.099/95, exatamente devido ao disposto no artigo 41 da Lei 11.340/06.

Recurso ordinário em habeas corpus: RHC 106481

Além disso, como exemplificação do emprego da técnica de interpretação extensiva pelo STF, podemos citar a decisão emitida ao analisar o recurso ordinário em *habeas corpus*: RHC 106481. Este refere-se a um HC interposto pela Defensoria Pública da União em oposição a um acórdão da quinta turma do STJ, que considerou que estar na posse de acessórios, carcaça ou armação de aparelho telefônico celular configura falta grave e, portanto, interrompeu o período necessário para a progressão do regime prisional. Essa determinação baseou-se na Lei nº 11.466/2007, que adicionou o inciso VII ao artigo 50 da Lei de Execuções Penais.

Nas alegações da DPU, sustentou-se que a decisão do STJ sujeitou o indivíduo a coerção ilegal e contradisse a visão do STF que estabeleceu ser inviável a interpretação extensiva nas situações que resultam em prejuízo ao réu.

Adicionalmente, destacou-se que o inciso VII do artigo 50 da Lei nº 7.210/84 não estipula que a mera posse da carcaça de um aparelho celular constitui falta grave. O voto emitido pela 1^a turma, presidida pela Ministra Cármem Lúcia, considerou que a proibição de possuir um telefone ou dispositivo similar também se aplica à aquisição de acessórios ou partes integrantes desses dispositivos de comunicação. No caso em análise, os acessórios encontrados em posse do indivíduo eram essenciais para o funcionamento do aparelho celular. Portanto, adotar uma interpretação diferente seria contrariar a intenção da lei, que busca restringir com maior rigor a comunicação irregular dos detentos com o exterior. Em outras palavras, se a lei veta o uso de telefones, ela automaticamente veda a posse de suas partes que viabilizam seu funcionamento.

Nessa situação, não se pode alegar que ocorreu violação à reserva legal e à taxatividade, uma vez que a interpretação extensiva utilizada para chegar a essa conclusão não introduz situações inexistentes na norma, mas, ao contrário, mantém-se alinhada com a intenção legislativa. Isso é corroborado pelo fato de que não foi estabelecido um novo tipo penal; o que ocorreu foi uma ampliação adequada do tipo já existente, uma vez que a proibição de portar aparelho celular, por inferência, abrange seus componentes. Isso revela, portanto, a verdadeira intenção do legislador.

Em última análise, em consonância com o entendimento aplicado a esse caso, o recurso foi indeferido e, como consequência da punição imposta ao condenado pela falta grave cometida, ocorreu a perda dos dias remidos, de acordo com o estipulado no artigo 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9.

A criminalização da homofobia

Como mais um exemplo de aplicação extensiva em matéria de direito penal, vê-se o caso no qual o STF considerou a homofobia como sendo um crime equiparado ao de racismo, previsto no art. 20 da lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

É perceptível que o conceito de racismo transcenderia o âmbito da "cor da pele". Isso se justifica como um ato que atinge a dignidade da pessoa humana, que se encontra à margem da sociedade não somente em termos geográficos, mas também em relação à sua posição econômica e social, e mesmo em termos de hegemonia, ou seja, são marginalizados e reduzidos a uma condição marginalizada e, além disso, excluídos da salvaguarda legal. O STF denominou esses indivíduos como um "grupo vulnerável" e, conforme essa definição, a comunidade LGBTQIA+ está inclusa.

Com essa determinação, torna-se evidente, e é importante destacar que não se pode alegar qualquer intenção de eliminar a presença da pessoa de ascendência negra da Constituição Federal. Essa alegação ganha força não apenas devido à ausência de argumentos que a sustentem, mas também porque o STF agiu em total conformidade com o princípio que rege a aplicação da interpretação extensiva: é aceitável quando visa alcançar a intenção máxima da lei, sem, no entanto, introduzir comportamentos previamente inexistentes na norma.

Não foi introduzido nenhum comportamento novo no âmbito do tipo penal referente ao racismo. Em um caso anterior, o então Ministro Nelson Jobim, ao proferir seu voto na análise do HC 82.424-2/RS, corretamente ressaltou que a proteção deve abranger todas as formas de discriminação, incluindo aquelas direcionadas aos indivíduos homossexuais:

[...] nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembleia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano de 2000". (STF, HC 82.424- 2/RS, voto do Ministro Nelson Jobim, p. 2-4).

Tal entendimento em comento não deixa de abranger o negro; muito pelo contrário, protege-o, assim como os demais indivíduos que se encontram em situações de vulnerabilidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, pôde-se constatar que a interpretação extensiva na norma já foi aplicada em diversos precedentes em desfavor do réu, haja vista que não se objetiva dar um novo sentido à norma ou relacioná-la a outra situação, mas acionar um sentido que se verifica implícito na norma penal, a qual conclui pela tutela da vontade da lei, também conhecida por *mens legis*.

Como objeto do presente artigo, temos a elucidação da aparente ambiguidade jurídica existente quando da observação da situação dos cogumelos com potencial psicotrópico na legislação penal brasileira.

O termo "aparente" é acima utilizado, porque, quando se aplica à norma jurídica o verdadeiro sentido da Lei de drogas, qual seja, tutelar a saúde pública, por meio da interpretação extensiva, a "aparente" ambiguidade deixa de existir e a abrangência dos termos psilocibina e psilocina se torna contundente no caso do comércio de cogumelos *in natura* com potencial psicoativo.

Isso porque, como se pôde extrair das supramencionadas colocações cumuladas às informações científicas até o momento disponíveis, não se observa o interesse comercial em outras substâncias presentes nos cogumelos mágicos, que não sejam a psilocibina e a psilocina.

Assim, é notório que a eventual comercialização dos cogumelos com potenciais psicoativos, independentemente da justificativa que dos comerciantes, tem como seu revestimento o mero intuito de promover os compostos psilocibina e psilocina, que são aqueles descritos na lista F2 da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Como já visto anteriormente, no caso em estudo, o princípio da legalidade não colide com a interpretação extensiva, sendo um princípio constitucional em perfeita sintonia com a mencionada interpretação.

Portanto, pode-se concluir que a venda de cogumelos *in natura* se reveste da promoção dos compostos psilocibina e psilocina mencionados na Portaria SVS/MS nº 344 de 12 de maio de 1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, razão pela qual deve-se aplicar a interpretação extensiva da norma penal visando a tutela da *mens legis* da Lei 11.346/06, que é a saúde pública, tendo em vista que o legislador ordinário

conferiu um maior risco às substâncias dispostas na mencionada portaria, em defesa da saúde dos todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Promulga a convenção sobre substâncias psicotrópicas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BRASIL. Resolução de Diretoria Colegiada - RDC n.º 784, de 31 de março de 2023. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 19-DF**. Relator: Marco Aurélio de Mello. Diário de Justiça Eletrônico. 9 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 29 ago. 2023
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424-DF**. Relator: Marco Aurélio de Mello. Diário de Justiça Eletrônico. 9 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 29 ago. 2023
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 106.481 -MS**. Relator: Cármem Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico. 8 fev. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969>. Acesso em 29 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 106.481 -MS**. Relator: Cármem Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico. 8 fev. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969>. Acesso em 29 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2** Relator: Ministro Moreira Alves. Diário de Justiça Eletrônico. 17 set. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052&pgI=221&pgF=225>. Acesso em 29 ago. 2023.
- BRASIL. **SINITOX** - Sistema Nacional de Informações Tóxico-Farmacológicas. Disponível em <https://sinitox.icict.fiocruz.br/dados-nacionais>. Acesso em: 31 maio 2023.
- CALDAS, V. C. **Transgressões fúngicas da episteme**: uma etnografia das narrativas e ressonâncias discursivas sobre cogumelos psicodélicos na ilha de Santa Catarina. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Antropóloga – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2018.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FAVARETTO, Bruno; MARSON, Poliana. **Drogas**: o que sabemos sobre? 1. ed. Curitiba-PR: Appris, 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2010.
- GOMES, M. C.; MUNIZ, T. R.; PAULINO, F. M. P. **Cogumelos alucinógenos**. Acesso em: 15 ago. 2017.
- GOULART, S. L. A política das religiões ayahuasqueiras brasileiras: droga, religião e direitos. **Religião & Sociedade**, v. 39, n. 2, p. 200-221, 2019.

- HASLER, F.; GRIMBERG, U.; BENZ, M. A.; HUBER, T.; VOLLENWEIDER, F. X. Acute psychological and physiological effects of psilocybin in healthy humans: a double-blind, placebo-controlled dose–effect study. *Psychopharmacology*, 172, 145-156, 2004.
- LIMA, M.; Alves, A. H. Uso terapêutico e recreativo dos cogumelos mágicos. *Revista Multidisciplinar em Saúde*, 2020, v. 1, n. 3, p. 91.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. São Paulo: Juspodim, 2018.
- MONTEIRO, J. D. B. **Revolução política e revolução dos costumes**: a construção da geração 68 brasileira – comportamento, sexualidade, gênero e memória. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal Fluminense, 2017. 145p.
- NICHOLS, D. E. Hallucinogens. *Pharmacology & Therapeutics*, v. 101, n. 1, 131-181, 2004.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PEGORARO, C. P.; PEGORARO, L. N. A aplicação do princípio da legalidade em face das normas penais em branco. *Revista de Direito*, Viçosa, MG, 2021.
- RODRIGUES, E.; CARLINI, E. A. **Possíveis efeitos sobre o sistema nervoso central de plantas utilizadas por duas culturas brasileiras (quilombolas e índios)**. Sociedade Médica Brasileira de Fitomedicina, 2003.
- RUCK, C. A.; BIGWOOD, J.; STAPLES, D.; OTT, J.; WASSON, R. G. Entheogens. *Journal of psychedelic drugs*, v. 11, n. 1-2, p. 145-146, 1979.
- SANTOS, Alda Ernestina. Importância histórica, química e farmacológica dos alucinógenos naturais alcaloidais. *Revista Sítio Novo*, v. 5, n. 4, p. 56-67, 2021.
- SANTOS, A. E.; DUARTE, A.; FERREIRA, W. J. Produtos naturais alucinógenos: aspectos históricos, químicos e farmacológicos. *Conecta Fasf*, v. 3, n. 1, 2018.
- SOARES, B. A. O renascimento dos psicodélicos como potenciais agentes psicoterapêuticos: trajetória, avanços recentes e perspectivas. *Revista Brasileira de Psicoterapia*, 2021, v. 23, n. 2, p. 215-241.
- SCHULTS, R. E.; HOFMANN, A. Plantas de los dioses: orígenes del uso de los alucinógenos. *Titivillus & Epublibre*, 1979.
- SCHULTES *et al.*; NICHOLS; WINKELMAN E ROBERTS apud ESCOBAR, J. A. C; ROAZZI, A. Panorama contemporâneo do uso terapêutico de substâncias psicodélicas: ayahuasca e psilocibina. *Neurobiologia*, p. 159-172, 2010.
- STAMETS, Paul. P. Psilocybin mushrooms of the world: an identification guide. *Ten Speed Press*, Berkeley, California, 1996.
- VAN AMSTERDAM, J.; OPPERHUIZEN, A.; VAN DEN BRINK, W. **Harm potential of magic mushroom use: a review**. *Regulatory toxicology and pharmacology*, 59(3), 423-429, 2011.
- WINSTOCK, Adam. **The global drugs survey**, maio 2017, p 1-121. Disponível em: https://www.globaldrugsurvey.com/wp-content/themes/globaldrugsurvey/results/GDS2017_key-findings-report_final.pdf. Acesso em: maio 2023.