

26/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de *cannabis sativa* para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes.

1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (*Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*).

2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão.

3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da

RE 635659 / SP

repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública.

4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

5. O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador.

6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei ("*consumo pessoal*" e "*pequena quantidade*") recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários.

7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006.

8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos

RE 635659 / SP

objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006.

9. Por todo o exposto, fixa-se a seguinte tese de repercussão geral: (i) não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de *advertência sobre os efeitos dela* (art. 28, I) e *medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo* (art. 28, III); (ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; (iii) em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; (iv) nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; (v) a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; (vi) nesses casos, caberá ao delegado de polícia consignar, no auto de prisão em flagrante,

RE 635659 / SP

justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; (vii) na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; (viii) 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.

10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei.

11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido

RE 635659 / SP

dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; e ii) absolver o acusado por atipicidade da conduta, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux. Não votou, no mérito, o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que já havia proferido voto em assentada anterior. Em seguida, por maioria, fixou a seguinte tese: “1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a

RE 635659 / SP

apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. 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". Ficaram vencidos: no item 1 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux; no item 2 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques; no item 3 da tese, o Ministro Luiz Fux; no item 4 da tese, os Ministros Flávio Dino e Luiz Fux; e, nos itens 5 e 7 da tese, o Ministro Luiz Fux. Votou na fixação da tese o Ministro Flávio Dino. Por fim, o Tribunal deliberou, ainda, nos termos do voto do Relator: 1) Determinar ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas – CAPS AD; 2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c)

RE 635659 / SP

repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas; 3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei; 4) Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados no voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro André Mendonça, que já havia proferido voto em assentada anterior. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso.

Brasília, 26 de junho de 2024.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

19/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Estes, segundo fui informado, Senhor Ministro-Relator, defenderão a inconstitucionalidade do artigo impugnado. Pela constitucionalidade, estão inscritos, mas consta que Vossa Excelência, salvo o primeiro, ainda não admitiu os demais. Portanto, defendendo a constitucionalidade...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Havia uma petição da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM, da Associação Brasileira de Estudos de Álcool e outras Drogas - ABEAD, da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, da Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES e da Federação de Amor Exigente - FEAE. É a Petição nº 39.088, em que se pedia também a defesa, na condição de *amicus curiae*, da constitucionalidade.

Embora nós tenhamos jurisprudência em sentido contrário quanto à exigência de que a inscrição se dê até o momento em que se faça a inclusão do processo em pauta, entendi que, tendo em vista, primeiro, a relevância dos requerentes e, também, pelo fato de haver certo equilíbrio aqui, uma vez que somente a ADEPOL tinha se inscrito para a defesa da constitucionalidade da lei, deveria deferir o pedido, submetendo, claro, ao crivo do Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Eu já darei a palavra a Vossa Excelência. Então, já está admitida, e falará pela constitucionalidade, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, representada pelo Dr. Wladimir Sérgio Reale, que está presente.

Ministro-Relator, nós temos aqui - eu não captei na integridade o

RE 635659 / SP

que Vossa Excelência nos transmitiu - inscritos ou que pretendem se inscrever a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E a Associação Brasileira de Estudos de Álcool e outras Drogas - ABEAD; falará o Dr. David Azevedo. Vossa Excelência deferiu?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É uma petição só de todas essas entidades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Essa Central de Articulação das Entidades de Saúde – CADES?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Também. Dra. Roseane Rosolen de Azevedo Ribeiro. E também Federação de Amor Exigente – FEAE?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Dr. Cid de Souza Filho. E, finalmente, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família. Está admitida também. Dr. Paulo Fernando Melo da Costa também pretende falar.

Então Vossa Excelência está com a palavra - uma questão de ordem.

O SENHOR ADVOGADO - Uma questão de ordem, Excelência. Como mencionou o eminente Relator, esta Corte tem o entendimento de que o **amicus curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data**

RE 635659 / SP

em que o Relator liberar o processo para a pauta. Inclusive, na ADI nº 5.240, julgada em 12 de agosto de 2015, esse foi o entendimento perfilado por Vossas Excelências. Eu falo aqui em nome dos **amici curiae** que se habilitaram tempestivamente - a minha instituição, o IBCCrim, se habilitou no ano de 2012. Inclusive, nestas discussões, Vossas Excelências lembraram a razão de ser do **amicus curiae**, que é justamente auxiliar a Corte por meio da entrega de memoriais. Os **amici curiae** que tentam se habilitar neste momento não poderão apresentar nenhum tipo de razões escritas, apesar de poderem fazer a sustentação oral. Parece-me também que aqui o princípio do contraditório está plenamente contemplado nas razões e contrarrazões de recurso. Mas a questão que eu gostaria de levantar diz respeito ao tempo de sustentação oral dos **amici curiae**. Na medida em que há um tempo limitado para que todos façam uso da palavra, a cada novo **amicus** admitido, o tempo dos anteriores é reduzido. Então, eu pondero a Vossas Excelências que haveria um prejuízo para os **amici** que habilitaram tempestivamente, se os **amici** que pedem a sua habilitação intempestivamente forem admitidos.

Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, penso que a regra do Tribunal tem sido a dobra do tempo e a divisão, considerado o polo ocupado pelos terceiros. Não há mesclagem para atribuir-se aqueles que sustentarão a inconstitucionalidade e aqueles que sustentarão a constitucionalidade dividirem o tempo dobrado. A dobra dirá respeito a cada segmento. Eu penso que tem sido assim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Vamos primeiro resolver a questão formulada pelo eminente Relator, a proposta de Sua Excelência, e também a impugnação que já foi feita da Tribuna, no sentido da admissão daqueles *amici curiae* que não se inscreveram até o momento em que foi pautado o processo.

Na última semana, iniciamos uma discussão sobre esse assunto e entendemos, salvo melhor juízo, que essa seria uma matéria a ser revista pelo Plenário, tendo em conta a importância do instituto do *amicus curiae*,

RE 635659 / SP

e, também, salvo engano, excepcionalmente, admitimos, por proposta de um dos Ministros da Casa, enfim, a destempo, pelo menos de acordo com a jurisprudência predominante.

Então eu coloco em votação, neste primeiro momento, se admitimos esses novos *amicus curiae*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, posso fazer só um encaminhamento?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que nós temos uma regra geral; aliás, nós temos duas regras gerais. Uma, é a de que não se admite a habilitação como **amicus curiae** depois de pautado o julgamento. A outra, é que cabe ao Relator dirigir o processo.

De modo que, sem excepcionar a regra geral quanto ao **amicus curiae**, eu penso que se o Relator entendeu de admitir um **amicus curiae**, penso que nós devemos acompanhá-lo nessa decisão. De modo que, sem excepcionar a regra geral, mas me filiando à regra geral de que o Relator conduz o processo, se o Ministro Gilmar entende que, em nome da paridade de forças, convém admitir esse **amicus curiae**, eu gostaria de encaminhar favoravelmente a essa posição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu até observo que, pela inconstitucionalidade, nós temos seis inscritos; e pela constitucionalidade, cinco. De maneira que haveria um certo equilíbrio.

E vejo, também, que há uma proposta, ou pelo menos fui informado, e também coloco isso à ponderação do egrégio Plenário, de que cada grupo - pela constitucionalidade e pela inconstitucionalidade - falaria por trinta minutos. É isso? Está sendo confirmado.

Então, vejo que não há divergência com relação à admissão dos novos *amicus curiae*. Está aprovada a admissão deles.

Quanto aos trinta minutos de cada grupo, todos estão de acordo com essa solução?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Regra

RE 635659 / SP

geral. Claro!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Cada grupo terá trinta minutos. Então Vossas Excelências terão que se acertar no sentido de dividir, o melhor possível, os trinta minutos que lhes foi deferido pela Corte.

Tenho também inscrito para falar, afinal, como *custos legis*, o eminente Procurador-Geral da República, Doutor Rodrigo Janot, que falará, portanto, depois do Doutor Rafael Muneratti e do Doutor Márcio Fernando Elias Rosa. Um, pelo recorrente; outro, pelo recorrido; depois o Ministério Público; na sequência, os *amicus curiae*.

Então esta é a ordem dos trabalhos.

19/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema/SP, em que se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, que define como crime a conduta de quem *“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, com as seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”*

Prevê a norma impugnada, ainda, que se submete às mesmas penas *“quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”* (art. 28, §1º).

No caso em julgamento, o custodiado Francisco Benedito de Souza foi denunciado pela prática do ilícito tipificado no referido artigo porque, em 21 de julho de 2009, agentes penitenciários encontraram em sua cela um pacote contendo 3 gramas de maconha para consumo pessoal.

A ação penal foi julgada procedente, com a condenação do acusado a 2 meses de prestação de serviços, decisão mantida pelo Colégio Recursal.

O recorrente afirma que a criminalização do consumo pessoal de drogas viola o art. 5º, X, da Constituição, o qual prevê que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”*

RE 635659 / SP

Sustenta que tal dispositivo protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não sejam ofensivas a terceiros. Aduz que o porte de drogas para uso pessoal não afronta a saúde pública, mas tão somente a saúde pessoal do usuário. Por isso, alega que o comportamento incriminado “*retrata o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima*” (fl. 155).

A PGR se manifestou pelo não provimento do recurso.

Reconhecida a repercussão geral da matéria, deferi o ingresso no feito dos seguintes *amici curiae*: Viva Rio, Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Conectas Direitos Humanos, Instituto sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, Pastoral Carcerária, Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) e Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL.

É o relatório.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA

ADV.(A/S) : ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila



Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

20/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, como Vossa Excelência já destacou, tivemos, na Sessão de ontem, belíssimas manifestações das partes e dos *amici curiae* que, certamente, contribuíram de forma decisiva para iluminar este tormentoso tema.

20/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

a) Aditamento ao voto (proferido na sessão de 24.8.23)

Cuida-se de recurso extraordinário, pela sistemática da repercussão geral, interposto contra acórdão que manteve a condenação do recorrente pela guarda, para uso pessoal, de três gramas de maconha.

O julgamento do tema iniciou em 19.8.2015, oportunidade em que, após as sustentações orais, encaminhei voto pelo provimento ao recurso extraordinário. Ao mesmo tempo, submeti ao colegiado uma proposta de tese que conciliava a proibição do porte de drogas para uso pessoal – legítima opção política do parlamento – com a necessidade de evitar a estigmatização do usuário, prestigiando os objetivos do sistema nacional de políticas sobre drogas (SISNAD) em relação a esse público vulnerável.

O evento foi objeto de muita desinformação, potencializada pelas disputas ideológicas que orbitam a controvérsia. À medida que os Ministros deliberavam sobre o recurso, grassavam críticas infundadas ao posicionamento do Tribunal, como se a proposta representasse um aceno do Poder Judiciário à liberação das drogas, ou um salvo-conduto para o uso indiscriminado, em vias públicas, dessas substâncias.

Quem diz isso certamente não compreendeu as propostas, ou não acompanhou os votos proferidos no Plenário. Na ocasião, enfatizei o erro da **abordagem criminal** do tema, a partir do tipo penal estabelecido no art. 28 da Lei 11.343/2006 – que inibe a busca de tratamento terapêutico, ao estigmatizar o usuário e os serviços de atenção e reinserção social. Ao mesmo tempo, adverti que “*não há um direito a drogar-se e a permanecer drogado (...)*” bem como que “*há matizes que exigem inclusive intervenção*

RE 635659 / SP

estatal: pessoas que usam a droga e surtam, pessoas que se tornam agressivas e tendem a cometer crimes". Por isso, afirmo que "o Estado não deve ser ausente nessa relação" e que "o argumento da autonomia privada e da autodeterminação não pode significar um direito a usar indiscriminadamente estupefacientes".

Tal ressalva deve ser enfatizada. Neste processo, o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. A conduta é criminalizada a partir de determinação da Constituição (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito substâncias ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia, e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/06, que alcançam 15 anos de prisão. Qualquer avanço em relação à legalização, pura e simples, das drogas se insere no domínio das instâncias legislativas. Esse assunto não é debatido pelo Tribunal.

Não houve, portanto, nenhum aceno do Tribunal em direção à liberação de drogas, nem mesmo qualquer espécie de avanço indevido sobre as competências do Congresso Nacional; cabe aos parlamentares, e a ninguém mais, decidir sobre o **caráter ilícito** do porte de drogas, ainda que para uso próprio. Nestes autos, a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/06, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas na lei (advertência sobre os efeitos das drogas e medida de comparecimento a curso educativo), em procedimento não penal. **A proposta não impede, assim, a apreensão da droga pelos policiais, nem mesmo legaliza o uso de entorpecentes.** Não é disso que se cuida.

O que se pretende é apenas humanizar o tratamento dispensado pelo Estado aos usuários e dependentes, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública. Assim como fez Portugal - um exemplo de sucesso no combate ao consumo de drogas - é necessário conjugar a aplicação de sanções administrativas com o acolhimento do dependente. O Estado deve oferecer-lhe atenção especializada e trabalhar para sua reintegração social, e não afastar o usuário da convivência com seus familiares ou, pior, estigmatizá-lo a partir de rotulagem criminal.

RE 635659 / SP

O julgamento expõe a exata dimensão do problema e oferece uma oportunidade de diálogo entre os Poderes. É necessário conjugar esforços para construir solução multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (i) prevenção ao uso de drogas; (ii) atenção ao usuário dependente, instigando autocuidado e reflexão quanto aos danos causados pelo consumo; e (iii) repressão do tráfico de entorpecentes, focado no combate de facções. Insistir nos mecanismos atuais, por moralismo ou preconceito, é a crônica de um desastre anunciado.

Nesse sentido, rememoro o alcance da proposta que defendi, em agosto de 2015, na qualidade de relator do recurso extraordinário:

“1. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28, caput, dos incisos I e III, e dos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 6º, da Lei 11.343/06. Sustentei, contudo, a possibilidade de aplicação das medidas previstas nos incisos I (*advertência sobre os efeitos das drogas*) e III (*medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*), desde que a incidência da norma não acarrete consequências criminais.

2. Declaração de inconstitucionalidade, com redução de texto, do inciso II e do §5º (*prestação de serviços à comunidade*), do artigo 28 da Lei 11.343/06, tendo em conta tratar-se de sanção tipicamente penal.

3. Atribuição, por dependência lógica, de interpretação conforme ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/06, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei (*posse de drogas para uso pessoal*), o autor do fato será **apenas notificado a comparecer em Juízo**, sendo vedada a instauração de qualquer procedimento penal perante os Juizados Especiais Criminais.

4. Atribuição, por dependência lógica, de interpretação conforme ao art. 50, *caput*, da Lei 11.343/06, no sentido de que, na prisão em flagrante por **tráfico de drogas**, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz competente, momento em que o Ministério Público deveria

RE 635659 / SP

apresentar, para rigoroso escrutínio judicial, indícios suficientes de que o objetivo do agente não era o consumo pessoal.

5. Em relação ao caso concreto, absolvição do acusado, por manifesta atipicidade da conduta.

6. Determinação ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, o Ministério da Justiça, os Tribunais de Justiça e o CNMP, da adoção de medidas necessárias para (i) o cumprimento da decisão pelos órgãos do Poder Judiciário, possibilitando a aplicação das medidas previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar; e (ii) organização, no prazo de 6 meses, de uma rede de atendimento preventivo e de recuperação de dependentes de substâncias entorpecentes, por meio da atuação integrada de serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e de atenção a usuários vulneráveis.”

O **eminente Ministro Edson Fachin**, segundo a votar, acrescentou sólidas contribuições para o debate. Na ocasião, votou no sentido da declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, sem redução de texto, apenas em relação à maconha, mantendo “*a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas*”. Além disso, o Ministro declarava a inconstitucionalidade progressiva da tipificação de condutas relacionadas à droga objeto do presente recurso extraordinário (maconha), permanecendo hígidas as tipificações constantes do título IV da Lei 11.343/06, até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa. Determinava, por fim, aos órgãos do Poder Executivo (SENAD e CNPCP) o estabelecimento, no prazo de 90 dias, de parâmetros objetivos, relacionados à quantidade e à natureza da droga, que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico.

Em seguida, o **eminente Ministro Roberto Barroso** também restringiu o escopo da decisão ao entorpecente tratado nos autos (maconha). Acrescentou, porém, a necessidade de fixação de um parâmetro objetivo para a tipificação do delito de tráfico de drogas, visando a diminuir a discricionariedade judicial e a uniformizar a

RE 635659 / SP

aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou de o juiz ser mais liberal ou mais severo. Nesse sentido, advertindo que o processo diz respeito apenas à descriminalização, e **não à legalização da maconha**, propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral: *“É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores”*.

Dada a complexidade do debate, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do saudoso **Ministro Teori Zavascki**, em 10.9.2015.

A sessão foi retomada em 2.8.2023, com o voto do **eminente Ministro Alexandre de Moraes**, que trouxe substanciais contribuições para o julgamento. Apresentando dados empíricos catalogados pela Associação Brasileira de Jurimetria, a partir do exame de mais de 600.000 ocorrências lavradas entre 2003 e 2017, o voto-vista demonstrou que a ausência de critérios objetivos para a tipificação da traficância produz seletividade penal, fazendo com que *“os jovens, em especial negros (pretos e pardos), analfabetos”* sejam tratados com muito mais rigor do que os *“maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior”*.

Em homenagem ao princípio da isonomia, sustentou a necessidade de critérios objetivos para a tipificação do delito de tráfico, presumindo-se usuário quem *“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo uma faixa fixada entre 25 e 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior”*. Afirmou, contudo, que a presunção seria relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante quando presentes

RE 635659 / SP

sinais característicos de traficância, como a forma de acondicionamento da droga, a diversidade de substâncias, local e circunstâncias do crime e a apreensão simultânea de balança de precisão, caderno de anotações, celulares com contatos de compradores, entre outras características que possam auxiliar na tipificação penal.

Dadas as diferentes compreensões manifestadas em Plenário, reflexo da sensibilidade da matéria, solicitei adiamento da sessão de julgamento para construir uma tese que, na medida do possível, consiga expressar o entendimento do colegiado. Tenho para mim que, ante a complexidade da controvérsia, é recomendável a cooperação entre os membros da Corte para a acomodação das diferentes perspectivas e, se possível, a formação de consensos mínimos em torno do assunto – modelo *per curiam*. Essa técnica pode agregar clareza ao posicionamento do Tribunal, ao mesmo tempo que permitirá que seus integrantes se manifestem por meio de uma voz única, fortalecendo a autoridade do precedente.

E não é só. Considerando que o julgamento se iniciou há mais de sete anos, a passagem do tempo, a evolução da jurisprudência e a aprovação de diversas alterações legislativas, especialmente na legislação processual penal, impõem a realização de ajustes no voto originalmente proferido.

Assim, reafirmando as teses centrais do voto proferido no início do julgamento, farei breves considerações acerca do tema debatido nos autos, valendo-me da vivência adquirida a partir do julgamento de inúmeros casos envolvendo apreensões de pequenas quantidades de droga, muitas vezes desacompanhadas de quaisquer indicativos de envolvimento do réu com organizações criminosas. Nesses casos, a experiência da Corte revela uma amarga realidade de decretação indiscriminada de prisões preventivas, condenações baseadas unicamente no depoimento de policiais e utilização de extremo rigor em desfavor dos estratos mais pobres da população, especialmente jovens com baixa escolaridade, mães de filhos pequenos que são cooptadas por organizações criminosas e moradores de comunidades carentes.

A esse respeito, reportagem recente do jornal *Folha de São Paulo*

RE 635659 / SP

trouxe dados preliminares da pesquisa “*Perfil do processo e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas*”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Os resultados alcançados a partir da análise de 41.000 processos decididos, no âmbito estadual, no primeiro semestre de 2019, são alarmantes, ao indicar **que a maioria dos processados no país é de homens (87%), jovens (72%), negros (67%)**. Os dados apontam ainda que a política de repressão às drogas atinge implacavelmente quem tem baixa escolaridade (75%), com ensino fundamental incompleto, é desempregado ou autônomo (66%) e tem passagem anterior pelo sistema de Justiça (50%) (*Maioria de presos por tráfico de drogas é negra, pobre e sem relação com facções, diz estudo*, Folha de São Paulo, 12.8.2023).

O levantamento aponta que, em **apenas 13% dos processos analisados, há alusão ao envolvimento de facções criminosas** – mesmo que desacompanhada de qualquer tipo de comprovação, o que indica que o número pode estar superestimado. E, pior, que em 80% dos casos, os réus permaneceram presos de forma preventiva durante todo o processo, aprofundando a tragédia que é o sistema carcerário brasileiro. Não por outra razão, afirma o editorial da *Folha de São Paulo* que esses números confirmam “*o que já se intui a partir das práticas judicial e policial: prende-se muito e mal por tráfico de entorpecentes no país*” (*Prende-se muito e mal: Com lei nebulosa, combate às drogas no Brasil não distingue usuário e traficante*, Folha de São Paulo, 14.8.2023, Editorial).

Essas conclusões se ajustam aos dados trazidos no judicioso voto do **Ministro Alexandre de Moraes**. A partir de levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Jurimetria, comprovou-se uma intuição antiga, que há muito aflige o Tribunal: a de que apreensão de quantidades similares de entorpecente pode resultar em diferentes desfechos criminais, a depender de fatores discriminatórios, como a idade, cor da pele e grau de escolaridade do investigado. Esses dados demonstram que a escolha entre a lavratura da prisão em flagrante, por **tráfico de drogas**, ou do termo circunstanciado, pelo **porte de drogas para uso pessoal**, ocorre a partir da discricionariedade dos integrantes do sistema de Justiça, que

RE 635659 / SP

não raras vezes dispensam tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade social.

Esse diagnóstico põe em perspectiva a repetição cotidiana de eventos de grave descumprimento de direitos fundamentais, sintetizados em um estado de coisas que demanda atuação rigorosa do Poder Judiciário. Em situações como essa, o enfoque do Tribunal deve ser a salvaguarda das inviolabilidades pessoais e das garantias constitucionais, sobretudo em se tratando de estratos populacionais que são objeto de constante violência institucional.

Afinal, ante a possibilidade de lesão a direitos básicos dessas pessoas, não é dado ao Supremo Tribunal Federal hesitar diante de abuso de poder cometido por autoridades públicas. Antes, deve agir com o rigor necessário para conter excessos praticados na condução da persecução penal, subtraindo do campo semântico da norma eventuais aplicações ou interpretações que conflitem com o texto constitucional.

Ao defender atuação firme do Poder Judiciário para preservação da integridade do texto constitucional, o emérito Professor **Dieter Grimm** ensina que *“um tribunal constitucional que se esquivava de casos políticos trai a sua missão. Não existe jurisdição constitucional apolítica. Quem não aceita que uma decisão democraticamente adotada submetta-se a exame de constitucionalidade pelo Judiciário, terá que rejeitar a jurisdição constitucional como um todo; e também precisa estar preparado para pagar o preço da irrelevância prática da Constituição para o jogo político. O direito constitucional não se impõe sozinho, e, quando o seu cumprimento é confiado àqueles aos quais ele se dirige, é o Direito que quase sempre fica em desvantagem”* (GRIMM, Dieter. **Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?** In: *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2019).

Em linha com esse objetivo, passo a discorrer sobre as premissas que orientam a realização de ajustes pontuais no voto original, à luz das contribuições oferecidas pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, numa tentativa de identificar fundamentos mutuamente compartilhados em relação ao objeto do recurso.

RE 635659 / SP

I - Restrição da tese de repercussão geral à substância que é objeto do recurso extraordinário

Em relação ao alcance do pronunciamento do Tribunal, os eminentes Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Alexandre de Moraes optaram por limitar a declaração de inconstitucionalidade à droga objeto do recurso extraordinário – a *cannabis sativa*. Cuida-se de orientação diversa da contida em meu voto original, que propunha uma solução mais abrangente para a controvérsia, sem distinção quanto à natureza da substância.

A opção pela maior extensão da declaração de inconstitucionalidade decorria da sistemática de repercussão geral a que está submetido este recurso extraordinário. Isso, a meu ver, recomendaria solução isonômica para os entorpecentes em geral, ao menos sob a ótica da necessidade de humanização do tratamento dispensado aos usuários e dependentes pelo sistema de Justiça. Afinal, do ponto de vista social, outras drogas importam problemas muito mais sérios, fazendo com que pessoas percam seus vínculos familiares e, em situação de abandono, submetam-se a ações repressivas brutais por parte da polícia. O caso da *Cracolândia*, na cidade de São Paulo, demonstra bem a necessidade de mudarmos o enfoque da atuação estatal em relação às drogas, migrando de um regime puramente repressivo para a **prevenção do uso indevido**, associada a **atividades de atenção e reinserção social** de usuários e dependentes.

Não obstante, considerando que o caso concreto tratado no recurso extraordinário envolve especificamente a substância maconha, é razoável a adoção da metodologia defendida pelos eminentes pares. Afinal, como ensinam **Luiz Guilherme Marinoni** e **Daniel Mitidiero**, a formação do precedente pressupõe *“a identificação das razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico, obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema”* (Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 77).

RE 635659 / SP

Dessa forma, ante as particularidades de cada espécie de substância entorpecente – especialmente a maior ou menor capacidade de gerar dependência, a recomendar análise individualizada –, reajusto meu voto para limitar o alcance da tese de repercussão geral em relação à droga tratada no caso concreto (*cannabis sativa*).

II - Parâmetros objetivos para a distinção entre usuário e traficante (art. 28, §2º, da Lei 11.343/06).

Especificamente em relação ao porte de entorpecentes para uso pessoal, há um certo consenso no sentido de que a **ausência de parâmetros objetivos para a distinção entre usuário e traficante** demanda um olhar crítico do Tribunal. Nessa direção, convergem todos os votos proferidos até o momento, com **variações pontuais** quanto ao método mais adequado para reduzir a discricionariedade das autoridades públicas na capitulação do delito.

Ressaltei em meu voto os riscos inerentes à zona cinzenta entre o tráfico de drogas e a posse para consumo pessoal. A diferença entre um e outro enquadramento é decisiva para a pessoa abordada. Ou poderá ser presa, por até quinze anos, ou seguirá livre, com a aplicação de medidas diversas da prisão (art. 28 da Lei 11.343/2006). Não se trata, portanto, de filigrana processual ou de debate de interesse exclusivamente acadêmico.

O estado atual do sistema, caracterizado pela **indeterminação e vagueza** de conceitos jurídicos que podem importar a prisão em flagrante do usuário, é incompatível com a ordem constitucional. Nesse contexto, é papel da jurisdição constitucional conceber salvaguardas institucionais capazes de reduzir a margem de discricionariedade dos agentes públicos na interpretação da lei penal, evitando que a capitulação do delito seja realizada ao capricho da autoridade de turno. Afinal, o bom e correto funcionamento do sistema de Justiça pressupõe a existência de controles aptos a inibir a seletividade penal.

Ao discorrer sobre os limites do poder estatal, **Humberto Ávila** adverte que, nas democracias, incumbe ao legislador assegurar **certeza**,

RE 635659 / SP

cognoscibilidade e racionalidade ao ordenamento jurídico. Por isso, o princípio da segurança jurídica tem como objeto não apenas a norma propriamente dita, tal como editada pelo legislador, mas principalmente sua aplicação uniforme e não arbitrária. Na feliz síntese do autor, *“sem segurança de aplicação a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação. Com a devida licença poética, a segurança que havia entrado pela porta sairia depois pela janela”* (Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 142).

Não por outra razão, **Claus Roxin** afirma que *“uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer”*. As leis vagas e imprecisas, prossegue, *“contrariam o princípio da divisão dos poderes, porque permitem ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”*. (Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Madrid, Civitas, 1997, p. 169).

Levantamento realizado pelo IPEA, já destacado anteriormente, demonstra que, em relação ao usuário de drogas, a vagueza dos conceitos utilizados pelo legislador aprofunda a seletividade do sistema penal. A interpretação dos fatos, com elevada carga de subjetividade, tem invariavelmente conduzido a tratamento mais rigoroso para moradores de comunidades carentes, especialmente negros de baixa escolaridade.

A origem desse problema reside fundamentalmente na porosidade dos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico para a diferenciação entre usuários e traficantes. A esse respeito, a Lei 11.343/06 não apenas **despenalizou o porte de drogas para uso pessoal** – que antes era punido com pena privativa de liberdade de seis meses a dois anos de detenção – como também dispôs que *“para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza, à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”* (art. 28, §2º).

RE 635659 / SP

Pretendeu o legislador, à época, conferir tratamento legal favorecido para o usuário, ao cominar **sanções diversas da prisão** para o delito de posse ou cultivo de drogas para uso pessoal (art. 28, caput, I a III). A ideia era apartar a conduta o **tráfico de drogas**, que repercute negativamente em toda a sociedade, do **porte para uso pessoal**, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do próprio usuário (autolesão).

Não obstante fosse esse o propósito, as disfuncionalidades do sistema de Justiça produziram um descompasso entre a vontade do legislador e o resultado prático da implementação do novo programa normativo. Na realidade, o que se observou foi justamente o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte para uso próprio, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados (“*consumo pessoal*” e “*pequena quantidade*”) provocou o **recrudescimento do tratamento dispensado aos usuários e dependentes de drogas**.

Esse paradoxo foi identificado pelo **Ministro Alexandre de Moraes**, que, a partir de dados empíricos, demonstrou que “*com a descriminalização do porte para uso próprio sem critérios mais objetivos, várias pessoas consideradas antes da alteração legislativa como usuários – e punidos criminalmente, porém com mais leveza – passaram a ser consideradas pela Polícia e Justiça como ‘pequenos traficantes’*. Nesse contexto, “*uma mesma conduta, principalmente com pequenas quantidades de drogas, que era tipificada como ‘porte para uso próprio’ e punida mais levemente antes da alteração da lei (...) passou a ser considerada conduta de traficância, com uma pena bem mais severa*”. A situação é ainda pior porque, como bem destacado pelo eminente Ministro, “*a pena mínima aplicada a pequenos traficantes pela nova lei foi ampliada de três para cinco anos, impossibilitando sua substituição por penas alternativas, que exigem penas mínimas inferiores a quatro anos*”.

Há uma explicação óbvia para o descompasso existente entre o resultado prático da promulgação da lei e a vontade política manifestada pelo Congresso. Ao não fixar parâmetros objetivos para a tipificação do porte para uso pessoal, a legislação permitiu que a condição de usuário fosse arbitrariamente afastada na lavratura do auto de prisão em flagrante, com base em avaliação subjetiva da autoridade policial. Os

RE 635659 / SP

resultados são desastrosos, pois, como comprova o levantamento realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria, os moradores de comunidades carentes, especialmente os negros, jovens e de baixa escolaridade, acabam sendo tratados com muito mais rigor do que os investigados brancos, maiores de 30 anos e portadores de ensino superior.

A ausência de critérios seguros dá margem à utilização da ampla discricionariedade dos agentes responsáveis pela abordagem policial. E não é só. Em Juízo, a avaliação dos policiais costuma ser referendada pelo Ministério Público e pelo Judiciário, numa espiral que produz injustiça, racismo estrutural e encarceramento em massa.

Essas conclusões são corroboradas por levantamento realizado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro a partir de 730 sentenças proferidas entre outubro de 2006 e maio de 2008, envolvendo casos de tráfico de drogas (*Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*). Os dados apontam que aproximadamente 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequenas quantidades de droga (Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil).

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí em diante, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se censura é **deixar ao talante desses agentes** a definição de quem será preso como traficante ou terá sua liberdade preservada na qualidade de simples usuário, a partir de critérios subjetivos que podem ser manejados ao sabor da autoridade de turno.

Tais premissas indicam o acerto das posições sustentadas pelos **Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes**, no sentido da

RE 635659 / SP

necessidade de assinalarmos, desde já, parâmetros que sirvam de referência para a classificação da conduta ilícita. Assim, entendo que é o caso de ajustar, no ponto, o voto proferido em 2015 para incorporar a necessidade de estabelecimento de balizas para a distinção entre o usuário e o traficante, reduzindo a discricionariedade dos agentes públicos na classificação da conduta.

Existem abordagens diferentes para esse problema. O quantitativo inicialmente defendido pelo **Ministro Alexandre de Moraes**, de até 60 gramas de *cannabis sativa*, está respaldado por estudo da Associação Brasileira de Jurimetria, com base em dados dos Registros Digitais de Ocorrência (RDO) da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (SSP/SP) – abrangendo mais de 600.000 ocorrências entre 2003 e 2017, além de 556.613 apreensões distintas e 2.626.802 pessoas envolvidas.

O levantamento demonstra que, na prática, um **homem branco, maior de 30 anos e com nível superior completo** tende a ser qualificado como usuário pelas autoridades policiais caso a quantidade apreendida de maconha seja **inferior a 60 gramas**. Já em relação a grupos vulneráveis, o limite observado pelas autoridades policiais costuma ser mais rigoroso, especialmente em se tratando de **analfabetos (32,275 gramas), jovens (23,90 gramas) e pretos e pardos**.

Considerando tais premissas, o eminente Ministro Alexandre de Moraes propôs estender aos demais cidadãos os mesmos critérios que já são aplicados pelos policiais em relação ao grupo sociocultural formado por maiores de 30 anos, brancos, com ensino superior. A solução atende não só ao postulado da isonomia, mas também possui a vantagem de atentar para a realidade sociocultural brasileira.

Outra solução a ser considerada é o parâmetro de 25 gramas de *cannabis sativa*, adotado pela lei de Portugal. Nesse país, há mais de duas décadas, descriminalizou-se o porte de drogas para consumo pessoal, presumindo-se não se tratar de tráfico a posse de “*quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias*”. Para a *cannabis sativa*, isso equivale a 25 gramas da substância (art. 2º da Lei 30, de 29 de novembro de 2000).

RE 635659 / SP

Trata-se de política pública baseada em evidências que alcançou excelentes resultados práticos, permitindo enfrentamento racional desse grave problema social. Em termos práticos, quem é abordado pelas forças de segurança, adquirindo, portando ou consumindo substâncias ilícitas em quantidades inferiores ao limite fixado na lei, é levado a uma comissão para a dissuasão da toxicodependência (CDT), formada por equipes multidisciplinares preparadas para ouvir os usuários, avaliar a gravidade da situação e aplicar medidas administrativas, como o encaminhamento para serviço de apoio especializado, prestação de serviços comunitários e pagamento de multa. Simultaneamente, a autoridade apreende as substâncias encontradas em posse do consumidor, que são perdidas em favor do Estado, elaborando-se um auto de ocorrência, que é distribuído para a CDT competente (art. 4º).

A legislação portuguesa, além de reduzir a discricionariedade dos policiais, se alinha ao que existe de melhor em termos de política de drogas, e adota um modelo que já foi testado e trouxe bons resultados, entre eles a diminuição do consumo de drogas entre os jovens com idades entre 15 e 19 anos e o aumento do número de usuários que procuram tratamento médico especializado.

Em entrevista ao Diário de Notícias de Portugal, edição de 25.4.2011, o ex-presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT), João Goulão, fez um balanço muito positivo da legislação em vigor desde 1º de julho de 2001, afirmando que *“hoje temos 40 mil toxicodependentes em tratamento, em todo o país. É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nessa área, há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem deviam seu nome completo aos técnicos”*. Disse ainda que, das pessoas em tratamento, cerca de 10% são usuários de *cannabis sativa*. E complementa: *“Antes da descriminalização do consumo não tínhamos consumidores de cannabis em tratamento. Agora, quando confrontados pelos técnicos das comissões, acabam por perceber que fumar cannabis tem consequências para a saúde e aceitam o tratamento”*.

Outra fórmula é a do Uruguai. O país, que há anos regulamentou a produção e o uso de *cannabis*, encara como usuário – e não traficante –

RE 635659 / SP

quem porta **até 40 gramas da substância** (Lei 19.172, de 10 de dezembro de 2013). Tal parâmetro, que já foi suficientemente testado no país vizinho, foi considerado pela maioria do Plenário como o mais adequado para a realidade brasileira. Reajusto meu voto, também nesse ponto, para contemplar o entendimento do colegiado. Por óbvio, cuida-se de **solução provisória**, que orientará a atuação das autoridades **até que o parlamento exerça sua legítima competência de dispor sobre a matéria**.

Subjacente ao critério quantitativo, é pertinente a ressalva feita pelo Ministro Alexandre de Moraes sobre a possibilidade da sua flexibilização em determinadas situações. Dadas as singularidades da legislação brasileira, é certo que, entre nós, a adoção de um limite **não** pode representar uma presunção absoluta de porte para consumo próprio. Considerando que o art. 28, §2º, estabelece uma multiplicidade de critérios que devem ser utilizados para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, a adoção de um parâmetro quantitativo constitui apenas uma referência para a análise das autoridades públicas - um ponto de partida para a tipificação da conduta. A ideia é estabelecer uma **presunção relativa** que não afasta a utilidade dos demais critérios do art. 28, §2º, da Lei 11.343/06, **desde que, naturalmente, se refiram a elementos objetivos reunidos pelos investigadores**.

Não há obstáculo, como pontuou o **Ministro Alexandre de Moraes**, para a decretação da prisão em flagrante quando a autoridade policial identificar elementos indicativos de tráfico de drogas, como, por exemplo, a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias, a apreensão simultânea de instrumentos como balança de precisão, registros contábeis de vendas, aparelhos celulares com contatos de compradores. Tais elementos, isolados, não bastam para afastar a condição de usuário, mas, quando conjugados com outros sinais característicos do crime tipificado no art. 33 da Lei de Drogas, funcionam como balizas para uma decisão fundamentada da autoridade policial.

Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, as justificativas para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, **sendo vedada a alusão a critérios subjetivos**

RE 635659 / SP**arbitrários.**

Há mais. Por não se tratar de um critério único, absoluto e definitivo, não há qualquer impedimento para que o magistrado, na audiência de custódia ou no curso da ação penal, se convença de que o acusado não é traficante, mesmo quando a quantidade apreendida exceder o limite ora aventado.

Bem vistas as coisas, nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, **a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a decisão do legislador** - ao evitar que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/06. A proposta serve fundamentalmente para inibir a utilização de fatores discriminatórios por agentes públicos que, manipulando a polissemia dos critérios aludidos no art. 28, §2º, **imputam o crime de tráfico de drogas a pessoas que, por opção política do legislador, deveriam ser tratadas como usuários de drogas.**

Por essas razões, incorporo ao voto o parâmetro definido pelo colegiado (**posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas**), sem prejuízo do afastamento dessa presunção por **decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia.** A solução vale até que o Parlamento legisle sobre a matéria, concebendo mecanismos institucionais capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/06.

III – Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, da natureza penal das sanções estabelecidas no art. 28 da Lei de Drogas.

Quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, há, até o momento, um certo consenso de que o estado atual do sistema afronta o postulado constitucional da proporcionalidade, ao rotular como criminoso quem adquire pequenas quantidades de droga, **para uso próprio.**

Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre

RE 635659 / SP

a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário (autolesão), sem repercussões concretas sobre a sociedade como um todo. A experiência da Corte nos confronta com diversos exemplos de excesso estatal, pois não são raros os casos de pessoas condenadas criminalmente pela posse, para uso próprio, de pequenas quantidades de droga. Há fundadas dúvidas se essa é uma solução constitucionalmente adequada para a situação dos dependentes de drogas, que são rotulados como criminosos e, por consequência, afastados das políticas de prevenção ao uso indevido, atenção à saúde e de reinserção social – pilares estruturantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Título II da Lei 11.343/06).

Tenho para mim que é preciso deixar de insistir na abordagem puramente repressiva do tema e demonstrar um mínimo de empatia com um contingente populacional que demanda atenção especializada, engajando os usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado que lhes possibilite, fundamentalmente, compreender os graves danos causados pelo uso abusivo de substâncias entorpecentes. Simultaneamente, também é necessário focar na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão focados em crianças e adolescentes, tornando-os menos suscetíveis ao consumo de drogas.

Na feliz síntese do **Ministro Roberto Barroso**, *“O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos”*.

Os apontamentos realizados por Sua Excelência são compatíveis com as preocupações que externei em meu voto, ainda em 2015, ao reconhecer que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal tem sido objeto de acirradas discussões, caracterizadas por uma exacerbada polarização

RE 635659 / SP

entre proibição e legalização. Desvia-se, com isso, de questões essenciais ao debate, conduzindo-se à irracionalidade que permeia o regime atual de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A despeito dos preconceitos que orbitam o tema, é certo que o propósito central de qualquer política moderna de enfrentamento às drogas deve ser a mitigação das consequências negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais. A essa prática os especialistas atribuem a denominação de *política de redução de danos e de prevenção de riscos*.

Nesse sentido, subjacente ao controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, defendi o **deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública**, conjugando-se processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e **não a legalização pura e simples de determinadas drogas**, como ocorreu em alguns estados americanos.

As razões que me conduziram a essa conclusão decorrem da constatação de que a **natureza penal** das sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/06 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

Há, sem dúvida, limites, explícitos e implícitos, que devem ser observados pelo legislador na edição de normas penais incriminadoras. Reporto-me especialmente à parcimônia e ao comedimento que devem balizar a formatação de tipos penais que, por interferirem intensamente na esfera de direitos do cidadão, somente se legitimam quando forem necessários para prevenção de ataques a bens jurídicos importantes. Quanto ao tema, **Luiz Regis Prado** ensina que, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o *Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa*. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais (Tratado de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 177).

RE 635659 / SP

É justamente o caso dos autos. No voto proferido em 2015, expliquei a delicada relação existente entre os delitos de perigo abstrato – caso do art. 28 da Lei 11.343/06 – e os princípios constitucionais da lesividade e proporcionalidade. Por isso, reconheci que a atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve ser acompanhada por um olhar crítico do Judiciário, atento à necessidade de prevenir agressões ao texto constitucional.

Nessa linha, defendi que a tipificação penal do art. 28 da Lei 11.343/06 afronta o postulado da proporcionalidade, por se tratar de (i) conduta cuja lesividade se restringe à esfera pessoal do próprio usuário; e (ii) um crime de perigo abstrato que produz crescente estigmatização, ofuscando os principais objetivos do sistema nacional de políticas de drogas, quais sejam, a política de redução de danos e a prevenção do uso abusivo de drogas.

Mas vou além, reconhecendo que a retomada deste importante julgamento inaugura oportunidade de articulação direta entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para aprimorarem o marco regulatório do setor. Afinal, o enfrentamento eficaz do consumo de drogas pressupõe cooperação transversal entre as instituições estatais, visando à produção de políticas públicas focadas nas especificidades de grupos vulneráveis, que priorizem a dissuasão contra o consumo e o acolhimento de usuários dependentes por equipes interdisciplinares.

Para efetivar esses objetivos, não basta boa vontade. É necessário planejamento, organização e de investimento público. Por isso, o Tribunal deve realizar um apelo ao Executivo e ao Legislativo para que assegurem dotações orçamentárias suficientes para a execução dessas medidas, em especial os programas de esclarecimento sobre os malefícios do consumo de drogas, enfatizados no substancial voto do eminente Ministro Dias Toffoli.

A Lei 7.560, de 19 de dezembro de 1986, instituiu e disciplinou o Fundo Nacional Antidrogas – Funad, abastecido com recursos oriundos de dotações específicas do orçamento da União; doações de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras e de pessoas físicas

RE 635659 / SP

e jurídicas; recursos oriundos do perdimento em favor da União de bens, direitos e valores objeto do crime de tráfico de drogas; rendimento de qualquer natureza decorrentes da aplicação do patrimônio do Funad; entre outras fontes. Segundo dados do Ministério da Justiça, apenas em 2023 o Funad arrecadou 298 milhões de reais.

Os recursos do fundo são geridos pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), do Ministério da Justiça, e são destinados a programas de formação na área de educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão e fiscalização do uso e tráfico de drogas; programas de educação técnico-científica preventiva sobre o uso de drogas; programas de esclarecimento ao público, incluídas campanhas educativas; a organizações que desenvolvem atividades de tratamento e recuperação de usuários de entorpecentes; entre outras finalidades. São atividades que devem ser fomentadas pelo Estado, lado a lado com o trabalho, também importante, das forças policiais.

Existem, no entanto, barreiras burocráticas que são impostas ao efetivo emprego desses recursos em ações concretas. O mesmo fenômeno já foi identificado e debatido na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, em que esta Corte determinou que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) e proibiu o contingenciamento desses recursos, para mitigar o quadro de superlotação e as condições degradantes do sistema penitenciário. Aqui também, é necessário que o Tribunal diligencie para assegurar que os recursos do Funad sejam **integralmente** utilizados nas finalidades previstas na Lei 7.560/86, sob a administração da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), inclusive o superavit financeiro apurado anualmente.

É certo que a presente tese de repercussão geral não pode ser tratada como uma panaceia. Também não existe uma solução simples, nem única, para o combate à circulação de drogas no território nacional, sobretudo em uma nação com dimensões continentais e extensa faixa de fronteira.

Porém, há consenso de que as atuais estratégias não têm obtido sucesso na redução dos índices de criminalidade. O expressivo aumento da população carcerária – atualmente de 832.295 presos, segundo dados

RE 635659 / SP

publicados no 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública – não se fez acompanhar de bons resultados no combate ao crime organizado. A sensação de insegurança nunca esteve tão presente, e as facções criminosas expandem seus domínios territoriais, especialmente sobre as periferias das grandes cidades, espraiando violência pelo país.

Ao mesmo tempo, o usuário é tratado como um criminoso, um marginal, uma pessoa que oferece risco para a sociedade. Essa estigmatização, potencializada pela formação de antecedentes criminais, estampa uma marca indelével em sua vida. Assim, não bastassem os efeitos nocivos causados pelo uso abusivo de narcóticos, a inserção do usuário no sistema de justiça criminal importa exclusão social, redução de habilidades e potencialidades individuais e o distanciamento do mercado de trabalho formal. E, pior, ofusca a perspectiva da saúde pública que, no caso do usuário, deveria preponderar sobre a abordagem criminal.

Diante desses problemas, entendo ser o caso de realizar um **apelo aos Poderes Legislativo e Executivo**, para que aprimorem as políticas públicas sobre tratamento do usuário de drogas, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a **interdependência** e o **caráter complementar** das atividades de (i) **prevenção ao uso de drogas**; (ii) **atenção especializada e reinserção social de usuários dependentes**; e (iii) **repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas ilícitas**.

Registro que existem propostas de elevada qualidade à disposição do parlamento, como o anteprojeto da comissão de juristas encarregada da atualização da Lei de Entorpecentes, apresentado em 7 de fevereiro de 2019. Criado pelo então Presidente da Câmara do Deputados, Rodrigo Maia, o colegiado convocou inúmeros especialistas para debater a atual política brasileira sobre drogas, com o objetivo de alcançar uma posição de equilíbrio sobre o tema.

O texto final parte do pressuposto de que o enfrentamento desse drama social pressupõe tratamento adequado para usuários de pequenas quantidades de entorpecente, prevenção ao uso abusivo de drogas e

RE 635659 / SP

intensificação da repressão ao tráfico ilícito. Decerto o texto merece debate entre os parlamentares, mas constitui um bom ponto de partida para a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados, onde poderá ser discutido e aprimorado com o objetivo de modernizar a atual Lei de Drogas.

IV – Voto

Ante o exposto, ressaltando a importância do diálogo no Plenário, reajusto o voto para restringi-lo a apreensões da substância tratada neste recurso extraordinário (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros sugeridos pelos eminentes pares, presumindo como usuário quem estiver em posse de até 40 gramas de maconha ou 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo da relativização da presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, a partir de elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia.

Em linha com esses ajustes, voto no sentido de **dar provimento ao recurso extraordinário**, absolvendo o réu por atipicidade da conduta, e proponho a seguinte tese de repercussão geral:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de *advertência sobre os efeitos dela* (art. 28, I) e *medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo* (art. 28, III).

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta.

3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ

RE 635659 / SP

delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença.

4. Nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito.

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes.

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários.

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio.

8. 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.

Voto, ainda, no sentido de determinar ao CNJ, em articulação direta com o **Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP**, a adoção de medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento

RE 635659 / SP

de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas – CAPS AD.

Faço, ainda, um **apelo aos Poderes Legislativo e Executivo** para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas.

Para isso, conclamo os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei.

Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União **deverá liberar** o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e **se abster de contingenciar** os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

Por fim, considerando a realidade descrita pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, a indicar diversos casos de tratamento desigual em

RE 635659 / SP

abordagens policiais relacionadas ao porte de drogas, voto no sentido de **determinar** que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados neste voto.

É como voto.

b) Voto originalmente apresentado na sessão de 20.8.2015 (superado pelo reajuste realizado em 2023).

Muito embora o voto apresentado em 20.8.2015 esteja superado pelo reajuste feito ao final do julgamento, transcrevo seu inteiro teor para fins de registro histórico.

Inteiro teor do voto original

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que define como crime “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, com sujeição às seguintes penas: “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Prevê a norma impugnada, ainda, que se submete às mesmas medidas “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.” (art. 28, §1º).

Afirma o recorrente que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

RE 635659 / SP

Sustenta, em síntese, que o dispositivo constitucional em destaque protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não ofensivas a terceiros. Decorreria dessa proteção, portanto, que determinado fato, para que possa ser definido como crime, há de lesionar bens jurídicos alheios.

Sublinha, ademais, que as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada.

Em resposta ao recurso, argumenta o Ministério Público, em resumo, que, ao contrário do que alega o recorrente, o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise é a saúde pública, visto que a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social.

Cabe observar que não é a primeira vez que o dispositivo impugnado é trazido a julgamento pelo Plenário desta Corte. Em virtude de não constar, entre as sanções previstas para as referidas condutas, pena privativa de liberdade, levantou-se Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, relativa à eventual extinção da punibilidade do fato.

Assentou a Corte, naquela oportunidade, contudo, que a supressão da pena privativa de liberdade para as condutas relacionadas à posse de drogas para uso pessoal não desfigura a natureza penal das condutas ali tipificadas, conforme ementa a seguir transcrita:

“I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção

RE 635659 / SP

pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO/RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ 27.4.2007)".

No caso agora em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

Feitos esses esclarecimentos, prossigo no exame do recurso.

1. Controle de constitucionalidade de normas penais: parâmetros e limites.

RE 635659 / SP

O tema em debate traz a lume contraposições acerca da proteção a direitos fundamentais. De um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada. Nessa perspectiva, cabe examinar, como premissa de julgamento da norma impugnada, os parâmetros e limites do controle de constitucionalidade de leis penais, em especial daquelas cujo perfil protetivo tenha por finalidade a contenção de riscos, abstratamente considerados, a bens jurídicos fundamentais.

A Constituição de 1988 contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um amplo elenco de condutas, conforme se observa nos seguintes incisos do art. 5º: *“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”*.

No mesmo sentido, o art. 7º, inciso X, ao assegurar, em favor dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção do salário na forma da lei, estabelece, expressamente, que *“constitui crime sua retenção dolosa”*. De igual modo, prevê o art. 227, § 4º, que *“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”* Da mesma forma, estabelece o art. 225, § 3º, que *“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”*

É possível identificar, em todas essas normas, um mandado de criminalização dirigido ao legislador, tendo em conta os bens e valores objeto de proteção.

RE 635659 / SP

Em verdade, tais disposições traduzem importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros.

Os direitos fundamentais não podem, portanto, ser considerados apenas como proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de CANARIS, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), como, também, uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS 1989, p. 161 (163).

Sob esse ângulo, é fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Nessa linha, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador.

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de

RE 635659 / SP

criminalização expressos de que se tem notícia.

Por outro lado, além dos mandados expressos de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal.

Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo.

A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como, igualmente, a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

De um lado, a exigência de que as medidas interventivas se mostrem adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos. De outra, o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso seja igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.

Com isso, abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal. Nesse campo, o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua

RE 635659 / SP

margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

Nessa linha, é possível identificar, a partir da jurisprudência sedimentada pela Corte Constitucional alemã, três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais dos quais também podem extrair importantes balizas no controle da constitucionalidade de leis penais.

No famoso caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 BVerfGE 50, 290), a Corte Constitucional distinguiu os seguintes graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental.

O Tribunal deixou ressaltado, contudo, que *“a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da Grundgesetz”* (BVerfGE 50, 290).

Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo.

Desse modo, a Corte Constitucional alemã fixou o entendimento no sentido de que a admissão de uma Reclamação constitucional pressupõe a demonstração, *“de maneira concludente, de que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as*

RE 635659 / SP

regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção.”

Assim, o controle de evidência em matéria penal haverá de ser exercido com cautela, de forma a não malferir a ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida ao legislador. Nesse sentido, uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve fundamentar-se em inequívoca inidoneidade das medidas adotadas em face dos bens jurídicos objeto da proteção penal.

No segundo nível, o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis (*BVerfGE* 50, 290).

No caso *Mühlenstrukturgesetz* (*BVerfGE* 39, 210), o Tribunal assentou esse entendimento nos seguintes termos:

“O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [*BVerfGE* 25, 1 (17); 38, 61 (87)]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [BVerfGE 25, 1 (12 s.)]”.

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou,

RE 635659 / SP

diligentemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma. Enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de maneira sustentável.

No âmbito desse denominado controle de justificabilidade (ou de sustentabilidade), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.868/99.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle de normas, não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, portanto, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada.

No terceiro nível, o controle material de intensidade aplica-se às intervenções legislativas que, a exemplo das leis penais, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal.

Assim, quando estiver evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então,

RE 635659 / SP

fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Esse terceiro nível de controle foi explicitado pela Corte Constitucional alemã na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. O Tribunal assim fixou seu entendimento:

“As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no último degrau (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um degrau anterior”.

A Corte reconheceu, nesse caso, a difícil legitimação de um controle de constitucionalidade a esse nível, visto que isso demandaria um amplo conhecimento de todas as relações sociais a serem ordenadas, como, também, de todas as possibilidades da legislação.

É com base nessa concepção que pretendem, por vezes, limitar a competência da Corte Constitucional, sob o argumento de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador e, com isso, afrontaria a divisão de poderes.

Sobre o ponto, a Corte assim se manifestou:

“Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos

RE 635659 / SP

fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. (...). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse inexoravelmente obrigatória. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os meios igualmente adequados, que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentemente escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida”.

Nesse terceiro nível, o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros

RE 635659 / SP

bens jurídicos igualmente relevantes.

O controle, aqui, há de ser mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação realizada pelo legislador. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar, dessa forma, do possível equilíbrio entre o significado da intervenção e os objetivos perseguidos (proporcionalidade em sentido estrito).

2. Considerações sobre os crimes de perigo abstrato

A partir da perspectiva aqui delineada, e tendo em conta que o principal argumento em favor da criminalização de condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas assenta-se no dano em potencial que essas condutas irradiam na sociedade, colocando em risco a saúde e a segurança públicas, é importante que se considerem algumas nuances dos denominados crimes de perigo abstrato.

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico.

Nessa espécie de delito, o legislador não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental.

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer.

O legislador formula, dessa forma, uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará

RE 635659 / SP

consumado com a mera conduta descrita na lei penal.

A definição de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador. A tipificação de condutas que geram perigo abstrato acaba se mostrando, muitas vezes, como alternativa eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo, como o meio ambiente, a saúde pública - o que permite ao legislador optar por um direito penal nitidamente preventivo.

Portanto, pode o legislador, dentro de suas margens de avaliação e de decisão, definir as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de bens jurídicos dessa natureza.

Por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o da proporcionalidade. A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade.

Nesse sentido, relembro, aqui, dois precedentes desta Suprema Corte em que condutas tipificadas como crimes de perigo abstrato foram valoradas sob o enfoque do princípio da proporcionalidade.

No RE 583.523, com repercussão geral, de minha relatoria (j. 13.10.2013, Tribunal Pleno), em que declarada, por unanimidade, a inconstitucionalidade da criminalização da posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25, do Decreto-Lei n. 3.688/1941), ressaltei em meu voto que a norma não se mostrava adequada, porque não protegia de maneira ótima o direito fundamental ao patrimônio e à incolumidade pública, na medida em que se restringia, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo (vadio ou mendigo, ou reincidente em crime de furto ou roubo, ou sujeito à liberdade vigiada).

Também assentei que a criminalização da conduta não se mostrava necessária, porque poderia ser suprida por medidas alternativas que favorecessem, ainda mais, a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu resguardar. Por fim, acentuei que a contravenção penal violava o

RE 635659 / SP

princípio da proporcionalidade em sentido estrito, visto que a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas, segundo critérios discriminatórios, mostrava-se inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Na ADI 3112/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (j. 2.5.2007, Tribunal Pleno), na qual se alegou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2013), restou assentado, após juízo de ponderação com base no princípio da proporcionalidade, que a proibição de fiança para os delitos de "*porte ilegal de arma de fogo de uso permitido*" e de "*disparo de arma de fogo*" mostrava-se desarrazoada, por se tratar de crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

Por outro lado, entendeu a Corte que a identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, cuidava-se de medida que não se mostrava irrazoável.

Nos dois precedentes, diante das circunstâncias específicas do caso concreto trazido a julgamento, coube à Corte aferir o grau potencial de lesão aos bens jurídicos que se buscou tutelar por meio do direito penal.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, fundado no princípio da proporcionalidade.

Antes, contudo, de adentrar o exame da norma impugnada, cabem, aqui, algumas considerações acerca do diversificado leque de políticas regulatórias em relação à posse de drogas para uso pessoal.

3. Posse de drogas para consumo pessoal: políticas regulatórias

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal tem sido objeto de acirradas discussões, caracterizadas por uma exacerbada polarização entre proibição e legalização. Desvia-se, com isso, de questões essenciais ao debate. Por essa razão, mostra-se pertinente que se clarifiquem alguns conceitos para uma melhor compreensão das diversas

RE 635659 / SP

práticas regulatórias em relação ao tema.

Em primeiro lugar, entende-se por **proibição** o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos. É esse o termo utilizado pelo regime internacional de controle de drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela ONU, assim como pelas legislações domésticas. Quando falamos em proibição, estamos nos referindo, portanto, a políticas de drogas essencialmente estruturadas por meio de normas penais.

Em posição menos rígida na escala das políticas adotadas, convencionou-se denominar de **despenalização** a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas de posse para uso pessoal, bem como em relação a outras condutas de menor potencial ofensivo, sem afastá-las, portanto, do campo da criminalização. É esse o modelo adotado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, objeto deste recurso.

Encontramos, mais adiante, na escala de opções regulatórias, a denominada **descriminalização**, termo comumente utilizado para descrever a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. Sob essa acepção, embora a conduta passe a não ser mais considerada crime, não quer dizer que tenha havido liberação ou legalização irrestrita da posse para uso pessoal, permanecendo a conduta, em determinadas circunstâncias, censurada por meio de medidas de natureza administrativa.

Subjacente ao processo de descriminalização, vem se multiplicando, em muitos países, com o apoio da ONU, a adoção de programas e de práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais. A essa prática tem se atribuído a denominação de políticas de **redução de danos e de prevenção de riscos**.

Quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples

RE 635659 / SP

de determinadas drogas, na linha dos atuais movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos.

Feitas essas considerações, passemos à análise da norma impugnada à luz do princípio da proporcionalidade.

4. Adequação da norma impugnada: controle de evidência e de justificabilidade

Conforme já observamos, na aferição de constitucionalidade de norma restritiva de direitos fundamentais, cabe examinar, inicialmente, se as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade).

4.1. Controle de evidência

O art. 28 da Lei 11.343/06 está inserido no Título III do diploma legal, sob o qual se encontram agrupadas as disposições atinentes às “*atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*”.

Por outro lado, as condutas descritas no art. 28 foram também definidas como crime no art. 33 da referida Lei, no rol das condutas relativas ao tráfico. O art. 33, por sua vez, está inserido no Título IV do texto legal, no conjunto das disposições alusivas à “*produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*”.

O traço distintivo entre os dois dispositivos, no que diz respeito aos elementos de tipificação das condutas incriminadas, reside na expressão “*para uso pessoal*”, contida na redação do art. 28, *caput*. Objetivou o legislador, como se percebe, conferir tratamento penal diferenciado a usuários e traficantes, abolindo, em relação àqueles, a pena privativa de liberdade prevista no diploma legal revogado (Lei 6.368/76, art. 16).

RE 635659 / SP

Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema.

Os objetivos do sistema nacional de políticas sobre drogas (SISNAD), em relação a usuários e dependentes, estão assim estruturados na Lei 11.383/06:

“Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas,

RE 635659 / SP

independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.”

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.”

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional.

Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/06 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em

RE 635659 / SP

relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes.

Cabe citar, sobre esse aspecto, denso estudo sobre a recorrente situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas (Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República).

Segundo a pesquisa, na qual foram examinadas 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de entorpecentes no período de outubro de 2006 a maio de 2008, por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a 100g).

Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas.

A pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos.

Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes.

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de distinção entre

RE 635659 / SP

usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito.

Nesse sentido, merecem destaque as conclusões da pesquisa:

“Conforme confirmado na análise qualitativa de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância também comprova essa tese. (...) Sob esse aspecto [seletividade do sistema penal], o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas”.

Em estudo mais recente, realizado com base em 667 autos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo, os resultados obtidos são bastante similares ((JESUS, Maria Gorete Marques, OI, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeu da, *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011).

Notou-se, na pesquisas, um certo padrão nos flagrantes por tráfico de drogas. Na sua maioria, os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina. Revela a pesquisa, também, que se prende, no geral, apenas uma pessoa por ocorrência e a prova se limita, de regra, ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão.

Observou-se, ainda, que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga. Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela

RE 635659 / SP

específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade. Ao final, alertam os pesquisadores:

“Apesar de a nova lei não dispor sobre o modo de atuação das polícias no combate ao tráfico de drogas, a questão que se coloca diz respeito à eficiência, à eficácia, aos custos e às consequências desse modelo posto em prática. Esta estratégia de combate, expressa de forma ambígua no sentimento colocado por grande parte dos profissionais entrevistados - *‘enxugar gelo, mas necessária’* -, além de ter se mostrado ineficiente, pois *‘após apreendidos, os jovens são logo substituídos por um exército de reserva’*, produz apenas o aumento da massa carcerária, aprofundando a crise do já fracassado sistema carcerário”.

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

4.2. Controle de justificabilidade

Em relação à justificabilidade da medida adotada pelo legislador, cabe observar, inicialmente, que não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Pelo contrário, apesar da denominada *“guerra às drogas”*, é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas.

Por outro lado, em levantamento realizado em 2012 em cerca de 20

RE 635659 / SP

países que adotaram, nas últimas duas décadas, modelos menos rígido no diz respeito à posse de drogas para uso pessoal, por meio de despenalização ou de descriminalização, constatou-se que em nenhum deles houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de drogas. A comparação entre países pesquisados demonstra que a criminalização do consumo tem muito pouco impacto na decisão de consumir drogas (ROSMARIN, A. & EASTWOOD, N, *A quiet revolution: drug decriminalization policies in practice across the globe*. Release Drugs: London, 2012).

No mesmo sentido, estudos publicados pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência (EMCDD), tem revelado que a prevalência do consumo de drogas decorre de um conjunto muito mais amplo de fatores entre os quais a criminalização tem pouca influência (EMCCDA, *Annual Report on the state of the drugs problem in Europe*, 2011).

Ainda que se tratem de estudos relativamente recentes, não é difícil constatar que os dados disponíveis à época da edição da norma não indicavam, com razoável margem de segurança, a sustentabilidade da incriminação, conforme se observa das justificativas agregadas ao Projeto de Lei 7.134/02, transformado na atual Lei de Drogas (Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, Parecer do Relator, Deputado Paulo Pimenta):

“Em análise de mérito, cumpre fazer uma breve abordagem sobre a questão das drogas no país.

A demanda e a oferta de drogas, no Brasil, são consideradas questões de Estado, em razão de seus impactos negativos nas instituições nacionais e nas relações sociais em suas diversas modalidades. Afetam, dentre outros, a saúde, a segurança, o trabalho, a previdência social, o bem-estar individual, a família e, até mesmo, alguns aspectos da soberania nacional.

Dados do I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, que envolveu as 107 maiores cidades do país, realizado, em 2001, pelo Centro Brasileiro de

RE 635659 / SP

Informações sobre Drogas da Universidade Federal de São Paulo, apontaram que “19,4% da população pesquisada já fez uso na vida de drogas (...) O uso na vida da maconha aparece em primeiro lugar entre as drogas ilícitas com 6,9% dos entrevistados (...) Entre os medicamentos usados sem receita médica, os benzodiazepínicos (ansiolíticos) tiveram uso na vida de 3,3%”.

O crescimento significativo do consumo de drogas no Brasil vem sendo observado, quando se comparam levantamentos nacionais de diferentes períodos feitos entre estudantes brasileiros do ensino fundamental e médio. De 1987 a 1997, o uso na vida de maconha passou de 2,8 para 7,6%, o de cocaína subiu de 0,5% para 2% e o de anfetamínicos de 2,8% a 4,4%. Não propriamente crescimentos explosivos, mas marcantes.

O número de ocorrências de delitos envolvendo drogas também tem aumentado. Dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública registram 79.791 ocorrências no ano de 2001, 81.132 em 2002 e, apenas no primeiro semestre de 2003, 42.569.

A Polícia Federal apreendeu, em 2003, 7,4 toneladas de cocaína e 164 toneladas de maconha, além de ter efetuado 2.969 prisões de traficantes e 61 de consumidores.

O uso indevido de drogas implica, quase sempre, em contato precoce com o mundo da ilegalidade e da violência e deixa, por vezes, um legado de sofrimento e vulnerabilidade social para o indivíduo e sua família.

O Brasil vive, hoje, um momento de mudança, com sua atenção voltada à parcela da população que vive em condições de exclusão social. Nesse contexto, as políticas voltadas para a maior qualidade de vida do cidadão ganham relevância e destaque na agenda do Governo e na pauta dos assuntos defendidos por esta Casa.

Um dos temas de maior importância é a questão do uso indevido e do tráfico ilícito de drogas.

A maior parte dos dispositivos que regulam as atividades de redução da demanda e da oferta de drogas no

RE 635659 / SP

Brasil datam de 1976 - Lei nº 6.368, de 1976 –, nada obstante tenham ocorrido alterações em seu texto original, introduzidas pela Lei nº 10.409, de 2002.

A legislação brasileira sobre drogas constitui-se, portanto, em documento elaborado há mais de vinte e cinco anos, em uma realidade diversa dos momentos atuais, nos aspectos políticos, culturais, econômicos e sociais do País, em especial no que se refere à garantia de direitos dos cidadãos brasileiros.

Nesses quase trinta anos que se passaram, o avanço do conhecimento científico, aliado aos novos contornos assumidos pelo fenômeno da droga, nos cenários nacional e mundial, tornaram ultrapassados os conceitos e métodos utilizados na abordagem do tema. De uma visão meramente médico-policial, o uso indevido e o tráfico ilícito de drogas passaram a ser tratados como questões de alta complexidade, relacionadas à saúde pública, à segurança e ao bem-estar social.

O texto da Lei nº 6.368, de 1976, guarda anacronismos e conceitos controversos, quando confrontados com o momento político-social do País, em que a sociedade é conclamada a compartilhar, com o Estado, a responsabilidade pelas políticas sociais e a atuar na plena observância dos direitos essenciais da pessoa.

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei 6.368, 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”.

Como se percebe, não há, na justificativa do Projeto de Lei, nenhuma

RE 635659 / SP

referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar. Pelo contrário, o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, “*uma pessoa com vulnerabilidade*”, merecendo, “*para si e para a sua família, atenção à saúde e oportunidade de inserção ou reinserção social*”, evidencia nítida contrariedade entre meios e fins.

Conforme assinala GUIMARÃES, ao comentar a tramitação do Projeto que resultou na Lei de Drogas: “[...] *do tratamento eminentemente penal do fenômeno do uso que ia inscrito no art. 16 da Lei 6.368/76, passou o legislador para uma solução ambígua, em que as condutas conducentes ao uso são tratadas no capítulo referido aos crimes, mas em vez de sujeitarem o autor a sanções penais, levaram-no a medidas de caráter educativo [...]*” (GUIMARÃES, Isaac Sabbá, *Lei de Drogas comentada: crimes e regime processual penal*, 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 28).

A observação do autor reveste-se de pertinência quando lembra que o legislador, em evidente incoerência em suas escolhas, deu, inclusive, a impressão de que havia de fato optado por um regime não punitivo de tratamento da posse para uso pessoal, visto que, na redação original do Projeto, havia a previsão de “*medidas educativas*”, denominação que acabou substituída por “*penas*” na redação final da Lei. E talvez por equívoco, até deixou escapar, no §6º do art. 28, a expressão “*medida educativa*” no lugar de “*pena*”.

Diante desse quadro, resta claro que a criminalização de condutas adstritas ao consumo pessoal de drogas mostra-se, também nesse plano, em manifesta dissonância com o princípio da proporcionalidade.

5. Necessidade da norma impugnada: controle material de intensidade

No plano da necessidade, cabe examinar, conforme já observado, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental mostra-se necessária, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes.

RE 635659 / SP

Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros.

Em contraste com esse entendimento, levanta-se a tese de que a incriminação do porte de droga para uso pessoal se justificaria em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde. Nesse contexto, a proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância. Em outras palavras, não haveria tráfico se não houvesse consumo. Além disso, haveria uma relação necessária entre tráfico, consumo e outros delitos, como crimes contra o patrimônio e violência contra a pessoa.

Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual.

Cabe ressaltar que não se cuida, aqui, de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a restrição penal mostra-se, neste contexto, inexoravelmente necessária. Para isso, é preciso que se avaliem, a partir de aportes teóricos sobre restrições a direitos fundamentais em situações de aparente conflito, a intensidade da intervenção e os fundamentos que a justificaram (proporcionalidade em sentido estrito).

O exercício dos direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí a importância da noção de âmbito ou núcleo de proteção dos direitos fundamentais. Alguns autores chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial, "*aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*" (PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard,

RE 635659 / SP

Direitos Fundamentais, Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2011/Série IDP).

Nesse sentido, é imperioso que se identifique não só o objeto da proteção, mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito. Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

Não há dúvida de que a ideia de restrição leva, aparentemente, à identificação de duas situações distintas: o direito e a restrição.

Se direito fundamental e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, em tese, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado. Essa teoria, chamada de *teoria externa*, admite que, entre a ideia de direito e a ideia de restrição, inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização concreta entre os diversos tipos de direitos fundamentais (ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, p. 250).

A essa concepção contrapõe-se a chamada *teoria interna*, para a qual não existem os conceitos de direito e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito fundamental com determinado conteúdo. A ideia de *restrição* é substituída pela de *limite*. Tal como ressaltado por ALEXY, eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito (*idem*, 250).

RE 635659 / SP

Cogita-se aqui dos chamados *limites dos limites*, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, *ob. cit.*).

Alguns ordenamentos consagram expressamente a proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã, que estabelece que “*em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência*”.

Essa cláusula configura uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do século passado. A proteção dos direitos realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei.

Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa (THOMAS, Richard, *Grundrechte und Polizeigewalt*, in TRIEPEL, Heinrich [Org.], *Festgabe zur Feier des funfzigjährigen Bestehens des Preussischen Obergerwaltungsgerichts*, 1925, p. 183-223, 191 e s.; e ANSCHUTZ, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, 14. ed., Berlin, 1933, p. 517 e s).

Tentou-se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das *garantias institucionais*, segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente.

A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis – somente em 1925 reconheceu o *Reichsgericht* a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade do direito ordinário – e a ausência de instrumentos asseguradores de efetividade dos direitos fundamentais em face dos atos administrativos contribuía ainda mais

RE 635659 / SP

para a onipotência do legislador.

A Lei Fundamental alemã declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial. Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. (Von Mangoldt/Franz Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., 2. ed., 1957, art. 19, nota V 4; Ludwig Schneider, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach, art. 19, II, GG*, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 189 e s).

Na mesma linha e por razões assemelhadas, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1).

Há de ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Cabe assinalar que o significado de semelhante cláusula e da própria ideia de proteção do núcleo essencial não é unívoco na doutrina e na jurisprudência. No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial, suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos:

1) Os adeptos da chamada *teoria absoluta* entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer

RE 635659 / SP

intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “*limite do limite*” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação (HESSE, *Grunzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 134).

2) Por outro lado, os defensores da chamada *teoria relativa* entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução (HESSE, *ob. cit. p. 134*).

Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar maior proteção aos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservá-los contra ação legislativa desarrazoada.

Todavia, todas elas apresentam fragilidades.

É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. É certo, outrossim, que a ideia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger. Não é preciso dizer também que a ideia de núcleo essencial sugere a existência clara de elementos centrais ou essenciais e elementos acidentais, o que não deixa de conduzir a significativos embaraços teóricos e práticos.

Por seu turno, a opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais, o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema

RE 635659 / SP

constitucional.

Por essa razão, propõe HESSE uma fórmula conciliadora, que reconhece, no princípio da proporcionalidade, uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa HESSE, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado por essa medida (HESSE, *op. cit.*, p. 149).

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV). Tal cláusula reforça a ideia de um “*limite do limite*” também para o legislador ordinário.

Embora omissa no texto constitucional brasileiro, a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

Compreendidos os contornos do âmbito de proteção dos direitos fundamentais contra intervenções arbitrárias, cabe examinar as possíveis soluções quando se trata de intervenção em direitos individuais em nome da proteção a direitos de feição coletiva.

A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo, por outro lado, envolvem os direitos fundamentais e outros valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade ou direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos e difusos.

Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, por exemplo, a utilização da água ou a defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma, não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor

RE 635659 / SP

constitucional, ou, como na hipótese dos autos, conflitos entre liberdade individual e saúde pública.

Questão embaraçosa refere-se ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. É possível que uma das fórmulas alvitradas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais. Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico.

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que, *“tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa”* (BVerfGE, 28, 243, 261).

Ressalte-se, porém, que a solução não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre os diversos direitos fundamentais constitucionalmente contemplados.

Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, há de se contemplar as circunstâncias peculiares de cada caso. Disso resulta que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à *concordância prática*, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

5.1. Posse de drogas para consumo próprio: saúde e segurança públicas

Na valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal há de se exigir a demonstração do

RE 635659 / SP

dano potencial associado à conduta objeto de incriminação. Em outras palavras, há que se verificar em que medida os riscos a que sujeitos os interesses coletivos podem justificar a conversão destes em objeto de proteção pelo direito penal.

Conforme observa PUIG, o Estado Social não pode desconhecer, [na definição de crimes de perigo abstrato], a significação que, por si mesma, implica a extensão social de um determinado interesse e tampouco há de prescindir da exigência de um mínimo de repercussão do interesse coletivo em relação a cada indivíduo.

Acredita o autor ser essa a via adequada se se pretende evitar a hipertrofia do direito penal (PUIG, Santiago Mir, “Concepto de Bien Jurídico-Penal como Limite del *Ius Puniedi*”, *Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Maldlener*, coordenadores Adhemar Ferreira Maciel *et alli*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciário, 2014).

E exemplifica justamente com o direito à saúde pública. Não cabe negar, afirma o autor, que a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada indivíduo, mas há que se exigir um determinado grau de lesividade individual para que se possa justificar a intervenção do direito penal. Até agora não se tem afirmado, por exemplo, que o álcool e o tabaco afetam suficientemente a saúde pública a ponto de legitimar a criminalização de sua venda e consumo.

Em relação ao tabaco, observa que a proteção da ordem pública coletiva tem sido alcançada com o incremento da proibição de seu consumo em lugares públicos, porém por meio de medidas administrativas.

O mesmo raciocínio, ainda segundo PUIG, aplica-se em relação às drogas. Sustenta ser preciso diferenciar as drogas quanto a seus distintos efeitos em relação a cada indivíduo. Além disso, há que se ter em conta que a lesividade individual vem, neste caso, acompanhada do consentimento da vítima.

Lembra, ainda, que temos, no exemplo da saúde pública, a advertência de que não basta constatar a importância abstrata do bem,

RE 635659 / SP

mas também se exige que reste demonstrada a concreta afetação do referido bem. Não basta, assim, que a saúde seja, em abstrato, um bem social fundamental para que mereça proteção penal.

Aduz, por fim, um perigo que encerra a concepção abstrata dos bens jurídicos como merecedores de tutela penal: classificam-se os bens pela classe genérica de interesses, sem atenção aos diferentes graus de implicação. Incluem-se, assim, no bem jurídico “saúde”, por exemplo, desde as mais relevantes até as mais insignificantes manifestações quantitativas. A simples alusão a gêneros tão amplos, pouco serve, dessa forma, à delimitação daquilo passível de proteção por medidas de natureza penal.

Nessa mesma linha, merecem citação as observações de HASSEMER sobre a hipertrofia do direito penal. Discorrendo sobre o Direito Ambiental, com referências a outros direitos de natureza difusa e coletiva em que se verifica o mesmo fenômeno, afirma o autor com inegável acerto (HASSEMER, Winfried, *Direito Penal Libertário*, trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 226-227), *verbis*:

“A tarefa da proteção penal ecológica (garantia efetiva e preservação da saúde humana e da vida humana em face de novos e massivos prejuízos do meio ambiente natural) por parte do nosso Direito Penal Ambiental está mais para o fracasso do que para a realização. Esse direito penal carrega a característica da legislação ‘simbólica’: O ganho que dela se pode esperar é menor do que a proteção real dos bens jurídicos (os *deficits* da execução não são patentes apenas, a partir de hoje, para os peritos e responsáveis), mas, sim, de muito mais a demonstração das prestações executiva e legislativa e da capacidade de ação. Isso é bom para a ‘aceitação’ política, mas ruim para a proteção do meio ambiente. Alterações penais simbólicas são impressionantes e possuem custos oportunos. Elas desoneram a política ambiental da pressão de buscar e aplicar medidas efetivas, mas caras e decisivas para a universalidade destinadas à garantia e manutenção dos bens jurídicos ameaçados. Quem toma o direito penal não como

RE 635659 / SP

‘ultima ratio’, mas como *‘prima ratio’* ou, até mesmo, como *‘sola ratio’*, da política interna, torna as coisas muito mais fáceis e desiste, antecipadamente, das busca por medidas de ajuda de natureza mais próxima dos problemas.”

Acrescenta, ainda, que não considera o Direito Ambiental como uma *“estratégia específica de uma área”*, mas como um caso exemplar da política criminal moderna, que também pode ser observada em outras áreas, como Economia, Entorpecentes e Proteção de Dados.

As ponderações dos autores citados ajustam-se como uma luva ao caso em análise. Afigura-se claro, até aqui, que tanto o conceito de saúde pública, como, pelas mesmas razões, a noção de segurança pública, apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal.

Diante desse quadro, cabe examinar o grau de interferência nos direitos individuais afetados, de forma a aferir, à luz de alternativas à criminalização, a necessidade da intervenção.

5.2 Livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação

A criminalização da posse de drogas *“para consumo pessoal”* pode repercutir sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações.

Algumas declarações de direito preveem o direito ao desenvolvimento da personalidade de forma expressa. Por exemplo, a Lei Fundamental alemã, em seu artigo 2º, I.

O direito de personalidade em geral, previsto no referido dispositivo, não está limitado a determinados domínios da vida. Tal como acontece com a dignidade da pessoa humana, protege menos o particular em sua atuação do que, pelo contrário, na sua qualidade de sujeito. Aplica-se, dessa forma, não a diferentes domínios da vida, mas a diferentes modos de desenvolvimento do sujeito, como o direito à autodeterminação, à autopreservação e à autoapresentação (*Cinquenta*

RE 635659 / SP

Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, org. Leonardo Martins, coletânea original Jürgen Schwabe, trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005).

Quanto à autodeterminação, o direito de personalidade em geral garante ao particular determinar, por si próprio, sua identidade. Disso faz parte, entre outras coisas, “o direito de se assegurar da própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade” (Cinquenta Anos, *ob. cit.*, p. 175-176).

Em outros ordenamentos jurídicos, da enunciação de vários aspectos da personalidade protegidos, deduz-se o direito geral da personalidade.

Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

RE 635659 / SP

Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.

São ilustrativos, nesse sentido, os exemplos citados por DANIEL PRADO (Boletim, IBCRIM, outubro/2012, p. 8-9):

“Mesmo **Jeremy Bentham**, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua ‘Introdução aos princípios da moral e da legislação’, que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos.

Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (art. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais) e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constitui crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP).

Quando muito, a conduta potencialmente autolesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os

RE 635659 / SP

automóveis (art. 167 do CTB), prevista com infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito.”

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde.

Não chego ao ponto de afirmar que exista um direito a se entorpecer irrestritamente. É perfeitamente válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias, não havendo que se falar, portanto, nesse caso, em direito subjetivo irrestrito.

Com esse mesmo entendimento, a Corte Constitucional alemã negou, em 1994, no julgamento do caso *Cannabis*, a existência de semelhante direito (*Recht zum Rausch*), afirmando, com isso, a viabilidade da criminalização do tráfico de *cannabis sativa* (BverfGE 90,145, 9.3.1994).

Também explicitou que o art. 2, I, da Lei Fundamental alemã, assegura o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas que o uso de drogas, em especial graças à forte repercussão social que tem, não pode estar nele incluído. Não haveria, assim, um direito a “ficar intoxicado” (“Recht auf Rausch”) assegurado pela Lei Fundamental.

O Tribunal considerou, todavia, que casos envolvendo posse, compra ou importação de pequenas quantidades de maconha para uso eventual devem ser desconsiderados pela insignificância de culpa e da proporção do dano causado.

De forma resumida, o §31 da lei alemã sobre narcóticos (“*Betäubungsmittelgesetz*”) estabelece que a posse de pequenas quantias de drogas pode não ser criminalizada, exceto em caso de interesse público, e autoriza os promotores a encerrar o caso sem consultar o Judiciário.

Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de

RE 635659 / SP

questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal.

Dessa forma, a prevenção do uso indevido de drogas, um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – art. 4º da Lei 11.343/06 – é uma finalidade estatal válida e pode ser alcançada, com maior eficácia, por meio de um vasto leque de medidas administrativas.

Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade.

Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social.

A situação ainda é mais grave pela prevalência do consumo de drogas entre os jovens, pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e definição de vida e, por isso, especialmente sensíveis à rotulação decorrente do enquadramento criminal.

Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.

6. Alternativas à criminalização

RE 635659 / SP

Não obstante a subsistência, na maioria dos ordenamentos jurídicos, de disposições reproduzidas a partir das normas repressivas das convenções internacionais sobre o tema, é interessante observar uma crescente adoção, por diversos países, de alternativas à criminalização.

Em 2009, na *Comission on Narcotic Drugs*, foi elaborado o Plano de Ação da ONU até 2019, que prevê, entre outras diretrizes, o desenvolvimento de estratégias de descriminalização do uso de acordo com práticas e experiências de cada país. Trata-se, portanto, de momento propício ao debate da matéria sob a perspectiva constitucional, viabilizando, em certa medida, novas abordagens sobre o tema.

Em todo o mundo, discute-se qual o modelo adequado para uma política de drogas eficiente. A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal.

Em Portugal, por exemplo, cuja política em relação a usuários tem sido citada como modelo, a descriminalização ocorreu em 2001 e foram adotadas, como alternativa, medidas não penais como restrição do exercício de determinadas atividades, multas e encaminhamento para tratamento.

A pessoa flagrada com drogas para uso pessoal tem a droga apreendida e é notificada a comparecer a uma das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, de abrangência nacional, vinculadas ao Ministério da Saúde e responsáveis pela operacionalização da Lei da Descriminalização (Lei nº 30/2000).

Essas Comissões, integradas por profissionais de áreas como saúde, assistência social, psicologia e direito, acolhem os indiciados notificados pelas forças de segurança e procedem a uma avaliação rigorosa de sua situação face ao consumo, valorizando suas necessidades psicossociais, sem descurar da premência de aproximar os consumidores de drogas ilícitas dos serviços de saúde (síntese de informações colhidas do SICAD, órgão oficial do governo português sobre políticas nessa área,

RE 635659 / SP

www.sicad.pt, em 15.8.2015).

Em entrevista ao Diário de Notícias de Portugal, edição de 25.4.2011, o presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT), João Goulão, faz um balanço "*muito positivo*" da lei em vigor desde 1 de Julho de 2001, dez anos, portanto, após a descriminalização do consumo de drogas naquele país.

Afirmou ele: "*Hoje temos 40 mil toxicodependentes em tratamento, em todo o País. É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nesta área, há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem davam o seu nome completo aos técnicos.*"

Aduz que dos doentes em tratamento, cerca de 10% são usuários de '*cannabis*', vulgarmente conhecida por "*erva*". E complementa: "*Antes da descriminalização do consumo não tínhamos consumidores de 'cannabis' em tratamento. Agora, quando confrontados pelos técnicos das comissões, acabam por perceber que fumar 'cannabis' tem consequências para a saúde e aceitam o tratamento.*"

Em 10 anos, afirma que se verificou, também, uma "*descida do consumo de substâncias ilícitas nos jovens com idades entre os 15 e os 19 anos*". Além disso, esclarece que "*na última década o principal grupo de infectados com o vírus VIH/sida deixou de ser o dos toxicodependentes para passar a ser o dos heterossexuais e dos homossexuais*".

Em outros países, a descriminalização decorreu por força de decisão judicial de suas Cortes Constitucionais. Em 1994, a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a criminalização do consumo de entorpecentes. Na Argentina, a Corte Constitucional reconheceu, em 2009, a incompatibilidade da norma penal com a garantia da intimidade prevista na Constituição, além da ineficácia da política de criminalização.

Além disso, em muitos países, inclusive naqueles em que a posse para uso pessoal ainda é definida com crime, a distinção entre tráfico e uso é feita por critérios objetivos, geralmente com base no peso e na natureza da droga apreendida. Definem-se, para cada tipo de droga, limites máximos de peso, abaixo dos quais se presume que a droga se destina a uso pessoal.

RE 635659 / SP

Segue, abaixo, em relação aos países em que a posse para consumo pessoal não é considerada crime, um panorama do atual quadro normativo das alternativas à criminalização, com os critérios de distinção entre tráfico e uso – lista elaborada a partir de dados coletados pelo *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho (CEDD)* e pelo *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiciton*, (emcdda.europa.eu/elddm, 15.8.15):

País	Alternativas à criminalização	Critérios de distinção
Argentina	Sem medidas administrativas.	Interpretação do juiz.
Bolívia	Tratamento compulsório.	Uso equivalente a 48 horas de consumo.
Chile	Medidas administrativas.	Interpretação do juiz.
Colômbia	Sem medidas administrativas	20g de maconha, 5g de haxixe, 1g de cocaína.
Equador	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de pasta base de cocaína.
Paraguai	Sem medidas administrativas.	10g de <i>cannabis</i> , 2g de cocaína, heroína e derivados de opiáceos.
Peru	Tratamento compulsório.	8g de maconha, 5g de pasta de cocaína, 250g

RE 635659 / SP

		de <i>ectasy</i> .
Uruguai	Sem medidas administrativas.	40g de maconha por mês.
Costa Rica	Sem medidas administrativas.	Interpretação do juiz.
Honduras	Internação compulsória.	Interpretação do juiz.
Jamaica	Somente <i>cannabis</i> . Sem medidas administrativas.	2 onças (cerca de 57 gramas) de maconha 2.8g de cocaína, heroína e morfina.
México	Sem medidas administrativas.	5g de <i>cannabis</i> , 2g de Ópio, 0.5g de cocaína.
Alemanha	A lei permite a não instauração de processo criminal.	Entre 6 e 15g de maconha (14 Estados fixaram em 6g). Cocaína heroína: 1 a 2g (prática judicial).
Bélgica	Apenas <i>cannabis</i> . Sem medidas administrativas.	3g de resina ou da erva.
Espanha	Medidas administrativas.	25g de haxixe, 100g de <i>Cannabis</i> , 3g de heroína, 7.5g de cocaína.
Holanda	Sem medidas administrativas.	5g de maconha, 0.5g de cocaína.

RE 635659 / SP

Itália	Medidas administrativas.	1g de THC, 0.25g de heroína e 0.75g de cocaína.
Lituânia	Medidas administrativas.	5g de maconha, 0.2 de Heroína, 0.2 de cocaína.
Luxemburgo	Apenas <i>cannabis</i> . Medidas administrativas.	Interpretação do juiz.
Portugal	Medidas administrativas.	25g de maconha (equivalente a 10 doses diárias), 1g de <i>ecstasy</i> e 2g de cocaína.
Países Baixos	Sem medidas administrativas.	5g de maconha e 0.5g de heroína ou cocaína.
República Checa	Medidas administrativas.	15g de maconha, dependendo da pureza, 1g de cocaína, 4 tabletes de <i>ecstasy</i> .

Cabe registrar, por fim, ainda no campo das alternativas à criminalização, que a própria Lei 11.343/06 contém interessantes diretivas que muito podem contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas, em relação a usuários e dependentes, do que a criminalização da posse para uso pessoal.

Sobre o tema, ponderam MARCELO CAMPOS e RODOLFO VALENTE (Boletim, IBCRIM, outubro/2012, p. 3):

“[...] de fato, há outros meios alternativos à criminalização, adequados aos fins propostos. A própria lei 11.343/60 traz

RE 635659 / SP

profícuas diretrizes que, antagonicamente, são tolhidas pela política repressiva [...].

Todas as diretrizes são encadeadas em articulação necessária com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social e norteadas pelo “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III).

Entretanto, apesar de ser regulamentada pela Portaria 1.028/2005 do Ministério da Saúde, a política de redução de danos segue desprestigiada e sem efetividade diante do óbice representado pela primazia da tutela penal.

Evidenciou-se, desse modo, que não apenas há outras medidas aptas a promover os fins propostos sem atingir direitos fundamentais, como também que a própria criminalização do consumo impede a implementação dessas medidas”.

Nessa linha, cabe aduzir que, não obstante o reconhecimento, pelo STF, da natureza penal das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, foram catalogadas, recentemente, interessantes práticas integrativas na aplicação do art. 28 da Lei de Drogas por diversos órgãos jurisdicionais.

Essas práticas estão sintetizadas na pesquisa “*Práticas Integrativas na Aplicação da Lei 11.343/2006*”, publicada no final de 2014, fruto de trabalho conjunto da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça com a Faculdade de Medicina e a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e apoio do Conselho Nacional de Justiça.

O projeto promoveu, durante quatro anos, encontros científicos em todas as regiões do país, com juízes, promotores, defensores públicos, advogados e outros operadores do sistema de justiça, bem como servidores dessas instituições, responsáveis pela articulação da rede de saúde e assistência social na área de drogas. Foram analisadas, nesse período, as boas práticas e os desafios encontrados pelo sistema de justiça na aplicação do artigo 28 da Lei de Drogas.

A partir da indagação de como viabilizar o trabalho nos Juizados Criminais, considerado o necessário diálogo entre profissionais das áreas

RE 635659 / SP

de Saúde e Direito, revela a pesquisa os principais desafios do trabalho realizado em três Juizados Especiais Criminais, situados no Distrito Federal, em Curitiba e no Rio de Janeiro.

As experiências ilustradas na referida publicação assentam-se, todas elas, na abordagem interdisciplinar do tema drogas. O grande desafio da Justiça nessa abordagem, conforme observado no relatório da pesquisa, é acolher demandas dos usuários ou dependentes para além de sua condição de réus em um processo por porte de drogas para uso próprio.

Afinal, na linha das práticas atualmente observadas em diversos países, a política nacional sobre drogas retirou do sistema carcerário os usuários e dependentes, destinando-lhes os sistemas de saúde e de assistência social.

Conforme destacado em uma das experiências (Curitiba), o que mais preocupava era que, após a autuação tradicional, verificava-se, depois do cumprimento da medida aplicada, um expressivo retorno do usuário ao sistema.

O jovem (18 a 24 anos) que entrava pela primeira vez no sistema como usuário, recebia do Poder Judiciário medidas ou penas sem qualquer efetividade – baseadas na ideia do amedrontamento – e voltava ao sistema pela prática de outras infrações, como violação de domicílio, vias de fato, perturbação da tranquilidade, lesões corporais, ameaças, furto, roubos e até latrocínios. Observou-se que alguns desses crimes eram cometidos como meio de obtenção da droga.

E conclui o relatório:

“Os fatores de sucessos são muitos, a começar pela percepção de que é possível fazer a diferença. A valorização do ser humano em suas potencialidades favorece a construção de novos caminhos para a sua história. Há que se considerar, ainda, que esse tipo de abordagem pode potencializar a prevenção, realizada sob os auspícios do Poder Judiciário e do Ministério Público. Para essa atuação do sistema jurídico, é essencial que esteja integrada com equipe de profissionais das áreas de Psicologia, Serviço Social, Medicina, Pedagogia, entre

RE 635659 / SP

outras, nos Juizados Especiais Criminais.” (p. 143).

Dados da experiência paranaense indicam a interrupção da redução das condutas infracionais repetitivas e a estabilização da reincidência em percentuais (14%), muito menores do que os encontrados anteriormente à iniciativa.

Na experiência do Distrito Federal, relatou-se a utilização do denominado “paradigma de intervenção” em rede que, entre outros aspectos, reconhece maior efetividade e adesão nas ações que ocorrem nas comunidades do usuário de drogas. Para efetivar esse novo paradigma, a equipe técnica deu início às participações nas audiências de advertência sobre os efeitos das drogas, realizadas nos Juizados Especiais Criminais, e passou a realizar atendimentos aos jurisdicionados nos fóruns da região administrativa de residência do usuário.

Essa abordagem tem demonstrado maior eficácia no intento de avaliar o contexto psicossocial dos usuários de drogas e propor a instituição adequada para cumprimento da medida acordada em juízo. A partir da avaliação, é possível proceder ao encaminhamento com o objetivo de promover a diminuição dos fatores de risco, assim como potencializar os fatores de proteção.

Por fim, na experiência do Rio de Janeiro, que teve início a partir de parceria entre o 9º Juizado Especial Criminal da Barra da Tijuca e o Programa de Estudos e Assistência ao Uso Indevido de Drogas (PROJAD), do Instituto de Psiquiatria da Universidade Federal do Rio de Janeiro, *“buscou-se estabelecer um trabalho em que a pessoa autuada pelo porte ou uso de drogas pudesse efetivamente participar das discussões nas audiências e fazer com que aquela fosse uma oportunidade concreta para o indivíduo refletir a respeito de sua relação com o uso de drogas, desconstruindo um modelo punitivo de justiça”*.

Após ressaltar que a prática de um trabalho integrado na operacionalização da nova Lei não se restringe a esses locais, destaca-se, na citada pesquisa, que essas experiências evidenciam, em comum, a busca permanente dos envolvidos para que os autores do fato tenham oportunidade de refletir a respeito de seu padrão de uso de drogas,

RE 635659 / SP

atuação em plena consonância com as diretrizes internacionais de redução de danos e de prevenção de riscos, incorporadas na legislação brasileira pelos artigos 18 a 21 da Lei 10.343/06, acima transcritos.

Observa-se, ainda, que isso somente se tornou possível em razão da mudança de mentalidade por parte dos operadores do Direito, *“na medida em que a riqueza dessa atuação integrada consiste precisamente na possibilidade efetiva de participação da equipe multidisciplinar no encaminhamento de cada caso, a partir da identificação das singularidades de dada situação”*.

É desse panorama que se constata que, embora ainda existam muitos aspectos a melhorar, as experiências realizadas pioneiramente no Rio de Janeiro, no Distrito Federal e em Curitiba *“são o germe de uma abordagem mais técnica, mais humana e mais eficiente por parte dos Juizados Especiais Criminais no tratamento dessa delicada questão envolvendo seres humanos e drogas”*.

Um dos principais obstáculos na adoção de práticas na linha das experiências relatadas decorre, sem dúvida, do tratamento criminal de condutas a que a própria lei estabelece, como objetivo primordial, abordagem preventiva e de recuperação, com vistas, sobretudo, à redução de riscos.

Muitas vezes, conforme observado na citada publicação, *“o usuário de drogas é estigmatizado pela falta de informação e postura moralista da população em geral, que o vê como uma pessoa de mau caráter, má vontade, um criminoso, fracassado ou autodestrutivo”*.

Diante da análise aqui procedida, é possível assentar que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade.

Nesse contexto, resta evidenciada, também sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade da norma impugnada, por violação ao princípio da proporcionalidade.

7. Manutenção das medidas do art. 28 da Lei 11.343/06

RE 635659 / SP

Reconhecida a inconstitucionalidade da norma, e considerando, por outro lado, que as políticas de redução de danos e de prevenção de riscos positivadas na lei em vigor conferem ponderável grau de legitimidade a medidas restritivas de natureza não penal, é importante viabilizar, até o aprimoramento da legislação, solução que não resulte em vácuo regulatório que, em última análise, possa conduzir à errônea interpretação de que esta decisão implica, sem qualquer restrição, a legalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Tendo em vista os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas na aplicação da Lei 11.343/06, há pouco noticiados, a aplicação, quando cabível, das medidas previstas nos incisos I (*advertência sobre os efeitos das drogas*) e III (*medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*), do artigo 28, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.

Afastada a natureza penal das referidas medidas, por meio da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, com o consequente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, não é difícil antever maior efetividade no alcance dessas medidas, além de se propiciarem, sem as amarras da lei penal, novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas consentâneas com as complexidades que o tema envolve.

Cabe ressaltar, por fim, a inviabilidade da manutenção da medida consistente em "*prestação de serviços à comunidade*", prevista no inciso II do referido artigo, tendo em conta tratar-se de sanção tipicamente penal, razão pela qual impõe-se, em relação a essa medida, a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto.

8. Apresentação do preso por tráfico ao juiz competente

Por outro lado, conferindo-se às medidas do 28 da Lei 11.343/06

RE 635659 / SP

natureza exclusivamente administrativa, restará afastada, com isso, a possibilidade de prisão em flagrante, já vedada no art. 48, §§1º e 2º, da referida Lei, como, igualmente, a condução à delegacia:

“Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.”

Remanesce, contudo, a possibilidade de prisão pela posse, na forma do art. 50, *caput*, do mesmo diploma legal, quando o policial entender que a conduta se qualifica como tráfico, nos termos do art. 33 da referida Lei.

Diante dessa possibilidade, ou seja, quando o policial entender que não se trata de posse para uso pessoal, passível de simples notificação, nos termos do art. 48, §2º, e realizar a prisão em flagrante, temos que a imediata apresentação do preso ao juiz conferiria maior segurança na distinção entre traficante e usuário, até que se concebam, em normas específicas, o que se seria recomendável, critérios revestidos de maior objetividade.

Nos termos do art. 28, §2º, da Lei 11.343/06, *“Para determinar se a droga destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do*

RE 635659 / SP

agente.”

Já ressaltei a zona cinzenta entre o tráfico de drogas e a posse de drogas para uso pessoal. A diferença entre um e outro enquadramento é decisiva para pessoa abordada. Ou poderá ser presa, por até quinze anos, ou seguirá livre, embora sujeita, pelo menos transitoriamente, às medidas previstas no art. 28, sem efeitos penais.

Conforme há pouco relatamos, há sérios indicativos de que esse contexto pode conduzir à inadmissível seletividade do sistema penal. A interpretação dos fatos, com elevada carga de subjetividade, pode levar ao tratamento mais rigoroso de pessoas em situação de vulnerabilidade – notadamente os usuários dependentes.

À falta de critérios objetivos, a avaliação judicial rigorosa das circunstâncias da prisão afigura-se imperativa para que se dê o correto enquadramento aos fatos. A prática mostra, no entanto, fragilidade na pronta avaliação de casos relativos a drogas.

A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal.

Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa. À acusação não seria necessário demonstrar qualquer finalidade para enquadramento no tráfico pela singela razão de que o tipo penal não enuncia finalidade. Em verdade, a legislação usou a forma mais simples de construir as figuras, do ponto de vista linguístico, mas não a que permite sua mais direta interpretação.

A presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. A finalidade é um elemento-chave para a definição do tráfico. A cadeia de produção e consumo de drogas é orientada em direção ao usuário. Ou seja, uma pessoa que é flagrada na posse de drogas pode, muito bem, ter o propósito de consumir.

Seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto. Dessa forma, a melhor leitura é de que o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de

RE 635659 / SP

forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da acusação.

A finalidade – circunstância íntima ao agente –, via de regra, não pode ser provada de forma direta, sendo avaliada com base nos indicativos dados pelas circunstâncias do caso. Por isso, a própria lei diz que a avaliação deve ser feita de acordo com os indícios disponíveis.

Assim, é ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo não era o consumo pessoal. Essa circunstância deve ser alvo de escrutínio pelo juiz.

Se os indícios apontam para o tráfico de uma forma inequívoca, pode-se dispensar uma fundamentação explícita – não se exige esforço argumentativo para demonstrar que uma tonelada de droga não se destina ao consumo pessoal. Em casos limítrofes, contudo, a avaliação deve ser cuidadosa.

Uma segunda questão diz com o *standard* probatório a ser empregado na avaliação, especialmente na prisão preventiva. O art. 312 do CPP exige, para a prisão preventiva, “*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*”.

Muitos magistrados invocam incorretamente o brocardo na dúvida pela acusação (*in dubio pro societate*) para justificar a prisão preventiva. Parece correto exigir menos para a prisão preventiva do que para a condenação. Mas não há como impor à defesa o ônus de provar a inocência, mesmo nessa fase processual. O mínimo que se exige para a prisão preventiva é a preponderância da prova.

Assim, o juiz pode – e deve – desde logo, avaliar a situação do flagrado ou indiciado, analisando se os indícios são preponderantes em afastar a finalidade do consumo pessoal.

No caso das prisões em flagrante, a situação é particularmente grave. Como já dito, o enquadramento jurídico é feito pela autoridade policial, com base, principalmente, na palavra dos policiais condutores.

A palavra e a avaliação dos policiais merece crédito, mas a garantia do devido processual legal pressupõe a avaliação feita por um juiz “neutro e desinteressado”, sobrepondo a avaliação de um “policial

RE 635659 / SP

envolvido no empreendimento muitas vezes competitivo de revelar o crime” – *Justice Robert H. Jackson*, redator da *opinion* da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948).

Além disso, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o tráfico de drogas não é incompatível com a liberdade provisória (HC 104.339, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10.5.2012), com o regime inicial aberto de cumprimento de penas (HC 111.840, rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 14.6.2012), e mesmo com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 1º.9.2010, que redundou na Resolução 5/2012, do Senado Federal).

Levando esses fatores em consideração, tenho que a avaliação da qualidade da prisão em flagrante pelo tráfico de drogas e da necessidade de sua conversão em prisão preventiva deve ser objeto de especial análise pelo Poder Judiciário.

A apresentação do preso ao juiz, em curto prazo, para que o magistrado possa avaliar as condições em que foi realizada a prisão e se é de fato imprescindível a sua conversão em prisão preventiva é providência imprescindível. Trata-se de medida já incorporada ao direito interno, prevista no art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, mas que ainda encontra alguma resistência em sua aplicação, por razões atinentes, sobretudo, a dificuldades operacionais.

A apresentação de presos ao juiz é uma realidade em praticamente todos os países democráticos. A simples tradição não sustenta, portanto, a nossa *praxis* atual.

Tramita no Congresso PLS 554/2011, que busca dar tratamento legislativo ao tema. No entanto, para casos de tráfico de drogas, não há razão para esperar alteração legislativa.

Cabe registrar, por fim, a existência de projetos piloto acerca do tema, objeto de parcerias entre o CNJ e Tribunais de Justiça. Contudo, independentemente dos projetos em andamento, tenho por cabível e conveniente, nas prisões por tráfico de drogas, a determinação, por esta Corte, da imediata apresentação do preso ao juiz.

RE 635659 / SP

- **Dispositivo [superado pelo reajuste efetuado em 2024]**

Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso extraordinário para:

1 – Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28, *caput*, dos incisos I e III, e dos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 6º, da Lei 11.343/06, de forma a afastar das referidas disposições todo e qualquer efeito de natureza penal. Restam mantidas, quando cabíveis, até o advento de legislação específica, as medidas previstas nos incisos I e III, com natureza administrativa;

2 - Declarar a inconstitucionalidade, com redução de texto, do inciso II e do §5º, do artigo 28 da Lei 11.343/06.

3 – Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/06, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo;

4 – Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 50, *caput*, da Lei 11.343/06, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz;

5 – Absolver o acusado, por atipicidade da conduta; e

6 – Determinar ao CNJ as seguintes providências:

a) Diligenciar, no prazo de 6 meses, a contar desta decisão, por meio

RE 635659 / SP

de articulação com Tribunais de Justiça, CNMP, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar;

b) Articulação, no prazo de 6 meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas;

c) Regulamentar, no prazo de 6 meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz, com o respectivo monitoramento;

d) Apresentar ao Tribunal, a cada 6 meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação.

É como voto.

20/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO****VISTA**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, ilustres Pares, peço licença inicialmente para cumprimentar o eminente Relator pelo acutíssimo voto e as lições que acabamos de haurir sobre a complexidade da matéria submetida a julgamento nesta Corte, estendendo a Sua Excelência, o eminente Relator, os nossos cumprimentos pelo vertido no voto, o que também espelha a complexidade e as controvérsias à luz das diversas sustentações levadas a efeito na tribuna e, para melhor examinar a matéria, com vossa licença, dos Pares e do eminente Relator, peço vista.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu cumprimento Vossa Excelência pelo cuidado que demonstra em pretender examinar este tema, que é extremamente complexo. As inúmeras sustentações orais demonstraram que há várias facetas a serem examinadas. O próprio relator, eminente Ministro Gilmar Mendes, trouxe-nos um denso voto que, na verdade, mais do que um voto, é um verdadeira peça doutrinária sobre os vários aspectos da questão.

Então, acho oportuno, como esta Corte sempre faz, debruçar-se um pouco melhor sobre os temas complexos. E o objetivo do pedido de vista é exatamente este: para aprofundar melhor os temas trazidos à discussão deste Plenário.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA

ADV.(A/S) : ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação



Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Havia pedido vista. Início este Voto ressaltando que assim procedi para aprofundar a reflexão sobre este tema de caráter hipercomplexo e transdisciplinar. A solução de controvérsias dessa natureza exige diálogo. Um pedido de vista pode e deve, assim, servir também para isso. Nesse processo decisório, a construção da ponte importa tanto quanto as margens: a margem da qual se parte e aquela para onde se vai. Por essa razão, estabeleci nos dias em que estive com os autos sob minha vista, sem embargo do exíguo período, profícuo diálogo com os demais Poderes (Executivo e Legislativo), órgãos, instituições e especialistas na área, como, por exemplo, o Dr. Dráuzio Varella e o jurista Luís Greco. Foi o contido nos autos, o profundo voto do Ministro Gilmar, o debate público estabelecido sobre esse tema e, tudo isso somado aos diálogos que estabeleci nesse processo, que me fundaram a construção da ponte que agora vos exponho e que me levaram à margem que agora vos apresento. Na ausência da resposta perfeita, apresento-vos a resposta que em mim emergiu, própria da imperfeição que faz a humanidade inacabada por definição.

Dito isso principio, rememorando:

Alega-se nesta sede recursal violação de direito fundamental, tendo em vista a condenação pelo porte de droga para uso próprio. Ao fim, requer-se a absolvição por atipicidade da conduta, bem como a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343.

A Procuradoria-Geral República se pronuncia pelo desprovimento do recurso porquanto é crime o porte de entorpecentes para consumo próprio.

RE 635659 / SP

Este Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria veiculada nos autos (eDOC. 24).

Foram admitidas diversas entidades na posição de *amicus curiae*.

Em alentado voto, o e. Relator abanca cuidadosa análise acerca do raio do controle de constitucionalidade de normas penais. Valendo-se de refinada jurisprudência alemã, o Ministro Relator alvitrou que o princípio da reserva legal seja interpretado como princípio da reserva legal proporcional, no qual três níveis de controle de constitucionalidade seriam possíveis pela atividade judicial: a) o controle de evidência; b) o controle de justificabilidade; e c) o controle material de intensidade.

O i. Relator abona, em seguida, que os crimes de perigo abstrato, como vários dos tipos descritos pela Lei 11.343, possuem uma presunção absoluta a respeito de sua periculosidade. Por essa razão, haveria uma relação delicada entre esses delitos e o princípio da ofensividade. Pelo sopesamento entre os dois princípios, seria possível, na esteira de precedentes desta Corte, realizar um controle de constitucionalidade sobre a tipificação de crimes de perigo abstrato. Deu provimento ao pleito de inconstitucionalidade e absolveu o recorrente.

Passo ao voto.

O presente Recurso Extraordinário desafia acórdão que trata de caso específico, o de porte para uso pessoal de maconha. A análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral possibilita a esta Corte extrapolar os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema, que para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica.

Não obstante, quando se está diante de um tema de natureza penal,

RE 635659 / SP

é prudente judiciousa autocontenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente.

Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

É a este caso e à substância objeto do presente recurso (maconha), portanto, que me concentrarei.

As razões apresentadas pelo i. Ministro Relator são extremamente ponderáveis. Abraço as preocupações de Sua Excelência.

É paradoxo desassossegador perfilhar descriminalização do uso de drogas cuja produção e comercialização tipificam, ao mesmo tempo, o crime de tráfico. Isso porque se a retirada do estigma criminal permite que se dê a devida atenção ao bem jurídico tutelado e ao tratamento do usuário, sempre conviver-se-á com o indelével gravame de vê-lo enredado no tecido criminoso de distribuição da droga. A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante. Repito: a dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante.

Consente-se que simbolicamente a Lei 11.343 “representa uma nova política na seara das drogas” (HASSON, Felipe. *Drogas: Constituição, Democracia e Liberdade*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015. p. 156). A manutenção da proibição do tráfico

RE 635659 / SP

simultaneamente à descriminalização, não obstante a ausência de dados indisputáveis sobre isso, apenas abona estímulo à traficância, seja pela lucratividade, seja por uma possível ampliação do mercado de consumo.

O debate se focaliza no dispositivo contido pelo art. 28 da referida lei. O tipo se refere a *adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal*, condutas já julgadas como de índole criminosa por este mesmo Tribunal. Ali, nessa lei, espécie alguma de droga é indicada; remete-se, no artigo 66, para ato legislativo inexistente até hoje e para ato regulamentar, este sim já praticado pelo Poder Executivo por meio do Ministério da Saúde. A droga elencada, pois, é da altura jurídica de portaria.

Essencialmente é preciso deixar nítido que o consumo de drogas pode acarretar sérios transtornos e danos físicos e psíquicos, eventualmente até mesmo a morte de quem as consome. Além disso, também se associam muitas vezes ao consumo de drogas outros danos potenciais como o cometimento de delitos para a manutenção do eventual vício.

Mesmo em presença disso, o tema também se coloca diante da liberdade, da autonomia privada e dos limites de interferência estatal sobre o indivíduo; conforme assevera **Carlos Santiago Nino**, invocam-se, em geral, três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade (NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423).

O referido autor assim os sistematiza.

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em primeiro lugar, detém-se em um argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Vale dizer, o uso de drogas é considerado um comportamento

RE 635659 / SP

moralmente reprovável e, por isso, deve ser combatido por meio de uma resposta penal do Estado. Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado.

Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Ou seja, os ideais de excelência humana que integram o sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo. Essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito (NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 425), como soe acontecer nas sociedades liberais.

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em segundo lugar, se atém em um argumento paternalista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar. Essa tessitura não busca impor um modelo de vida (supostamente) decente como faz o perfeccionismo, mas sim proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas. No entanto, interroga-se o papel do Estado que, ao buscar proteger seus cidadãos, singra o caminho de reprová-los penalmente. No caso do consumo de drogas, proteger o cidadão dos males causados pelo consumo de drogas necessita exigir uma resposta informativa, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas, segundo o autor, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão (NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 431-432). À ilicitude se dirigem sanções, não

RE 635659 / SP

necessariamente penais.

Por fim, a criminalização do porte de drogas para uso topa em um argumento de defesa da sociedade quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos (incluída aí a família como instituição) que podem sofrer os efeitos ou consequências dos atos de quem usa drogas. No entanto, objeta Santiago Nino, para prevenir e reprovar as eventuais condutas excessivas dos usuários de drogas, o Direito Penal já oferece uma série de outras sanções. O usuário de drogas que furta ou rouba para sustentar seu vício deve ser punido pelas ações delituosas de furto ou roubo, mas não pelo uso em si da droga, argumenta Santiago Nino. Vale dizer, o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal. Dessa forma, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros seria insustentável, pois toda e qualquer ação, seja ela privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável (NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 436-438).

Diante disso, emerge a crítica de **Carlos Santiago Nino**, pois, para o autor, criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue (correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz) e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar. Essas críticas não fazem despenhar-se a vereda da criminalização. E essa foi a opção do legislador brasileiro no artigo em discussão. Tomou o caminho da primazia do Estado sobre o cidadão. A tal opção de apenas agregou-se ato executivo que elencou as drogas

RE 635659 / SP

proscritas. Esse liame foi selado pelo espancamento da dúvida quanto ao caráter de conduta criminosa, consoante assentado neste Tribunal. Legislativo, Executivo e Judiciário fundaram um tripé cuja constitucionalidade vem agora a esse patamar deliberativo, centrado no uso de droga ilícita.

Nesta arena, entende-se que a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal. Na seara do Direito Penal, afirmam **Zaffaroni e Pierangelli**:

“ (...) todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal” (Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 95).

Na conceituação do que se deve entender por esfera privada, ressaltem-se as lições de **Luis Greco**:

“O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros. (...). Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada: daí porque se pode falar de um conceito secundário de privacidade. A esfera privada é, nessa perspectiva, aquilo que resta depois que se subtraem as afetações a terceiros: daí o caráter residual do conceito” (Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. Revista Brasileira de Ciências Criminais- n. 87. p. 91,

RE 635659 / SP

2010).

O processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária - ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da *dignidade da pessoa humana* em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros.

No caso do atual art. 28 da Lei de Drogas, pode-se dizer que há ao menos duas rotas de tensão e tendencial colisão, a partir das quais se constata que a opção histórica pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa atitude político-criminal:

- a) Confrontam-se a técnica de incriminação por meio dos "crimes de perigo abstrato" e o princípio da ofensividade;
- b) Confrontam-se uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

A definição tradicional da incriminação do porte e posse de drogas ilícitas como crimes de perigo abstrato, sob "perigo à saúde pública" pela natureza nociva das substâncias apontadas como tais por ato administrativo do Ministério da Saúde, é uma opção político-criminal. Essa opção, pois, do Executivo é a de preencher a norma penal em branco. Cumpre iluminar esse fato: a lei, em momento algum, elenca drogas ilícitas; quem o faz é a **Portaria SVS/MS nº 344**, de 12 de maio de 1998, mediante lista de substâncias ilícitas a constituir o objeto material do tipo penal do art. 28.

RE 635659 / SP

Diante de princípios basilares desde a reforma penal iluminista, como aquele da ofensividade, segundo o qual não se pune a autolesão, serve a pena estatal, sim, à proteção quanto à lesão de direitos de terceiros. A razão do tratamento diferenciado a substâncias como álcool e tabaco, por exemplo, é opção político-criminal também.

Por isso, o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal. Entre as opções indicadas pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, há uma modalidade de controle de constitucionalidade de norma penal que tem especial aplicação para o caso em tela. Trata-se, com efeito, do exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade. Há, nessa proposição, dois níveis de análise: o de proporcionalidade e o de ofensividade. Relativamente à proporcionalidade, embora tenha matriz constitucional, não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato. Perfilhamos, nesse ponto, a opinião José Francisco de Faria Costa:

"O cerne da legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstracto não está tanto no eventual desvio ao cânone da proporcionalidade, mas antes na concreta determinação do seu sentido (ou ausência dele) violador do princípio da ofensividade". (COSTA, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 637).

Portanto, parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio é a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido. É preciso, pois, previamente ao exame do pedido veiculado neste recurso extraordinário, identificar se a ofensividade tem, de fato, matriz constitucional.

A interpretação do Direito Penal à luz da Carta da República tem

RE 635659 / SP

sentido a partir de duas premissas básicas: a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos fundamentais. A primeira premissa indica que, em situações excepcionalíssimas, é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa. Por isso, exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade, a separação entre penas e medidas de segurança jamais autorizaria fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações.

Já neste ponto é possível antever que a incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.

No que tange às limitações dos direitos fundamentais, é preciso que eventual restrição encontre fundamentação constitucional. Nessa diretriz, alberga-se o princípio da tipicidade, a exigir reserva de lei para normas penais. Considerando que a tipicidade decorre da teoria sobre os direitos fundamentais, ao legislador não compete apenas observar a reserva de lei para tipificar determinada conduta, como também deve demonstrar que pela incriminação outro direito fundamental será protegido.

A doutrina costuma indicar que a sede do princípio da ofensividade como parâmetro de controle de constitucionalidade reside no art. 98, I, da Constituição da República. Embora a referência tópica possa constar desse dispositivo, o conteúdo do princípio decorre, de um lado, da opção constitucional e legal por um Direito Penal orientado por fatos; e, de outro, da impossibilidade de se criminalizar condutas que não atinjam um fundamento constitucionalmente assegurado.

Nesse sentido, é correto afirmar que o princípio da ofensividade tem assento constitucional e serve de parâmetro para o controle da atividade

RE 635659 / SP

do Legislativo. Esse controle não incide, entretanto, indistintamente sobre todas as normas penais, nem sobre os objetivos e motivações invocados para edição da norma, pois, em tais circunstâncias, seria preciso recorrer-se a argumentos consequencialistas, para afastar a prerrogativa de avaliação feita pelo Legislativo. O princípio da ofensividade permite, de fato, a limitação do próprio direito, mas não autoriza que se oponham argumentos utilitários à validade normativa.

Essa tarefa tem ainda maior importância se o reconhecimento da extensão dos bens jurídicos e da consequente proteção estatal for medida em relação à eventual restrição da liberdade. Nesse sentido, caberia à teoria do bem jurídico identificar quais bens podem justificar a restrição à liberdade.

Não se trata, contudo, de afastar *a priori* qualquer pretensão de permitir ao Estado perseguir fins morais. Ao contrário, inexistente um princípio que delimite a esse ponto a atividade estatal regulatória. É preciso registrar, neste particular, que a possibilidade de se buscar fins morais não é descontextualizada: apenas em sociedades em que haja o respeito à autonomia dos cidadãos, garantindo-se-lhes um amplo espectro de opções valorosas (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986), é que seria possível falar em uma larga margem de avaliação para estabelecer fins morais.

O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.

A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é *adequadamente* posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade.

RE 635659 / SP

Especificamente em relação à coerção penal, poder-se-ia apontar, na linha do que indica Claus Roxin, serem ilegítimas as incriminações de: motivações ideológicas; autolesão; tabus; fins extrapenais; e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos (ROXIN, Claus. *Es la proteccion de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007).

Essas considerações parecem indicar que, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o adicto, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, mas a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto.

Relativamente ao caso objeto deste recurso extraordinário, observe-se que a tipificação das condutas que constam da Lei 11.343 recai, à primeira vista, sobre as condutas e não em razão de um bem imediatamente designado. Em tais circunstâncias, a doutrina costuma dividir as técnicas legislativas de incriminação a partir da ofensividade a determinado bem jurídico em crimes de dano e de perigo. Nestes, é a própria conduta que é incriminada, pois, supõe-se, que do fato possa emergir dano. Naqueles, a exigência do resultado é condição para a consumação do crime.

Posta nesses termos, a definição de crimes de perigo parece exigir do intérprete que a distinção se faça pela causalidade. Enquanto nos crimes de resultado, a lesão seria decorrência do injusto praticado pelo autor, em virtude de seu conhecimento causal, nos crimes de perigo, a ofensa ser-lhe-ia imputável, por recurso a um raciocínio probabilístico. O juízo

RE 635659 / SP

normativo de imputação, no entanto, não é exclusivo de apenas um grupo de crimes, mas constitui a essência da atribuição penal.

Com efeito, nos crimes de resultado, mesmo recorrendo-se à teoria da equivalência dos antecedentes causais, é impossível afirmar que o dano foi causado pela conduta do agente, pois, em verdade, todos os fatos que são anteriores à conduta, inclusive seu nascimento, são condições necessárias para o resultado. O que se passa, antes, é que o agente, como obra sua, cria uma situação de risco para o bem violado. Portanto, mesmo nos crimes de resultado, há sempre a ameaça de lesão e é por colocar em risco o bem jurídico que o agente responde pelo ilícito, se o fez como obra sua.

Essa diferenciação ocorre apenas na definição legal do tipo. No plano da aplicação concreta, ela repercute de modo distinto. O juiz realiza a imputação à luz da efetiva ocorrência do resultado e, ao deixar-se interpelar por esse fato, estende o raciocínio probabilístico da causalidade à potencial configuração de resultados desvaliosos. Trata-se, assim, de estimar, para os crimes de perigo, *"que a probabilidade de produção do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção"* (COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 600).

Para que esse juízo se realize, é necessário, à luz da ocorrência do resultado concreto, que se examine a situação de risco. Evidentemente, tal raciocínio só poderá ser feito se o julgador adotar uma posição de um homem prudente, porquanto deverá examinar a hipótese sob a perspectiva do saber comum. A operacionalização desse cálculo exige, ainda, que a situação de perigo tenha tido uma estabilidade temporal, uma duração. O intérprete, então, ao deixar-se interpelar pela ocorrência posterior do resultado, deve colocar-se no passado para, recorrendo às regras comuns da experiência, decidir sobre a imputação.

RE 635659 / SP

Há, contudo, uma forma de tipificar o perigo que define *ex ante* a construção da relação considerada perigosa em abstrato. Nessas situações, o intérprete sequer precisaria presentificar o passado para realizar a imputação, pois a descrição do tipo penal identifica que, naquele momento hipotético, a situação de perigo já havia sido criada.

Não são raras as vozes que afirmam inconstitucionais os crimes de perigo abstrato. Aduzem, em síntese, que não poderia o legislador definir *a priori* um tipo que prescinde da real criação de uma situação de perigo. A legitimidade da tipificação de condutas em abstrato não decorre, entretanto, de uma presunção ou de possibilidade futura de colocação em perigo determinado bem jurídico. Não se trata, também, de substituir o julgador pelo legislador. Ao contrário, nos crimes de perigo abstrato, conquanto seja correto afirmar que o legislador se substitui ao julgador ao reconhecer que o pôr-em-perigo foi previamente estimado, como se, sem o resultado concreto, o legislador se colocasse em um futuro-passado hipotético, o que o legislador quis expressar, ao irmanar-se com o homem comum que hipoteticamente poderia vir a estimar a imputação da situação de perigo, foi a imposição de um dever de cuidado. E é aqui que reside sua legitimidade.

Poder-se-ia, assim, seguindo José Francisco de Faria Costa, afirmar que, de fato, o dever de cuidado é fonte de justificação dos tipos de perigo abstrato, mas não é um dever presente apenas nesses tipos. O dever de cuidado está, em verdade, em todos os demais tipos; apenas, nos abstratos, aparece de modo mais puro.

Assim, para as condutas tipificadas pela Lei 11.343, poder-se-ia dizer que a política-criminal se limitou a fixar um dever de cuidado, pois ações ali descritas, tal como as estima o antevisto homem prudente [1], o qual servirá de padrão de senso crítico para um hipotético julgador, criam situações de perigo. Essa formulação é fundamental para se compreender

RE 635659 / SP

que é na categoria da obrigação de cuidado que se deve pensar a concatenação entre a teoria do bem jurídico e a atividade regulatória do Estado, na esfera penal.

O juízo de adequação a que nos referimos anteriormente para avaliar a legitimidade da intervenção estatal pode ser, agora, definido como a plausibilidade da hipotética imputação feita *ex ante* pelo legislador às condutas de perigo abstrato. Essa formulação é de fundamental importância para que se reconheça como distinto o juízo acerca da imputação hipotética formulada pelo legislador daquele que é feito com base na crítica às justificativas e aos objetivos da norma incriminadora. Noutras palavras, a definição de crimes de perigo abstrato não implica uma presunção de perigo pelo legislador, mas uma imputação hipotética.

A mudança de palavras é plena de significado. Se, por meio da tipificação de conduta de perigo abstrato, quer-se, na realidade, impor um dever de cuidado, é preciso que a figura do homem médio que subjaz ao raciocínio da hipotética imputação, possa corresponder, de fato, ao padrão comum do senso crítico de imputação.

O controle de constitucionalidade sobre a incriminação de tipos de perigo abstrato não recai, portanto, sobre a potencialidade de ofensa a um determinado bem jurídico, nem sobre a sua potencialidade concreta. Trata-se, em verdade, de se analisar se é adequada a imposição de dever do cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislador. Assim, se o homem prudente pressuposto pelo legislador corresponder ao que invocaria o Judiciário, a imposição do dever seria adequada.

De que modo se constitui a imputação hipotética formulada por esse pressuposto homem prudente? Não obstante seja o tema infrequente na formulação que aqui propomos, há um critério que já foi reconhecido pela jurisprudência deste Tribunal para balizar o juízo de imputação.

RE 635659 / SP

Trata-se do instituto da "dúvida razoável" cuja formulação impõe um duplo dever: à acusação, especialmente nos sistemas adversariais, cumpre o ônus da prova e ao julgador, o reconhecimento de que a imputação deve ser procedente para além de qualquer dúvida razoável.

É preciso advertir, contudo, que não se está a tomar de empréstimo, aqui, um instituto de direito processual para erigi-lo como parâmetro material de controle de constitucionalidade. A referência ao critério da dúvida razoável é, no sentido aqui empregado, um princípio geral do direito (NEWMAN, Jon. *Beyond Reasonable Doubt*. In: *NYU Law Review*, v. 68, nov. 1993, n. 5, p. 1002) e tem a função de controle do juízo de imputação. Se, nos crimes de dano, o juízo recai sobre a criação do risco a um determinado bem jurídico como obra do autor, nos crimes de perigo abstrato a dúvida que afasta a incriminação exige que o dever de cuidado seja a melhor opção para a proteção do bem.

Essa diferenciação é importante porque a análise da proporcionalidade de potencial ofensividade ao bem jurídico, tal qual a argumentação até expendida sustentou, ainda não soluciona o problema de adequação à que alude Bernhard Schlink quando alerta que o critério de proporcionalidade é insuficiente para avaliar a disponibilidade de informações para as escolhas do legislativo. De acordo com o constitucionalista alemão, "para resolver o problema de insuficiência ou ambiguidade de informações, é preciso estabelecer uma regra de ônus-de-prova na qual tanto o legislativo, quanto o cidadão afetado, podem provar que os meios [empregados para restringir um direito fundamental] funcionam ou não" (SCHLINK, Bernhard. *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here?* In: *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 22, n. 2 (2012), p. 299, disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss2/5>).

O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar

RE 635659 / SP

para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a "prerrogativa de avaliação fática" do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção.

Nos estritos limites do caso dos autos, seria possível afirmar que norma penal não atinge essa barreira.

Chega-se aqui a um ponto nodal: o dependente é vítima e não criminoso germinal. Afigura-se, nessa passada, relevante a separação de mercados e a divisão entre as espécies de drogas. Dados de suficiente crédito dão ensejo a essa ordem de ideias à luz do grau e da origem de encarceramento. Parte-se de uma realidade carcerária preocupante, levando em conta os conhecidos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen- junho de 2014 [2].

Quanto ao tráfico de drogas, o mesmo Levantamento [3] alvitra números sabidos e também preocupantes.

Para uma visão do que representa o tráfico de drogas especificamente em relação à maconha, a título de exemplo, compulsando dados técnicos do Estado do Paraná, em respeitável trabalho capitaneado pela Doutora Maria Tereza Uille Gomes, integrante do Ministério Público paranaense, podem ser extraídos índices elevados (quase 30%) exclusivamente atinentes à droga em pauta [4]. Já em relação aos adolescentes, há um quadro inquietante com jovens apreendidos por ato infracional somente com a droga em tela [5].

Com base neste quadro fático, o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente. Ao necessitar de tratamento para a superação do vício, é estabelecida ao Estado (e mesmo à sociedade) uma obrigação de fornecer os meios necessários para tanto. Relembre-se o

RE 635659 / SP

disposto no art. 196, do Texto Constitucional:

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

Disso se extrai que o acesso à saúde é universal, frise-se bem, e, por conseguinte, deve abarcar todos os indivíduos que necessitem dos seus serviços para preservação da própria integridade física e mental. Ao referir-se a “todos”, em tal significante se inclui a integralidade dos cidadãos, sem qualquer pecha discriminatória sobre a patologia acometida ou sua origem, sua raça ou sua cor que os prive de tratamento ou cuidado. Ter acesso legal à saúde é direito fundamental. Repita-se: toda droga, lícita ou ilícita, traz sequelas, e pode fazer mal, seja afetando o sistema de recompensa, seja gerando dependência física ou psíquica.

Observe-se, pois, que ao tema subjaz questão de **saúde pública**, e, portanto, prioritariamente de **política pública** de atenção e cuidado da saúde. E tal realidade é reconhecida, desde os idos dos anos 2000, pelo corpo técnico do Poder Executivo Federal, conforme estudo realizado pelo Ministério da Saúde, do qual se extrai o trecho seguinte:

“Entendemos que uma política de prevenção, tratamento e de educação para o uso consumo de álcool e outras drogas necessariamente terá que ser construída na interface de programas do Ministério da Saúde com outros Ministérios, bem como com setores da sociedade civil organizada. Trata-se aqui, de afirmar que o consumo de álcool e outras drogas é um grave problema de saúde pública. (...)”

Comprometer-se com a formulação, execução e avaliação de uma política de atenção a usuários de álcool e outras drogas exige exatamente a ruptura de uma lógica binarizante que separa e detém o problema em fronteiras rigidamente

RE 635659 / SP

delineadas, e cujo eixo principal de entendimento (e, portanto, de “tratamento”) baseia-se na associação drogas-comportamento anti-social (álcool) ou criminoso (drogas ilícitas).” (A política do Ministério da Saúde para a Atenção Integral a Usuários de Álcool e Outras Drogas. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf. p. 8).

Nesse sentido, mais recentemente o Governo Federal editou o Decreto 7.179/2010, o qual instituiu o **Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas [6]**, com vistas à prevenção do uso, ao tratamento e à reinserção social de usuário e ao enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas (art. 1º). Do art. 5º, calha mencionar, dentre as ações, a “ampliação da rede de assistência social voltada ao acompanhamento sociofamiliar e à inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social; a de comunicação de âmbito nacional, envolvendo profissionais e veículos de comunicação; ampliação de operações especiais voltadas à desconstituição da rede de narcotráfico, com ênfase nas regiões de fronteira, desenvolvidas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal em articulação com as polícias civil e militar e com apoio das Forças Armadas; ampliação da rede de atenção à saúde e assistência social para tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras drogas; capacitação de profissionais e lideranças comunitárias; criação de centro integrado de combate ao crime organizado, com ênfase no narcotráfico com apoio das Forças Armadas”.

Relevante, por conseguinte, é a resposta de informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas. Vê-se indispensável, assim, a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em sua dimensão expandida, das entidades religiosas e de benemerência, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias e que causam dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes.

RE 635659 / SP

Ressalte-se que se deve colocar no leiaute dos debates sobre as causas da drogadição o circuito que vai da produção ao consumo de drogas no Brasil. E isso especialmente para a hipótese dos autos. Tal vazio respectivo merece ser preenchido por ato legislativo, no catálogo de sua competência. A regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga em questão não cabe, nem aqui ou agora, ao Poder Judiciário, mas sim ao poder constitucional e democraticamente responsável para levar a diante tal mister sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa.

Não deve o STF em sede deste recurso preencher o vazio normativo que daí pode decorrer. Há, nesse sentido, tanto os limites da controvérsia constitucional posta – e a necessidade de adstrição a estes – quanto os confins democráticos que se põem ao Judiciário. No entanto, cabe reconhecer, sem prejuízo da nulidade constitucional adiante chancelada, que o usuário, apesar da autodeterminação que pode lhe assistir, fomenta, ainda que reflexamente, o tráfico. Este, pois, é o destinatário das causas cujos efeitos estão em pauta.

Dessa forma, sendo injurídico o uso e porte para consumo da droga objeto do presente recurso (maconha), o enfrentamento do tráfico mira, por conseguinte, ato porvindouro, ou seja, a devida regulamentação legislativa. Separar mercados contribui para a redução de danos, daí a valoração específica sobre a droga do caso concreto, diferenciando, a partir dele, o que **Canaris** oferta para distinguir, no pensamento sistemático, as tarefas da legiferação e as da jurisprudência (CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 2ª ed).

Em nosso ver, aqui se está diante de hipótese que tipifica a gravidade das *escolhas trágicas*. Não há solução perfeita. O desafio ao legislador e à sociedade é definir se a autorização lícita, considerando

RE 635659 / SP

para tanto a droga vertida no caso concreto, regulamentada e restrita, pode contribuir para principiar a solver o germe de tais questões; meias soluções são apenas remédios efêmeros para problemas graves.

Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga.

Também não parece inserir-se na atribuição do Poder Judiciário, entretanto, a definição desses parâmetros. Se o legislador já editou lei para tipificar como crime o tráfico de drogas, compete ao Poder Legislativo o exercício de suas atribuições, no qual defina, assim, os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que devem ser levados em conta para diferenciação, *a priori*, entre uso e tráfico de drogas.

Emerge como de responsabilidade, de um lado, do Poder Legislativo a fixação de tais parâmetros, e de outro, a respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

Até que isso se dê, e mesmo após, a adoção imperativa da audiência de apresentação em até 24 horas, poderá extirpar, perante o juiz, qualquer desvio prático no emprego de tal critério, especialmente diante do tráfico.

Enquanto não houver pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, é mandatório reconhecer a necessidade do

RE 635659 / SP

preenchimento dessa lacuna; considerando ter o legislador definido em lei o tráfico, soa razoável, nesse interregno entre esta decisão e nova lei específica sobre o tema desses parâmetros, determinar aos mencionados órgãos do Poder Executivo (SENAD e CNPCP), até que sobrevenha definição legislativa, que os regulamentem, na condição *rebus sic stantibus*. Tais provisórios parâmetros devem ser considerados relativos (*iuris tantum*), sempre passíveis de verificação no caso concreto pelo Magistrado.

Impende, por relevante, assentar que, em respeito especialmente às gerações futuras, todas e quaisquer resoluções pressupõem formulação, adoção e efetivação real e concreta de políticas públicas de atendimento aos adictos, para fins de atuação concreta tanto do Estado quanto da sociedade, mediante redes de atenção e cuidado com a saúde pessoal e familiar de todos. Remarque-se, aliás, que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária está traduzida como ideário fundamental da República Federativa do Brasil no artigo 3º da Constituição.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos, para:

(i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;

(ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;

(iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a

RE 635659 / SP

inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim híidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;

(iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto;

(v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

(vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e

RE 635659 / SP

apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.

É como voto.

[1] O conceito de homem prudente, construído como modelo para determinar lesões do dever de cuidado ou do risco permitido, é um referencial valioso para definir a natureza de comportamentos humanos. Um homem prudente é capaz de reconhecer e avaliar situações de perigo para bens jurídicos protegidos, mediante observação das condições de realização da ação e reflexão sobre os processos subjacentes de criação e de realização do perigo: por exemplo, um motorista prudente pode prever a possibilidade de crianças, pedestres desatentos ou pessoas idosas ou deficientes ingressarem, inesperadamente, na pista de rolamento das vias urbanas, e agir em conformidade com essa previsão. Esse modelo é construído perguntando-se como agiria, na situação concreta, um homem prudente pertencente ao círculo de relações do autor e dotado dos conhecimentos especiais deste (por exemplo, sobre os perigos de determinado cruzamento, ou sobre a presença de escolar na rua, em determinados locais e horários etc.): se a construída ação do modelo divergir da ação real, existe lesão do dever de cuidado ou do risco permitido” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 102-103). Não se desconhece, por óbvio, os limites que tal modelo de controle impõe ao intérprete, especialmente no que tange a imposição de um modelo único de conduta, algo que, ao menos no campo do Direito Regulatório, tem sido posto em perspectiva (JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Vol. 50, n. 5, Maio 1998, p. 1471-1550). Nos estritos limites destes autos, no entanto, o modelo proposto apenas explicita o emprego do juízo de proporcionalidade à incriminação penal.

[2] <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em

RE 635659 / SP

21.08.2015:

Brasil- 2014	
População prisional	607.731
Sistema penitenciário	579.423
Secretárias de Segurança/Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

[3] <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen- nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 21.08.2015

	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	59.154	7.159	66.313
Tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06)	50.014	5.906	55.920
Associação para o tráfico (art. 14 da Lei 6.368/76 e art. 35 da Lei 11.343/06)	6.823	832	7.655
Tráfico internacional de drogas (art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)	2.317	421	2.738

[4] Estudo Técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11343/2006 apresentado em Evento da Plataforma Brasileira de Políticas sobre Drogas nos dias 15 e 16 de junho

RE 635659 / SP

de 2015, na Universidade de São Paulo - USP, organizado pela Escola Estadual da Defensoria Pública, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD. (GOMES, Maria Tereza Uille, GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro, CARVALHO, Hellen Oliveira, OLIVEIRA, F. P., PEIXOTO, C. A. B.):

Total de presos por tráfico de drogas em 2014	6.027
Presos com maconha	53%
Presos apenas com maconha	29%

[5] Socioeducação (Adolescentes em conflito com a lei) Fonte – Sistema Informatizado de Medidas Socioeducativas Departamento de Atendimento Socioeducativo – DEASE/SEJU:

Total de adolescentes apreendidos	1008	
Adolescentes apreendidos por ato infracional análogo ao tráfico	312	31%
Adolescentes apreendidos por ato infracional análogo ao tráfico – maconha e outras drogas	254	25%
Adolescentes apreendidos por ato infracional análogo ao tráfico – somente maconha	191	19%

[6] Bastante elucidativo é o art. 5º, cujo teor se transcreve: “Art. 5º O Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas será composto por ações imediatas e estruturantes. § 1º As ações Imediatas do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas contemplam: I - ampliação do número de leitos para tratamento de usuários de crack e outras drogas; II - ampliação da rede de assistência social voltada ao acompanhamento sociofamiliar e à inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social; III - ação permanente de comunicação de âmbito nacional sobre o crack e outras drogas, envolvendo profissionais e veículos de

RE 635659 / SP

comunicação; IV - capacitação em prevenção do uso de drogas para os diversos públicos envolvidos na prevenção do uso, tratamento, reinserção social e enfrentamento ao tráfico de crack e outras drogas ilícitas; V - ampliação das ações de prevenção, tratamento, assistência e reinserção social em regiões de grande vulnerabilidade à violência e ao uso de crack e outras drogas, alcançadas por programas governamentais como o Projeto Rondon e o Projovem; VI - criação de sítio eletrônico no Portal Brasil, na rede mundial de computadores, que funcione como centro de referência das melhores práticas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, de enfrentamento ao tráfico e de reinserção social do usuário; VII - ampliação de operações especiais voltadas à desconstituição da rede de narcotráfico, com ênfase nas regiões de fronteira, desenvolvidas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal em articulação com as polícias civil e militar e com apoio das Forças Armadas; e VIII - fortalecimento e articulação das polícias estaduais para o enfrentamento qualificado ao tráfico do crack em áreas de maior vulnerabilidade ao consumo. § 2º As ações estruturantes do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas contemplam: I - ampliação da rede de atenção à saúde e assistência social para tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras drogas; II - realização de estudos e diagnóstico para o acúmulo de informações destinadas ao aperfeiçoamento das políticas públicas de prevenção do uso, tratamento e reinserção social do usuário e enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas; III - implantação de ações integradas de mobilização, prevenção, tratamento e reinserção social nos Territórios de Paz do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI, e nos territórios de vulnerabilidade e risco; IV - formação de recursos humanos e desenvolvimento de metodologias, envolvendo a criação de programa de especialização e mestrado profissional em gestão do tratamento de usuários de crack e outras drogas; V - capacitação de profissionais e lideranças comunitárias, observando os níveis de prevenção universal, seletiva e indicada para os diferentes grupos populacionais; VI - criação e fortalecimento de centros colaboradores no âmbito de hospitais universitários, que tenham como objetivos o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento de metodologia de tratamento e reinserção social para dependentes de crack e outras drogas; VII - criação de centro integrado de combate ao crime organizado, com ênfase no narcotráfico, em

RE 635659 / SP

articulação com o Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia - CENSIPAM, com apoio das Forças Armadas; VIII - capacitação permanente das polícias civis e militares com vistas ao enfrentamento do narcotráfico nas regiões de fronteira; e IX - ampliação do monitoramento das regiões de fronteira com o uso de tecnologia de aviação não tripulada. § 3º O Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas promoverá, ainda, a articulação das ações definidas neste artigo com outras ações desenvolvidas em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.”

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD
ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA
ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES
ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE
ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL
ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI
AM. CURIAE. :GROWROOM.NET
ADV.(A/S) :EMILIO NABAS FIGUEIREDO
AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Edson Fachin, agradeço a Vossa Excelência o denso voto e também o parabenizo pela sugestão pioneira: pelo menos ao longo do tempo em que estou aqui, quase dez anos, jamais vi a invocação do art. 30, III, do nosso Regimento para criar uma comissão temporária. Parabenizo-o pela criatividade que demonstra nesse aspecto e veremos se o douto Plenário acolherá essa sugestão de Vossa Excelência, quer por todos os títulos, pioneira, e me parece muito bem-vinda.

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, tendo em vista a parcial divergência manifestada no douto voto do ministro Edson Fachin, gostaria de fazer algumas considerações.

Não há nenhuma divergência, é claro, quanto à criação de um observatório para acompanhar esses temas. Até ontem, nós, na discussão que tivemos a propósito da temática do sistema prisional, ficamos com a percepção de que um grande problema do modelo de sentenças que envolvam um acompanhamento, um diagnóstico da situação a partir da nossa decisão é, exatamente, esse órgão de monitoramento.

Por isso, creio que o ministro Barroso e eu, inclusive, no caso de ontem, enfatizamos a necessidade de reforçar o papel do CNJ, Departamento do Monitoramento do Sistema Prisional, no caso específico, até por conta das dificuldades que temos de fazer isso *motu proprio*.

Lembrávamos, ontem, ainda discutindo esse tema na sequência, o celebre caso *Brown v. Board of Education*, e que, em certo momento, o próprio o *Chief Justice Warren* assume a execução do *decisum*, tendo em vista o significado efetivo e simbólico da decisão para os EUA. E, aqui, ontem, discutíamos esse aspecto.

Sua Excelência, todavia - muito mais cuidadoso do que eu, certamente - optou por delimitar a declaração de inconstitucionalidade à droga objeto do caso em exame, que é, como sabem, a *cannabis sativa*, ou maconha. E entendi - tendo em vista todas as premissas - que acredito são, em linha gerais, coincidentes a meu voto e, também, de Sua

RE 635659 / SP

Excelência, a rigor, não vejo razão para manter a criminalização do uso, independentemente da qualidade da droga.

Impressiona-me, sobretudo, o atentado que a criminalização significa e o estigma que ela traz para as pessoas que, a par de terem que lidar com esse tema difícilimo - ministro Fachin contou da honestidade, mostrou quantas pessoas trazem informações e informações carregadas de emoção, porque marcadas pela perícia vivida, não só testemunhos de pessoas que trabalham abnegadamente com pessoas que lidam com vícios, mas pais, mães, parentes que enfrentam esse tema. E é interessante, inclusive, que, nesses testemunhos, Presidente, há uma divisão muito clara de pais que dizem - e certamente Sua Excelência e todos nós tivemos visitas de pessoas que trouxeram - que entendem que a criminalização é uma medida adequada, porque coloca algum tipo de temor em seu filho, portanto, cumpriria um elemento inibitório, ou teria cumprido essa função.

E outros que temem exatamente a criminalização por conta dessa franja imprecisa entre usuário e traficante. E temem que seu filho seja alvo de uma ação arbitrária, como sói acontecer, infelizmente, tendo em vista as peculiaridades do envolvimento que se dá; inclusive, esses crimes de ocasião que são praticados por pessoas notoriamente viciadas, mas que precisam de algum dinheiro para sustentar o vício; e o envolvimento, às vezes, até mesmo com organização criminosa.

Então, a mim me parece que o argumento que é bastante para a questão dessa droga, hoje considerada, talvez, de menor potencial ofensivo, também atinge às outras. E a criminalização, realmente, é um estigma, inclusive, no que diz respeito ao tratamento.

Nós vimos o próprio testemunho que nos dá o coordenador desse trabalho hoje em Portugal, dizendo que já o tratamento criminal do tema inibe a busca de tratamento de caráter terapêutico.

RE 635659 / SP

Então, por isso, assim, com todas as vênias e respeito, reafirmo minha posição nessa situação, nessa visão mais abrangente, não me limitando, portanto, no que diz respeito ao uso, apenas à maconha, tendo em vista, inclusive, a repercussão que a decisão tem. E, aí, não iria por essa visão minimalista.

O segundo ponto que gostaria de tocar, e este tema me assaltou durante todo o período de elaboração do voto - e de fato este é um caso, e agradeço, inclusive, a todas as considerações trazidas por Sua Excelência, ministro Fachin, porque este é um tema que nós temos de buscar uma construção coletiva. De fato, se dizemos que o modelo - e parece até haver um certo consenso, não sei se podemos dizer isso -, de que o modelo da chamada guerra às drogas na dimensão alargada produziu, talvez, um fracasso; mas nós não sabemos como lidar com o fenômeno. E, claro, há matizes que exigem inclusive intervenção estatal: pessoas que usam a droga e surtam, pessoas que se tornam agressivas e tendem, inclusive, a cometer crimes. Em suma, há toda uma situação delicada, de difícil enquadramento nos mais diversos universos.

Mas, então, considerarei outra realidade que está clara na Lei, no próprio art. 1º, parágrafo único. Por quê? Porque um dos temas que nos aflige, certamente a todos nós, todo dia, certamente chega ao Gabinete, ou a um dos gabinetes, pelo menos, essa questão do chamado pequeno traficante, ministra Rosa, o sujeito que está com uma pequena quantidade de droga, que se diz usuário, mas que é qualificado, por alguma circunstância, de traficante, ainda que pequeno traficante, mas acaba sendo preso e depois tem a prisão provisória decretada. E esse é um dos dilemas que nós, então, apontamos, pelo menos, a necessidade de observação de regras de organização e procedimento, generalizar aqui e agora.

RE 635659 / SP

Na verdade, quando o voto foi elaborado, nós não tínhamos ainda votado a matéria que foi trazida pelo ministro Fux, quanto à audiência de apresentação, em que a se entendeu abrangentes os fundamentos determinantes e, ontem, isso foi, de alguma forma, também, reafirmado na liminar do caso trazido da relatoria do ministro Marco Aurélio.

Mas, vejam os senhores o que diz o artigo 1º da Lei nº 11.343:

"Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas" - essa disposição depois se repete, acho, no artigo 30 - "as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União."

E nós fomos verificar que quem faz isso hoje é a Anvisa, é a instituição reguladora de saúde pública, essa agência autônoma.

Então, nos meus experimentos iniciais em temas interpretativos - e talvez a gente tenha até referencial hermenêutico nesse caso específico, pelo menos, quando estamos dizendo que é atípica a conduta de quem porta três gramas de maconha, estamos de alguma forma fixando critério em termos quantitativos, um pouco nessa linha -, cheguei a pensar que não está fora da possibilidade de a própria autoridade do Executivo dizer que determinada quantidade de droga, determinada, específica, não está nesse rol. Portanto, não seria passível - claro, se nós encaminharmos - de

RE 635659 / SP

repressão também como traficante. Seria um passo significativo. Há espaço para isso e inclusive digo no meu voto. Mas essa é uma matéria que pode ser avaliada, claro, pelo legislador de maneira integral, como diz o ministro Fachin em sua conclusão. Mas também pela própria Administração, permitindo-se até mesmo - coisa que é muito comum especialmente no sistema anglo-saxão, mas hoje em vários outros sistemas - fazer um tipo de experimento institucional, por exemplo, dizer que o porte de até cinco gramas de uma dada droga, maconha, não será enquadrado na Lei. Então, me parece que este seria um ponto importante para reflexão.

Não teria dificuldade em relação a isso e, por isso, não subscreveria, então, a engenhosa declaração de inconstitucionalidade progressiva, porque, a rigor, nós podemos estar "chovendo no molhado". Talvez, pudéssemos até discutir aqui um tipo de apelo para - isso dependendo do que se assente no Plenário - que a própria autoridade administrativa responsável faça essa avaliação sob prazo - o chamado *sunset legislation* no direito norte-americano, traduzido aqui numa medida administrativa.

E, claro, não há nenhuma dúvida, quanto ao item IV, de que é atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas. E essa era uma das nossas dificuldades. Todos que conversam sobre esse tema e indicam a necessidade de posicionamento deste Tribunal, depois da pergunta sobre o uso da droga, se vai continuar como o crime ou não, faz essa pergunta: e a quantidade? Porque, a rigor, a partir da quantidade, nós temos usos e abusos. Daí eu ter, no meu voto, inclusive, listado as situações quanto à cultura de uso, alguns países adotam o critério de uso diário, outros, de uso semanal, ou período mais longo, para fins de uma possível descriminalização. É muito difícil ao Tribunal, tendo em vista inclusive a multiplicidade de drogas, de situações, fazer esse enunciado.

Mas, aproveitando a chegada que Sua Excelência faz, talvez o passo mais efetivo pudesse se dar no âmbito da própria Administração - e aqui

RE 635659 / SP

especialmente da Anvisa -, previsto na própria legislação. Sua Excelência declarou, como atribuição legislativa, o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário de traficante. O curioso é que, se a Administração decidisse - e pudesse - dar um passo mais efetivo, até com o apoio eventual da Corte, certamente isso iria dar-se não só com o caráter indicativo, mas com o caráter normativo, porque estaríamos atuando no próprio campo da tipicidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Porque é uma norma penal em branco. Veja, portanto, valendo-nos só do que está disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei.

Também, não tenho nenhuma dificuldade - e elogio a iniciativa - em subscrever a proposta quanto ao observatório. Eu só destaco que, tal como já tinha apontado no início da minha fala agora, aqui nós temos grandes dificuldades no que diz respeito à própria execução.

O grande problema de todo o modelo que nós estamos a desenvolver - e cada vez mais temos necessidade de desenvolver - é sair de um sistema puramente confirmatório ou cassatório das decisões para um modelo que exija a aplicação daquilo que os alemães chamam de *Annäherungslehre*, de uma "teoria da aproximação", é fazer essa implementação; é fazer, primeiro, a observação sobre o resultado da nossa decisão e, depois, essa implementação.

No caso de ontem, isso é notório: se nós não tivermos um sistema adequado de monitoramento, corremos o risco de ter decisões que acabem não se efetivando. Não vamos ter o retorno sobre os resultados das decisões que estamos tomando, mas apoio integralmente.

RE 635659 / SP

Eu queria só fazer essas considerações ressaltando a beleza do voto trazido agora à Corte e dizer que, em linhas de princípio, nós estamos de acordo. Mas gostaria de opor ou colocar essas pequenas considerações, tendo em vista realmente a complexidade desse voto.

Nós lidamos aqui todo dia com este tema. Nós lidamos aqui todo dia com temas os mais diversos. Acredito que talvez nenhum dos temas que até então, nesses doze anos em que estou aqui, trouxe ao Plenário me tocou tanto como este, tendo em vista os dramas pessoais subjacentes aos debates. Todo pai, toda mãe, todo profissional que nos vem falar do tema traduz experiência marcada por sangue e lágrimas. É extremamente tocante.

E, por isso, inclusive, que, na escolha que fiz inicialmente numa proposta de voto, entendi claramente que se podia dar o passo no sentido da descriminalização, forte no argumento realmente do excesso de poder legislativo e das consequências negativas que a criminalização traz inclusive ao tratamento dessas pessoas. Mas também entendi que o Estado não deve ser ausente nessa relação, que o argumento da autonomia privada e da autodeterminação não pode significar um direito a usar indiscriminadamente estupefacientes. Não é disso que se cuida. É só dizer que a criminalização parece, sim, um excesso, mantendo, portanto, no plano dos experimentos institucionais a possibilidade de que o legislador até aprimore as medidas que de alguma forma foram enunciadas no art. 28.

Presidente, só para encerrar esta minha fala - inclusive fazendo uma corrigenda em meu voto - devo aqui declarar a inconstitucionalidade com redução de texto da norma referente às medidas restritivas de direitos, porque ali elas são realmente medidas de caráter penal e, portanto, inadequadas aos propósitos que nós colocamos.

RE 635659 / SP

Mas, agradecendo, Presidente, o aparte e a possibilidade de discutir, e cumprimentando mais uma vez o ministro Edson Fachin, eram esses os esclarecimentos que eu queria trazer.

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
ADV.(A/S) : ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : RAFAEL CARLSSON CUSTÓDIO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA
ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAÚJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD
ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA
ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES
ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE
ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : EMILIO NABAS FIGUEIREDO
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, apenas para agradecer as observações feitas pelo eminente Relator, que, com seu olhar arguto, pontuou bem os dissensos que há entre os nossos pronunciamentos, assim como as zonas de intercessão que existem entre os dois votos.

Acredito que a designação de minimalista pode mesmo ser aplicada ao meu pronunciamento. Ele é cirurgicamente minimalista. E, portanto, em homenagem ao princípio da colegialidade, voltarei a esses pontos após ouvir os demais ilustres Pares.

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, caros Colegas, Senhores Advogados, estudantes, nós estamos aqui lidando com um problema para o qual não há uma solução juridicamente fácil, nem moralmente barata, e nós bem sabemos disso. Estamos diante - já foi observado pelo Ministro Fachin e pelo Ministro Celso - do que se tem chamado de escolhas trágicas, com base em um livro clássico de Guido Calabresi e Philip Bobbitt. Qualquer solução aqui tem custo alto, esta é a verdade. Porém, nós virarmos as costas para um problema, que é grave e difícil, não faz com que ele desapareça.

Eu acho, portanto, que, em boa hora, o Supremo Tribunal Federal está enfrentando esta matéria, e eu cumprimento o Ministro Gilmar Mendes pela iniciativa de ter trazido a discussão, pela densidade do seu voto e cumprimento o Presidente pela ousadia de pautar esta matéria. Em uma democracia, Presidente, nenhum tema é tabu. Toda questão pode e deve ser discutida à luz do dia. E nós todos aqui estamos, ainda que eventualmente em posições diferentes, procurando o que nós consideramos o melhor para as pessoas em geral e para o País.

O caso em discussão, que mereceu repercussão geral, envolve maconha. Envolve o porte de três gramas de maconha. Portanto, as reflexões que eu estou e estarei fazendo aqui se referem especificamente ao caso concreto. Algumas das reflexões que farei eventualmente serão aplicáveis a outras drogas, e talvez outras não sejam. Mas o argumento que estou construindo é focado precisamente no caso concreto, que é uma questão envolvendo maconha.

E ainda, Presidente, acho que, para a compreensão geral, é de proveito nós uniformizarmos um pouco a terminologia. Assim, a expressão ou termo "descriminalizar" significa deixar de tratar como crime; despenalizar significa deixar de punir com pena privativa de

RE 635659 / SP

liberdade, que é o regime vigente atualmente; e legalizar significa dizer que aquele é um fato que o Direito considera normal.

A discussão aqui presente, trazida pelo Ministro Gilmar, diz respeito à descriminalização; porque a despenalização já existe; e a legalização não é propriamente a discussão que foi trazida, até porque, tal como os demais Colegas que já se manifestaram, eu acho que, ainda quando em certos casos me parece própria a legalização, essa há de ser uma decisão do Congresso Nacional, uma decisão política do Poder Legislativo.

O nosso debate aqui é saber se o porte de drogas para consumo próprio deve ser tratado pelo Direito Penal ou por outros ramos do Direito, com a previsão de sanções, como, por exemplo, apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde e etc.

Essas são, Presidente, algumas observações introdutórias, e eu faço uma brevíssima reflexão teórica que me parece própria a propósito da interpretação constitucional e do papel que esse Tribunal pode e deve exercer. Eu acho que a interpretação constitucional, que é o papel do Supremo Tribunal Federal, é uma atividade que se desenvolve num largo espectro, que tem, como um dos seus marcos, a proteção dos direitos fundamentais, e, como outro do seus marcos, o que eu chamaria aqui de pragmatismo jurídico. Os direitos fundamentais protegem uma esfera mínima de justiça para cada indivíduo e têm por característica o fato de serem oponíveis à própria maioria. Portanto, onde há um direito fundamental, nem mesmo a lei pode efetivamente coarctá-lo.

E o pragmatismo jurídico, para não fazer grandes elaborações teóricas, tem, no entanto, duas características que me parecem importantes de serem destacadas aqui: a primeira é a que se denomina a contextualização, a decisão deve levar em conta as circunstâncias objetivas e concretas da realidade em relação à qual se está atuando; e a segunda característica do pragmatismo é o que se denomina de consequencialismo, que é a verificação de quais são as consequências que uma eventual decisão vai produzir no mundo real. E a mim me parece que, respeitados os direitos fundamentais, é não apenas possível, como

RE 635659 / SP

muitas vezes desejável que o intérprete produza a solução pragmaticamente melhor, ou seja, aquela que produz os melhores resultados para um maior número de pessoas. Nesse caso que nós estamos estudando, tanto a proteção dos direitos fundamentais, quanto as considerações pragmáticas de beneficiar o maior número de pessoas convergem para uma mesma solução.

Feita essa observação teórica, Presidente, eu gostaria de assentar algumas premissas fáticas e filosóficas que norteiam o meu convencimento e a minha posição nesta matéria. Primeira premissa é que o consumo de drogas ilícitas, sobretudo o de drogas pesadas, é uma coisa ruim, é uma coisa negativa, é uma coisa que não faz bem. E consequentemente o papel do Estado e o papel da sociedade devem ser o de desincentivar o consumo, o de tratar os dependentes e o papel de combater o tráfico. Penso que estes são os três grandes objetivos de qualquer política pública em matéria de drogas.

Estou certo que nada do que eu direi, nem nada do que o Ministro Gilmar e Ministro Fachin disseram tem qualquer correlação com incentivar o consumo de drogas ou dizer que ela é uma coisa boa ou que seja sequer indiferente. Penso que todos nós, por consenso, achamos que a droga é uma coisa ruim.

O que nós estamos aqui discutindo são as melhores alternativas para promover aqueles três fins: desincentivar o consumo, tratar os tóxico-dependentes e combater o tráfico. Estamos aqui decidindo se é melhor tratar com medidas penais ou com medidas não penais.

A primeira reflexão que me parece importante, embora esteja implícita, mas é bom explicitar, é a de que nós achamos todos que as drogas são uma coisa ruim.

A segunda observação, que já perpassou os votos anteriores, é a de que a guerra às drogas fracassou, quer dizer, esse movimento que começou na década de 70, com o Presidente Richard Nixon, nos Estados Unidos, que se espalhou pelo mundo e se materializou em três convenções da Organização das Nações Unidas, adotava uma política de dura repressão à produção, distribuição e consumo de drogas.

RE 635659 / SP

A verdade, porém, a triste verdade é que, passados quarenta anos, nós convivemos com um consumo crescente, não estamos tratando adequadamente os dependentes e há uma explosão no poder do tráfico. E tudo isso com um custo político, econômico e social altíssimo para toda as sociedades que lidam com o problema dessa forma, inclusive, a brasileira.

Insistir em uma política pública que não funciona, e já experimentada há tantas décadas, é fechar os olhos, a meu ver, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, para a realidade. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas num belíssimo poema do Bertolt Brecht, intitulado "Louvor à dúvida", em que ele escreveu:

“Não creem nos fatos, creem em si mesmos. Diante da realidade, são os fatos que devem neles acreditar”.

A segunda premissa do meu raciocínio é de que o modo como as sociedades têm atuado em relação à essa matéria não tem funcionado, e, portanto, nós precisamos pensar esse problema com alguma dose de originalidade, de criatividade e de ousadia.

E a terceira reflexão que eu faço - esta talvez considere a mais importante e a mais difícil - é a de que é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. Nós olharmos o problema das drogas sob a perspectiva do Primeiro Mundo é viver o problema dos outros. O grande problema no Primeiro Mundo é o problema do consumidor, do usuário. Esse não é o único problema que nós enfrentamos no Brasil, e talvez nem seja o mais grave. O maior problema, a meu ver, o primeiro e grande problema envolvendo a questão de drogas no Brasil é o poder do tráfico; é o poder que os barões do tráfico exercem sobre as comunidades carentes, sobre as comunidade pobres, de milhares de municípios brasileiros, ditando a lei, praticando violência e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, sobretudo, nas comunidades pobres, pela sedução e pelas ofertas valorativas que pode fazer para aquelas pessoas. De modo que, a consequência do poder do tráfico no Brasil hoje é uma

RE 635659 / SP

tragédia moral brasileira, que é a impossibilidade de as famílias honestas e pobres educarem os seus filhos em uma cultura de honestidade, porque sofrem a opressão e a concorrência do tráfico. Eu diria: a primeira prioridade a ser pensada no Brasil é como neutralizar o poder do tráfico. Para isso só há uma solução e ela é radical: é acabar com a ilegalidade das drogas, da sua produção, distribuição e consumo.

Essa ideia, eu devo dizer, ela foi veiculada em um corajoso artigo publicado na Folha de São Paulo, assinado por Hélio Schwartzman: para acabar com o poder do tráfico é preciso acabar com a fonte que dá a eles esse poder; e essa fonte é a ilegalidade das drogas.

Eu estou fazendo esse registro, mas não é essa a questão central aqui da nossa discussão. Ademais, uma das grandes dificuldades do mundo que nós habitamos, que é o mundo do Direito, é que nós não podemos fazer experimentação em laboratórios, como se faz com um remédio, que é para ver se dá certo. As inovações em matéria legislativa e de políticas públicas têm de ser feitas incrementalmente, passo a passo, para ver se vão dar certo. E é por essa razão que eu disse no início que estava concentrando as minhas reflexões na questão da maconha, porque acho que a extensão dos danos neste caso é um pouco mais quantificável para uma eventual política pública que marche nesse caminho. Assim, a primeira prioridade brasileira é acabar com o poder do tráfico. Qualquer coisa diferente disso vai manter o problema perenemente.

A segunda prioridade brasileira, a segunda grande preocupação brasileira é a de que as cadeias estão ficando entupidas de jovens primários e pobres, que são presos como traficantes. E, conseqüentemente, passam a cursar essa escola do crime e o círculo vicioso de violência que se inicia com a primeira prisão desse jovem primário e sem periculosidade. E é aí que começa o genocídio brasileiro de jovens pobres e negros imersos na violência retroalimentadora desse sistema.

E, por fim, a terceira prioridade vem com o consumidor, com o usuário. Não é que ele não seja importante, também o é, mas o usuário

RE 635659 / SP

não deve ser tratado, a meu ver, como um criminoso, mas, sim, como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco, risco da sua escolha e da qual ele é a principal vítima. Eu tenho um pouco mais de preocupação com as vítimas inocentes das comunidades dominadas pelo tráfico. Mas o risco de uma atividade, por si só, não é um bom motivo para criminalizá-la, haja vista do alpinismo à corrida de motocicletas. E, portanto, nós teríamos que banir todas essas atividades.

Antes de afirmar, como passo fazer agora, as razões pelas quais me parece próprio descriminalizar, gostaria de dizer que as minhas ideias se assentam sobre essas três premissas que considero importantes. O consumo de drogas é uma coisa ruim, e o papel do Estado é desincentivá-lo. A guerra às drogas fracassou; é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira.

Enuncio agora as razões pragmáticas pelas quais me parece ser a melhor solução, do ponto de vista constitucional, a descriminalização do consumo da droga em discussão aqui.

Em relação às demais, eu não estou me manifestando nem sim, nem não, apenas estou concentrando o meu raciocínio e as minhas preocupações na droga envolvida neste caso, que é a maconha.

A primeira razão pragmática é um pouco redundante: demonstrar o fracasso da política atual que criou um imenso mercado negro de drogas, deu poder ao crime organizado e fomenta uma criminalidade associada ao tráfico, que, no Rio de Janeiro, por exemplo, manifesta-se, sobretudo, no tráfico de armas para defender os seus domínios; porque a atividade é ilegal, o tráfico importa armas pesadas que usa para defendê-lo e que usa contra a polícia, provocando uma enorme quantidade de criminalidade associada ao tráfico.

E aqui me parece importante destacar um ponto - que foi suscitado da tribuna e perpassou o voto do Ministro Fachin - que diz respeito a um contraste do tratamento da maconha, por exemplo, com o tratamento dado ao cigarro. E vamos verificar que, nas últimas décadas, sobretudo depois da Lei de Drogas, o consumo de drogas só fez aumentar ao longo dos anos, ao passo que, no mesmo período de tempo, na mesma janela de

RE 635659 / SP

tempo, o consumo de cigarro só fez diminuir. Diminuiu, segundo informação prestada da tribuna e em memoriais que recebi, de 35% dos adultos, em 1984, para 15% dos adultos, em 2013. Portanto, contrapropaganda, debate público, informação, advertência produzem melhores resultados do que a criminalização. E este é um exemplo empírico que nós recebemos de graça, porque basta acompanhar a trajetória do cigarro, nos últimos anos, no Brasil e no mundo. Desse modo, a opção repressão/criminalização aumentou o consumo de drogas; ao passo que o cigarro, que é um produto lícito, mas objeto de campanhas seguidas, decaiu no seu consumo.

Segunda razão pragmática, que me parece oportuna a lembrança, é o alto custo para a sociedade que tem trazido a política de criminalização e de repressão ao consumo de drogas em geral e de maconha, em particular, que é o que estamos tratando aqui. E a que custo eu me refiro? Em primeiro lugar, o custo do aumento exponencial da população carcerária. Desde que a Lei de Drogas foi promulgada, o número de presos por delitos relacionados a drogas subiu de 9%, em 2006, para 27%, em 2013, sendo que 63% das mulheres que estão presas, estão presas por delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes. É um número espantoso: uma, em cada quatro pessoas que estão presas, está presa por tráfico ou associação. E mais da metade das mulheres que estão presas no sistema brasileiro estão presas por crimes associados ao tráfico. E o que é pior: sabe qual é o crime que boa parte dessas mulheres cometem? É levar droga para os maridos, que estão presos, e que são achacados pela facção e que, se não fornecerem drogas no presídio, eles são seviciados. Dessa maneira, essas pobres mulheres entram com drogas no ânus, na vagina e são presas ali para salvar a vida dos seus maridos, que estão presos por outra bobagem de drogas. É um ciclo vicioso terrível que existe nessa matéria. Esse é o custo humano.

O segundo custo é um custo financeiro. Cada vaga no sistema penitenciário, segundo o DEPEN, custa R\$ 44 mil; e o custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2 mil. Desse modo, mandar pequenos traficantes para a penitenciária custa isso ao Brasil. E nós temos mais de

RE 635659 / SP

centena de milhar de presos por essa razão.

E, por fim, esses presos entram primários e saem cooptados pelas facções e, assim, tornam-se criminosos perigosos e voltam para a rua e realimentam, retroalimentam a violência no País.

Assim, a segunda razão pela qual acho que a descriminalização é uma melhor política é o altíssimo custo humano, financeiro e social em termos de criminalidade que reverte para a sociedade, sem mencionar, porque irei falar adiante, um impacto discriminatório, porque alguém dirá: não, mas uma coisa é o usuário, e a outra coisa é o traficante. É precisamente a má distinção entre o usuário e o traficante que faz com que, pelas mesmas quantidades, nos bairros abastados, os usuários sejam considerados usuários e, nos bairros pobres, os usuários são considerados traficantes e vão presos. Há um impacto desproporcionalmente discriminatório.

E a terceira e última razão pragmática que estou sistematizando é a de que quem defende a criminalização invoca como valor principal, como bem jurídico protegido, a saúde pública, pois a saúde pública, de longe, virou um elemento secundário na política de criminalização, porque a saúde pública é preterida, em muitos dinheiros e em muitas atenções, pela política de segurança pública e de aplicação da lei penal; é uma política de criminalização e de repressão que consome cada vez mais recursos, que são recursos que evidentemente não vão para tratamento, educação e saúde preventiva, com a seguinte e grave consequência lesiva para a saúde pública. Como a droga é crime mesmo para o usuário - ele não vai preso, mas ele é criminoso e deixa de ser primário -, o usuário não procura o sistema de saúde pública, porque isso significa assumir a condição de criminoso. E, aí, vem a observação feliz do antropólogo Rubens César Fernandes, diretor do Viva-Rio, em que ele diz: "O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime".

Portanto, ao contrário do que muitos creem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública.

RE 635659 / SP

Encerrando o meu capítulo sobre os fundamentos pragmáticos, pelos quais eu penso que a descriminalização é a política pública adequada, é que a política atual repressora e criminalizadora não deu certo, existe um alto custo para a cidade e, em última análise, não se protege a saúde pública. É pragmático, porque os custos que a política repressiva traz para a sociedade são muito maiores do que os benefícios que eventualmente se colhem com essa política.

E aqui abro um breve parêntese, abro algumas janelas para o mundo para refletirmos em conjunto como os outros países do mundo estão lidando com o mesmo problema, que não é privativo brasileiro, apesar de nós termos especificidades próprias. E aí nós vamos verificar que os Estados Unidos que lideraram a guerra às drogas no mundo desde a década de 70, pois, nos Estados Unidos, 27 dos 50 Estados já descriminalizaram a maconha para fins medicinais ou para fins recreativos, e quatro deles legalizaram a comercialização: Oregon, Washington, Alasca e Colorado. E, no ano que vem, está previsto um plebiscito na Califórnia. E, se a Califórnia descriminalizar, o que é uma possibilidade real, isso vai impor uma tendência mundial pela expressão - é cultural - que hoje esse Estado, principal Estado americano, representa.

Mais uma razão para a gente esperar e viver a vida dos outros? Nós temos que viver a nossa. Sair na frente. Fizemos isso no casamento de pessoas do mesmo sexo - quatro anos na frente. Não precisamos esperar. Nós temos problemas próprios e temos a capacidade de pensar as nossas próprias soluções, com prudência! Por isso estou confinando minhas reflexões à maconha, para que seja um dia após o outro, um passo de cada vez, para ver se funciona, se dá certo.

Portugal, há mais de uma década, descriminalizou o porte de drogas para consumo pessoal. E, no caso da maconha, considera que é porte para consumo próprio a quantidade correspondente ao consumo de dez dias, que corresponde a 25 gramas. Em Portugal - portanto, um país com que temos afinidades culturais, embora uma realidade diversa, mas afinidades culturais -, a constatação da política de descriminalização é a seguinte: primeiro, o consumo, em geral, não disparou, que é um temor

RE 635659 / SP

fundado que as pessoas têm, tendo havido diminuição inclusive do número de jovens que consomem drogas diminuiu. Segundo, houve um aumento de toxicodependentes em tratamento. Terceiro, houve redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV. Portanto, um conjunto de resultados positivos, testados ao longo de mais de uma década, um laboratório para quem queira olhar.

Na Espanha, embora seja proibido o uso público, não criminaliza o uso, e o porte até cem gramas é considerado para o uso pessoal.

O Uruguai, nosso vizinho, tornou-se, em 2013, o primeiro país a legalizar não apenas o consumo, mas também a produção e a distribuição com regras específicas. No Uruguai, quem importar até 40 gramas de maconha, ou seis plantas fêmea, não incide em delito de natureza criminal.

E, na Colômbia e na Argentina, países latinos americanos com algumas circunstâncias comuns às nossas, em ambos os países, foram, na Colômbia, o Tribunal Constitucional e, na Argentina, a Suprema Corte, que descriminalizaram o consumo pela declaração de inconstitucionalidade da norma incriminadora.

Portanto, além das razões pragmáticas que enunciei anteriormente, uma mirada de olhos pelo que vai pelo mundo revela uma tendência mundial de reconhecer que não é mediante repressão que se conseguem avanços no combate às drogas.

Passo, Presidente, ao capítulo seguinte, que são os fundamentos jurídicos para a descriminalização. E aqui, do ponto de vista jurídico, sem discrepar das posições já manifestadas, talvez com um olhar ligeiramente diferente, enuncio três grandes fundamentos jurídicos. Primeiro, que já constava do voto do Ministro Gilmar Mendes e foi endossado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, diz respeito à intimidade e à vida privada, que constituem o direito de privacidade previsto expressamente no art. 5º, inciso X - direito fundamental. Como disse logo no início, direito oponível às maiorias políticas, inclusive ao legislador, se invadir essa esfera de proteção. O direito de privacidade identifica uma esfera na vida das pessoas que deve ser imune à interferência de terceiros,

RE 635659 / SP

inclusive e sobretudo o Estado e sobretudo quando o que se faz na intimidade não afete a esfera jurídica de terceiros. A vida privada é o espaço que vai da religião aos hábitos pessoais. E, em linha de princípio, ninguém tem nada com isso.

A decisão famosa nos Estados Unidos que reconheceu o direito de privacidade, no caso *Griswold v. Connecticut*, 1965, o que a Suprema Corte americana disse - ali era criminalização da pílula anticoncepcional, também a imposição de um modelo moralista -: o Estado é contra sexo que não seja para a procriação. Isso na década de 60! E, portanto, proibiu o uso de pílula anticoncepcional, proibiu com uma norma penal: é crime, você vai preso se tomar ou se prescrever. E a Suprema Corte entendeu, como acerto, que o Estado não tem o direito de fiscalizar o quarto do casal para saber o que eles fazem lá dentro, isso é uma invasão de uma esfera da vida que o Estado não tem que imiscuir, a menos que esteja alguém sendo lesionado em algum direito fundamental: se estiver matando a mulher no quarto, sim, mas, como regra geral, esse é um espaço que o Estado não deve interferir.

Portanto, é preciso não confundir - Ministro Fachin, citando o saudoso e querido Professor Carlos Santiago Nino, professor argentino - foi meu professor contemporâneo em Yale. O Professor Santiago Nino falava dessa imposição do moralismo, do perfeccionismo: se você não vive pelos padrões que eu acho corretos, você não só está errado, mas como eu vou punir você criminalmente. É preciso não confundir moral com o direito.

Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas elas não são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, beber até cair desmaiado na cama, isso pode parecer ruim, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, isso certamente parece ruim, mas não é ilícito. Pois, digo que o mesmo deve valer se ele, invés de cigarro, fumar um baseado entre o jantar e a hora de ir dormir. Eu não estou dizendo que é bom. Eu apenas estou dizendo que Estado não deve invadir essa esfera da vida dele para dizer se ele pode ou não pode.

Portanto, parece-me fora de dúvida que a criminalização não é o

RE 635659 / SP

debate público para dizer que está errado, não é a campanha de esclarecimento. É tratar como se criminoso fosse e ainda quando não vá preso, ele deixa de ser primário, e deixar de ser primário traz consequências graves para um indivíduo dentro do Sistema Penal Brasileiro.

O segundo fundamento jurídico - portanto, o primeiro é violação ao direito de privacidade, a esse espaço na vida das pessoas que deve ser imune à ingerência do Estado -, em segundo lugar, há uma clara violação à autonomia individual, e aqui gostaria de explicitar esse conceito: a liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas, mas não é um valor absoluto, tanto que a lei pode estabelecer, e de fato estabelece, um conjunto de limites para o exercício da liberdade individual. Porém, a liberdade que é um valor constitucional tem um núcleo essencial intangível. Esse núcleo constitui a autonomia do indivíduo. É o seu espaço de autodeterminação. É o espaço onde ele faz as suas escolhas existenciais essenciais, de acordo com as suas próprias concepções do bem e com as suas próprias concepções do que é bom. Cada um é feliz à sua maneira. Não há uma fórmula universal da felicidade que o Estado possa querer impor universalmente a todos. O Estado não pode invadir essa esfera da autonomia individual. Pode restringir a liberdade, mas há um núcleo fundamental a ser preservado. Como regra geral, o Estado pode interferir com a liberdade para proteger os direitos dos outros ou para proteger algum valor social relevante. A própria dignidade humana é conformada por determinados valores comunitários que envolvem a proteção dos direitos de terceiros, envolvem a proteção de valores sociais. Pois bem, um indivíduo que fume um cigarro de maconha dentro do seu domicílio ou num espaço puramente privado, ele não viola direitos de terceiros, nem viola qualquer valor social, nem mesmo a Saúde Pública, salvo num sentido muito vago e muito remoto. Mas, se fumar o cigarro de maconha pudesse ser criminalizado em nome da Saúde Pública, então, tínhamos que criminalizar antes o álcool e teríamos que criminalizar antes o próprio cigarro convencional. E, por boas razões, a meu ver, não se cogita nem de uma coisa, nem de outra. No fundo, no fundo, nós

RE 635659 / SP

estamos tendo uma visão moral que condena a maconha, mas legitima o álcool e legitima o cigarro e, talvez, se se comparassem danos e consequências, a maconha nem fosse a última colocada neste certame. E aqui eu insisto: o Estado tem todo o direito de combater o uso, de fazer propaganda, de fazer advertências. O que nós estamos aqui afirmando é que punir com o Direito Penal é uma forma de autoritarismo, é uma forma de paternalismo que impede o indivíduo de fazer as suas escolhas essenciais. É mais ou menos assim: para poupar as pessoas do risco, o Estado é que vive a vida delas, sem que elas possam fazer as suas escolhas existenciais sem correrem o risco de serem processadas criminalmente. Portanto, meu segundo fundamento jurídico, que me parece inequívoco, é a violação à autonomia individual representada pela punição de quem porte maconha para uso pessoal dentro da sua esfera privada.

E a terceira e última razão, o terceiro fundamento jurídico, a meu ver, também na linha do que já exploraram os Ministros Gilmar e Fachin, talvez com ligeira visão diferente que eu tenho, é a violação ao princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, da razoabilidade ou da proporcionalidade na sua dimensão instrumental, ele funciona como um limite para a legitimidade das restrições aos direitos fundamentais. Para que uma restrição seja legítima, é preciso que ela seja proporcional. E, nesse contexto em que nós estamos lidando, para ela ser proporcional, ela não pode ser excessiva. Uma das manifestações da ideia de proporcionalidade em matéria penal é a vedação da proibição excessiva. Na verdade, a proporcionalidade interdita tanto a proteção deficiente quanto a proteção excessiva.

E, nesse domínio, tem especial relevância o princípio da lesividade que já foi referido no voto do Ministro Fachin, embora usando a terminologia da ofensividade. A ideia de lesividade, como fundamento legitimador do Direito Penal, impede a criminalização de condutas que não interfiram com a esfera jurídica alheia. Uma conduta que não extrapole o âmbito individual não pode ser punida com o Direito Penal. Pois bem, o principal bem jurídico eventualmente lesado pela maconha,

RE 635659 / SP

este sim, e pode acontecer, é a saúde individual. É a saúde do próprio usuário, do próprio consumidor, mas o Estado brasileiro, como princípio geral - mais do que como regra geral -, não pune os atos autorreferentes. Não se pune o suicídio, a tentativa de suicídio, não se pune a automutilação. O Estado, como regra, desde a ideia do princípio do dano, que vem de John Stuart Mill, não se pune, como regra, condutas que não interfiram no espaço de liberdade ou de direitos das outras pessoas. E a criminalização, portanto, de uma conduta que não tenha lesividade a terceiros viola esse princípio da lesividade ou da ofensividade.

Também não passa a criminalização, a meu ver, no teste da proporcionalidade nas modalidades: adequação da restrição, necessidade da restrição e a chamada proporcionalidade em sentido estrito, que é, em bom português, saber se o que se ganha é mais do que o que se perde. Por que não passa, a meu ver, no teste da adequação? Porque a criminalização não apenas não conseguiu produzir resultado quantitativamente relevante no consumo, como, sobretudo, porque a criminalização produz um impacto que não protege a Saúde Pública, que desprotege a Saúde Pública, porque afasta o usuário do sistema, porque, se ele for ao sistema, ele é tratado como criminoso. Portanto, como é que se pode dizer que protege a Saúde Pública, como a criminalização pode ser adequada para a proteção da Saúde Pública, se, em última análise, ela afasta o usuário do sistema de Saúde? Porque, se ele for ao sistema de Saúde, ele já sai do hospital fichado como criminoso por violação ao artigo 28 da Lei de Drogas.

A questão da necessidade da criminalização até pode ser disputada. Existem diversos países do mundo que adotam a criminalização. Portanto, eu até aceitaria deixar a criminalização como neutra nessa nossa matéria. Eu deixo como neutra, mas com a observação, que considero importante, de que, na América Latina, só três países criminalizam, três, criminalizam o uso de maconha, o consumo pessoal de maconha: o Brasil, o Suriname e as Guianas. O Suriname era a antiga Guiana Holandesa. Portanto, na verdade, o Brasil e as três antigas Guianas.

Mas, dizia eu, é sobretudo na aplicação do subprincípio da

RE 635659 / SP

proporcionalidade em sentido estrito que a criminalização revela sua pior faceta, que é o custo imenso que a sociedade brasileira teve com a criminalização em termos de recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, na vida dos jovens, que são destruídas no cárcere, e o poder do tráfico sobre as comunidades carentes. E os resultados pífios, porque a criminalização não diminuiu o consumo. O consumo continua como era. E as estatísticas todas demonstram que a descriminalização não produz impacto relevante sobre o consumo. Nós estamos gastando esse dinheiro todo, prendendo essas pessoas todas, para manter os níveis de consumo no mesmo patamar que ficaria se não fizéssemos nada disso. Não há lógica que sustente essa política pública. Os fatos não confirmam o acerto dessa política pública.

Em suma, Presidente, por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema.

E aqui surge uma questão mais complexa ainda, Ministro Fachin, abordada no voto de Vossa Excelência, e para a qual não há solução fácil. O Ministro Gilmar, o Ministro Fachin e eu próprio estamos nos manifestando pela descriminalização da maconha, que é o denominador comum, digamos assim, dos nossos três votos. Mas e a aquisição? E a entrega ao usuário? E a obtenção do produto? Ela continua crime. Nós estaremos violando uma lei que não aceita revogação, que é a lei da oferta e da procura. Se houver demanda, vai haver oferta. Portanto, é uma solução relativamente capenga descriminalizar o consumo, mas dizer que a obtenção do produto continua criminalizada. Essa é uma questão sobre a qual nós vamos ter de pensar, mas eu observo, Ministro Gilmar, que o § 1º do art. 28 criminaliza a produção própria.

Pois não, Ministro Celso. É um prazer ouvi-lo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A esse respeito, é interessante, eu comentava com o Ministro GILMAR MENDES que o § 3º

RE 635659 / SP

do art. 33 da Lei de Drogas considera crime o oferecimento de droga eventualmente – portanto, a cessão eventual –, sem objetivo de lucro à pessoa de seu relacionamento para juntos a consumirem. Então, veja-se a orientação que está prevalecendo até agora: estamos reconhecendo a atipicidade penal da conduta daquele que porta droga para efeito de consumo pessoal, mas mantém-se o caráter delituoso, inclusive com a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade – a pena prevista aqui é de detenção de seis meses a um ano...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Tráfico, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: ...mas sem a intenção de lucro e para consumo pessoal em relação a pessoas de seu próprio relacionamento. O tipo é esse:

“Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.”

Essa situação também não deveria ser um objeto, enfim, dessa reflexão?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou, Ministro Celso, incluindo na minha reflexão o § 1º do art. 28, que criminaliza o consumo pessoal e depois diz:

"§ 1º Às mesmas medidas, submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica".

Eu também estou declarando a inconstitucionalidade desse dispositivo por arrastamento como consequência lógica das premissas que nós estamos estabelecendo. Se nós estamos dizendo que ele pode

RE 635659 / SP

fazer consumo pessoal, eu acho que é legítimo - e aí eu vou até propor um quantitativo no modelo uruguaio -, mas acho que seria uma solução um pouco capenga, quando não, com alguma dose de hipocrisia, dizer que o consumo pessoal é legítimo, mas a obtenção continua crime.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quanto ao juízo de inconstitucionalidade que Vossa Excelência profere, estender-se-ia também ao § 3º desse art. 33?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu preciso ser franco: eu não refleti sobre o § 3º, portanto, comprometo-me a, ao longo do julgamento, também incluí-lo nas minhas reflexões. Mas o § 1º, eu considereei um corolário natural da premissa que nós estamos estabelecendo.

Presidente, chegando ao ponto que considero...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro, com muito gosto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Salvo se eu tenha entendido mal, o voto do Ministro Gilmar considera inconstitucional todas as condutas do art. 28.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Que envolve não apenas portar restritivamente, mas também adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo - não é apenas o trazer consigo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo, mas, salvo engano meu, não houve declaração expressa do § 1º. Portanto, são todas as condutas do **caput**.

RE 635659 / SP

O que eu estou dizendo é que, se eu estou dizendo que ele pode consumir, eu tenho que ter pelo menos uma fonte legítima de acesso. E, aí, eu acho que a fonte legítima de acesso é a autoprodução do § 1º, claro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Só para ajudá-lo no raciocínio, é declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28. E agora eu fiz o acréscimo de dizer que nós tínhamos que declarar a inconstitucionalidade com redução de texto - até o ministro Celso tinha me chamado a atenção já na assentada anterior - do dispositivo que aplica a pena restritiva de direito, porque não seria adequado para...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, se o Ministro Gilmar, no voto dele, já inclui a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, nós estamos com uma posição convergente. Não foi o que eu entendi, de que fossem todos os artigos. Eu não tinha entendido, por exemplo, que o § 2º tivesse caído. Mas, então, estamos em consenso de que o § 1º também é inconstitucional. Ótimo, melhor ainda.

E aqui, Presidente, eu passo ao ponto em que tenho uma posição divergente em relação à postura manifestada tanto pelo Relator quanto pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin. O meu tópico 7 chama-se "Necessidade de um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir consumo pessoal de tráfico". E digo que independentemente da criminalização ou não - esse capítulo vale até mesmo, a meu ver, para quem pensa que deva manter a criminalização -, nós devemos, à sociedade brasileira, nós devemos à população pobre brasileira, o estabelecimento de um critério mínimo que distinga consumo pessoal de tráfico. É preciso estabelecer esse critério e estabelecê-lo ainda que provisoriamente até que o Legislativo atue. Penso que é um dever que nós temos por duas razões.

Em primeiro lugar, para diminuir a discricionariedade judicial e dar um mínimo de uniformidade à interpretação do Direito. O Direito nunca deve ser lotérico e, portanto, saber se o jovem que é preso é usuário ou traficante não deve ficar sem parâmetro, à discricionariedade plena da

RE 635659 / SP

autoridade policial, ou do juiz, porque cada autoridade policial pode interpretar de um jeito e cada juiz pode interpretar do outro. É péssimo para o Direito que pessoas em igual situação sujeitem-se a regimes jurídicos diversos. Aliás, o Direito existe é para acabar com isso. O Direito existe é para tornar as pessoas tão iguais quanto seja possível. Portanto, esse já seria um primeiro motivo para se estabelecer um critério objetivo por decisão judicial a vigor até que o legislador atue.

O segundo motivo pelo qual penso que o Tribunal tem o dever constitucional de estabelecer esse critério é que, na verdade, a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu por qualquer pessoa que lide com o sistema, e é destacado por todas as pessoas, todos os estudiosos que lidam com o problema, que o seguinte: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros abonados, como regra geral, são tratados como usuários, e os jovens mais pobres e vulneráveis, moradores dos bairros mais modestos, que são o alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.

Eu tenho uma transcrição no meu voto de uma passagem feliz de um artigo escrito pelo Doutor Pedro Abramovay e pela Doutora Ilona Szabó, em que eles demonstram com clareza como, na verdade, a aplicação desse direito se dá de maneira discriminatória.

Acho que há dois fundamentos muito importantes para nós fixarmos: uniformizar o direito e acabar com o impacto discriminatório que a ausência de critério produz, discriminando também, nesta tragédia, os pobres dos ricos no Brasil.

O voto do Ministro Gilmar Mendes apresenta duas propostas em relação à distinção entre consumo e tráfico. Em primeiro lugar, afirma que o ônus de comprovar a finalidade diversa do consumo, ou seja, o ônus de provar que é tráfico, é da acusação. E eu estou de pleno acordo com essa manifestação de Sua Excelência. E em segundo lugar, no voto do Ministro Gilmar Mendes, ele também sustenta que, se a autoridade entender que a hipótese é de aplicar o artigo 33, que é o do tráfico, aí, ele deve levar o acusado, em curto prazo, à presença do juiz, que é essa

RE 635659 / SP

audiência de custódia ou de apresentação, sobre a qual nós temos nos manifestado nos últimos tempos. Eu estou de acordo com ambas as idéias veiculadas pelo Ministro Gilmar, acho que o ônus é evidentemente da acusação, essa é a regra geral, e acho que, se for para enquadrar em tráfico, tem de levar imediatamente ao juiz, também estou de acordo. Mas penso que é preciso ir um pouco além para propor um critério quantitativo que sirva como referencial para o juiz, não é uma ordem, nem uma imposição, é uma referência.

O Instituto Igarapé, numa nota técnica que me foi entregue em mãos pelo ex-Ministro da Justiça - o grande brasileiro, Doutor José Gregori - elaborou um estudo assinado por especialistas das mais diferentes áreas, um estudo interdisciplinar, comparando as experiências de diferentes partes do mundo, um estudo assinado por especialistas e por intelectuais representativos, eu diria, do pensamento brasileiro, que incluem o ex-Ministro da saúde José Gomes Temporão, a psicanalista Maria Rita Kehl e o economista Edmar Bacha, e eles alertam que critérios objetivos muito baixos para distinguir usuário de traficante aumentaria o problema, aumentaria o nível de encarceramento. E, aí, eles propõem como adequado para a realidade brasileira uma quantidade de referência - dizem eles - fixa entre 40 gramas e 100 gramas. Eu observo que 40 gramas é o critério adotado pelo Uruguai, e 100 gramas é o critério adotado pela Espanha. Em Portugal, o país com uma bem-sucedida experiência de mais de uma década na matéria, o critério é de 25 gramas, o que eles estimam como sendo o consumo para dez dias.

Eu aqui tenho que admitir, na linha do que já fizeram o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Luiz Edson Fachin, que o ideal é que isso fosse feito em sede Legislativa - oferecimento de um parâmetro. Eu reconheço que é o ideal. Porém, a Lei de Drogas vige desde 2006, se nós usarmos como referência só essa. Portanto, já passou um tempo razoável, e não veio essa parametrização pelo legislador. De modo, que eu penso que a prerrogativa de tratar primariamente desta matéria continua a ser do legislador e, na medida em que ele atue, se atuar em conformidade com a Constituição, é a sua manifestação de vontade que deve prevalecer.

RE 635659 / SP

Porém, depois de quase uma década da Lei, em que a sua aplicação produz um impacto disparatadamente inconstitucional, porque penaliza pobres, eu me sinto animado a estabelecer um critério que sirva como referência para os juízes. E, pessoalmente, embora tenha simpatia pela fórmula 40 gramas, que é o modelo Uruguaio, correspondente a um mês de consumo, eu, um pouco em busca do consenso, vou fazer uma opção mais conservadora do que seria a minha proposta original, para 25 gramas, que é o patamar utilizado em Portugal, para distinguir, para distinguir tráfico de consumo pessoal.

Mas aqui gostaria de deixar claro, e é muito importante isso, que nós estamos estabelecendo uma presunção de que quem porte até 25 gramas - essa é a minha proposta -, não é traficante. Isso não impede que o juiz do caso concreto considere que alguém com quantidade maior a esteja portando para consumo pessoal, nem vice-versa, que alguém com 25 gramas esteja portando por tráfico. Mas, aí, o juiz tem que superar essa presunção, e, portanto, o ônus argumentativo se torna muito mais árduo para o juiz. E há um controle intersubjetivo que vai ser feito pelos Tribunais sobre esses critérios, e eventualmente até pelo Supremo, se a matéria chegar, como frequentemente chega aqui, em **habeas corpus**. Portanto, não é a fixação de um parâmetro rígido, é a indicação de um quantitativo que sirva como presunção de não tráfico, que o juiz teria o ônus argumentativo de superar.

E, aí, Presidente, se o Ministro Gilmar, como eu não havia captado, mas se manifestou agora, também está declarando a inconstitucionalidade do § 1º, eu acho que nós também temos que estabelecer um limite do que se considera produção para consumo pessoal.

E, aqui, por absoluta falta de *expertise*, e até que o legislador venha a fazê-lo, eu estou simplesmente importando a fórmula que se adota no Uruguai, que é a de seis plantas fêmeas - se alguém me pedir detalhes, eu não serei capaz de dar -, mas penso que é um critério de um país cuja a experiência vem sendo monitorada e observada, porque, se nós estamos dizendo que a produção para uso pessoal está descriminalizada também,

RE 635659 / SP

eu acho que nós temos que estabelecer um parâmetro, senão, daqui a pouco, o sujeito tem um latifúndio e diz: não, mas eu consumo muito. Então, eu estou propondo, na mesma linha que, como referência, seja, porque, se estiver plantando para vender e não para consumo, é tráfico. Eu estou propondo que, até 6 plantas fêmeas, considere-se para consumo pessoal.

A solução que o Ministro Fachin deu no voto dele é uma solução de se declarar a inconstitucionalidade progressiva, de modo a se dar um tempo para o Congresso legislar. Essa fórmula, que eu também tenho simpatia por ela, eu acho, no entanto, que ela funciona melhor se nós propusermos uma solução que vai valer até o Congresso decidir, como de sua competência, como melhor lhe aprouver. De modo que a minha proposta, Ministro Fachin não está propriamente em confronto com a de Vossa Excelência. Por achar que a hipótese é de inconstitucionalidade, mas também por achar que a competência é do Congresso, eu estou propondo que nós estabeleçamos um parâmetro geral de 25 gramas para não tráfico e de 6 plantas fêmeas como produção para consumo pessoal, até que o Congresso, no exercício da sua competência, disponha a respeito dessa matéria.

E aqui, Presidente, no último tópico, e para encerrar o meu voto, eu me penitencio por ter sido longo, um pouco fora do que gosto de fazer, mas acho que este é um debate histórico, numa questão delicada. E ela é delicada, porque a solução que nós três até agora propusemos não corresponde ao sentimento majoritário da sociedade brasileira. Esta é claramente uma decisão contramajoritária. Porém, interessantemente, é porque o debate começou agora no Brasil. E o debate é marcado por todos os preconceitos que cercam este tema das drogas. Nos Estados Unidos, até alguns anos atrás, também era majoritário o sentimento contrário, expressivamente majoritário. E, progressivamente, ele hoje atinge a mais da metade da população, que reconhece factualmente que a guerra foi perdida, e que há soluções alternativas melhores. Nós estamos, um pouco, nos mirando na experiência de outros países para nós não termos que esperar 20 anos com uma política que já não deu certo. De

RE 635659 / SP

modo que é contramajoritária, mas ela protege os direitos fundamentais das pessoas que são encarceradas, sobretudo, pela má distinção entre tráfico e uso, mas pessoas que são punidas criminalmente por um comportamento que não pode ser criminalizado, sob pena de se violar a vida privada, de se violar a autonomia individual e de se violar a proporcionalidade que deve pautar o Direito Penal.

Por cortesia, eu recebi, como todos nós, representantes da Bancada Evangélica, recebi o Senador Magno Malta, recebi os representantes da Frente Parlamentar Contra Drogas, e li um bem-fundado documento entregue por associações de médicos em geral. E rebato, Presidente, antes de encerrar, os argumentos que compilei dessas peças de pessoas que, honesta e sinceramente, militam numa crença diversa da minha, por quem eu tenho consideração e respeito, e, em nome dessa consideração e respeito, eu estou considerando os argumentos que eles invocam.

O primeiro argumento que invocam é o de que não houve, no Brasil, guerra às drogas. Que, no Brasil, nunca se teria efetivamente combatido o consumo de drogas. Com todas as vênias, eu penso que essa tese não se sustenta em fatos se nós olharmos que existem no País quase 150 mil presos por delitos relacionados com drogas. Se isso não é uma guerra, eu não sei o que é uma guerra. Além disso, bilhões em recursos foram gastos com atividade policial e com o sistema penitenciário. E a guerra é reconhecida pelos seus combatentes. Vejam a declaração do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, talvez o mais longo Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, um homem respeitado e amplamente admirado pela sociedade carioca. E ele diz com todas as letras, Doutor Beltrame:

“Acabar com as drogas é impossível. Parece que os brasileiros não acordam para o desperdício dessa guerra. Não existem vitoriosos. Descriminalizando o uso, um dos efeitos é o alívio na polícia e no Poder Judiciário, que podem se dedicar aos homicídios, aos crimes verdadeiros”.

RE 635659 / SP

Essa declaração foi dada pelo Secretário de Segurança, portanto o comandante das forças de segurança do Estado provavelmente mais acossado pelo problema das drogas no País. Não é a ideia de um intelectual no seu gabinete da universidade, ou de um juiz no seu gabinete no Supremo Tribunal Federal- embora a gente receba e converse com todo mundo -, é o depoimento do chefe dos combatentes dessa guerra fracassada. O que eu posso dar de crédito a quem diz que não houve guerra às drogas no Brasil, é que a guerra às drogas foi travada com as vicissitudes e as deficiências do padrão Brasil de serviço. Mas que guerra houve, houve.

Segunda objeção, Presidente, muito relevante, é a de que a descriminalização produziria aumento de consumo. Essa é uma objeção que tem que ser encarada com seriedade, porque eu acho que esse risco é um risco real: se se descriminaliza, pode se tornar mais atraente. Porém, sobretudo de usuários experimentais. Portugal revelou uma coisa muito interessante. Em Portugal, a descriminalização trouxe uma redução do número que fumam maconha, porque a juventude, muitas vezes, move-se pela transgressão. Deixou de haver a transgressão, portanto, deixou de haver o apelo natural da rebeldia, da passagem da juventude para a vida adulta. Porém, todas as estatísticas - e havia uma ampla matéria na Folha de São Paulo citando pesquisas, demonstrando que a descriminalização teve impacto neutro sobre o consumo: nem aumentou nem diminuiu de forma relevante. Considero esse um dado igualmente importante a favor na nossa tese.

A terceira objeção, a qual considero relevante, é a de que a descriminalização aumentaria a criminalidade associada ao consumo de drogas. Em primeiro lugar, penso que as grandes causas da criminalidade no Brasil - que é o país que conheço - envolvem combinações variadas entre desigualdade, impunidade e uma certa cultura de ganho fácil que se criou no País. Agora, a maconha não tem efeito antissocial relevante; não consta - pelo menos do conhecimento convencional - que ela sequer exacerbe a agressividade, pelo contrário. Mal que possa fazer, o impacto é outro. Dizem: dá uma onda, dá uma leveza, não aumenta a

RE 635659 / SP

agressividade. Por essa lógica, faria muito mais sentido criminalizar o álcool, porque o álcool, sim, muitas vezes, potencializa comportamentos, sentimentos e atitudes negativas. Mas ninguém cogita de descriminalizar o álcool, pela razão de que, quando o álcool foi criminalizado, na única experiência monitorada de criminalização do álcool, que foi a Lei Seca nos Estados Unidos imposta pela Emenda Constitucional nº 18 e que vigorou de 1920 a 1932, as consequências da Lei Seca nos Estados Unidos foram tão nefastas como são as consequências da criminalização das drogas no Brasil. Cria-se um mercado negro, cria-se um submundo e cria-se toda uma criminalidade associada à ilicitude do produto. Eu nem discutiria. É possível que, com a legalização do álcool, o nível de consumo, talvez, o nível de acidente, seja igual, mas o problema é o submundo que a criminalização cria, que, como eu disse e repito, considero ser o maior problema brasileiro. Desse modo, acho que descriminalização do consumo pessoal da maconha, e por iniciativa do Congresso, com os cuidados próprios também da produção, deve ser um passo inicial para testarmos se essa não é uma política pública melhor do que essa guerra perdida que temos lutado.

Quanto ao impacto sobre a Saúde Pública, eu já falei mais de uma vez, não gostaria de repetir. Há uma objeção que um eminente deputado do Rio Grande do Sul, Osmar Serra, enfatizou, no despacho comigo, em um artigo publicado no jornal O Globo, o risco para o trânsito e para a condução de veículos - um risco análogo ao do álcool. Mas aqui gostaria de dizer que existe, no Código de Trânsito brasileiro, um tipo autônomo que criminaliza dirigir sob influência de substância psicoativa. Portanto, não é preciso criminalizar o consumo de maconha. O que é criminalizável, e já é, é o exercício da direção sob o efeito do consumo de maconha.

Uma outra crítica a qual considero relevante: é a grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição - e estou de acordo. Acho que essa é uma crítica fundada, mas quem tem que resolver isso é o Congresso Nacional. Estamos resolvendo na medida das nossas possibilidades, declarando o §

RE 635659 / SP

1º do art. 28 inconstitucional e permitindo a produção para consumo próprio.

E, por fim, respondo a um argumento apresentado da bancada aí ao lado de Vossa Excelência, do eminente, e estimado por todos nós, Procurador-Geral da República, Doutor Rodrigo Janot, quando ele disse que o estabelecimento de um quantitativo como referencial criaria - a expressão que ele utilizou - um exército de formiguinhas, porque aí os traficantes passariam a distribuir na quantidade que nós estabelecêssemos como sendo o parâmetro distintivo entre tráfico e uso. O argumento dele é um argumento lógico. E acho até que é uma possibilidade real de que isso aconteça. Nós temos que saber. Só que já é assim. Como funciona? São os aviões, jovens do tráfico. Esses aviões é que distribuem essa droga. São os pobres e negros que são presos como traficantes pelas pequenas quantidades. E sabe o que acontece meia hora depois que um avião desses é preso? Entra em campo outro avião, tem um exército de reserva para isso, que faz exatamente a mesma coisa. De modo que nós entupimos as prisões com esses meninos, com esses aviões, sem nenhum impacto sobre o tráfico, porque tem fila desses meninos que desempenham esses papéis. O exército de formiguinhas já existe em plena operatividade há muito tempo. De modo que esse problema, ele pode até não mudar, mas ele não vai surgir com a descriminalização. Apenas os meninos não vão ser mais presos se estiverem carregando até esse quantitativo. Pelo menos este efeito nós vamos produzir: não são presos, não destrói a vida do menino, nem entopem as prisões. É muito melhor do que ficar prendendo avião; o avião é repostado prontamente; e temos o custo da prisão, sem nenhum proveito para a diminuição do consumo de drogas.

Presidente, agradecendo a atenção, mas fiz questão de explorar todos os aspectos, exalto uma vez mais o voto sofisticado do eminente Ministro Gilmar Mendes, o voto igualmente sofisticado do eminente Ministro Luiz Edson Fachin. Eu vou juntar um voto escrito com as ideias um pouco mais elaboradas, mas tive a preocupação de fazer uma manifestação, sem uma leitura corrida, para que nós pudéssemos pensar

RE 635659 / SP

juntos essas ideias.

Estou concluindo pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, quando aplicado à maconha, sem qualquer juízo de valor em relação às outras drogas. Nisso, o meu voto distingue-se, diferencia-se um pouco do voto do Ministro Fachin, porque ele mantém a criminalização em relação às outras drogas. Eu não estou me manifestando em relação às outras drogas. Estou só dizendo que criminalizar o consumo pessoal de maconha é inconstitucional por violar o direito de privacidade, a autonomia individual e a proporcionalidade. Eu estou também declarando a inconstitucionalidade do art. 28, §1º, da Lei nº 11.343, validando a produção limitada até 6 plantas fêmeas, como é feito no Uruguai, até que o Congresso Nacional se pronuncie a esse respeito. Terceiro: estou estabelecendo um critério distintivo entre consumo e tráfico, consistente na presunção de inexistência de tráfico na posse de até 25 gramas. Em seguida, complemento, que é o meu item 4: os quantitativos de 25 gramas e de 6 plantas fêmeas são mera referência, não impedindo o juiz do caso concreto de valorar os elementos para entender que há uso, mesmo o quantitativo sendo maior, e reciprocamente que haja tráfico, mesmo o quantitativo sendo menor, hipótese em que, no entanto, seu ônus argumentativo será multiplicado. E, no caso concreto, Presidente, eu estou dando provimento ao Recurso Extraordinário e consequentemente estou absolvendo o recorrente.

Tem uma ementa para o meu voto, mas já votei longamente e, ao explicitar esses pontos, já ficou clara a minha posição e penso que não haja muita necessidade.

Apenas para facilitar a nossa vida, e pensarmos juntos, a minha diferença em relação à posição dos Ministros Gilmar e Fachin é que estou propondo uma quantidade de referência, para distinguir consumo pessoal de tráfico, em 25 gramas, para vigor até que o Congresso se manifeste a respeito, pelo fundamento de que a Lei já tem quase uma década, e que muitos jovens são presos arbitrariamente pela ausência dessa referência. E o Legislativo, assim que atue, é a vontade política do Legislativo que prevalecerá nessa matéria. O mesmo raciocínio vale para

RE 635659 / SP

as 6 plantas fêmeas. A planta fêmea é a que produz a resina psicoativa em quantidade suficiente para produzir a droga.

Em relação ao voto do Ministro Fachin, em lugar de declarar a inconstitucionalidade progressiva do § 1º, eu já estou considerando inconstitucional desde agora e fixando esse valor de 6 plantas fêmeas, esse quantitativo, até que o Legislativo se manifeste.

E, quanto ao resultado concreto do processo, estou acompanhando o voto do Ministro-Relator, dando provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto.

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE):

VOTO:

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. *O recurso.* Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica penalmente o porte de drogas para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2. *As decisões anteriores.* O juiz de primeiro grau condenou o recorrente à pena de 2 meses de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, pela posse de 3 gramas de maconha para consumo próprio. O Colégio Recursal negou provimento ao recurso, afirmando a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.324/2006.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. O presente recurso discute duas questões:
(i) se, após a despenalização realizada pelo

RE 635659 / SP

Congresso Nacional com a Lei nº 11.343/2006, o porte de maconha para uso pessoal deve ser tratado como crime ou como um ilícito administrativo; e (ii) a fixação de um critério objetivo para auxiliar a autoridade policial e os integrantes do sistema de justiça a diferenciar o usuário do traficante, com a definição de uma quantidade que deve, em regra, ser considerada como de uso pessoal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. As razões pragmáticas incluem (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

5. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em

RE 635659 / SP

que, na prática, pessoas brancas e ricas são tratadas como usuários e pessoas negras e pobres como traficantes.

6. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo e de estudos realizados no Brasil quanto à média de *cannabis* apreendida e quanto ao impacto na população carcerária, recomenda-se a adotar o critério de 40 gramas ou seis plantas fêmeas para presunção do porte para uso pessoal.

7. O critério indicado acima é meramente referencial, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Tese de julgamento:

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis* sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28,

RE 635659 / SP

- I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);
2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;
3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;
4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;
5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as

RE 635659 / SP

circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. 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.”

Dispositivos relevantes citados: Constituição Federal, arts. 1º, III, e 5º, X e LIV.

Jurisprudência relevante citada: RE 430.105 QO (2007), rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 583.523 (2013), rel. Min. Gilmar Mendes.

I. BREVE RESUMO DO CASO

1. O presente recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº

RE 635659 / SP

11.343/2006, que tipifica penalmente o porte de drogas para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O dispositivo possui a seguinte dicção:

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

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo,

RE 635659 / SP

sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

2. O caso concreto admitido a exame envolve ação penal pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do recorrente, que teria sido encontrado, na cela em que cumpria pena por outros delitos, na posse de 3 gramas de maconha para consumo próprio. O réu foi condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de 2 meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública, como incurso no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. A Defensoria Pública apelou ao Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema requerendo a absolvição do acusado. Alegou, em síntese, a atipicidade da conduta, em razão da inconstitucionalidade do tipo penal que criminaliza o porte de drogas para uso próprio, por violação à intimidade e à vida privada e ausência de lesividade na conduta. Subsidiariamente, invocou a ausência de suporte probatório para o decreto condenatório.

3. Na apelação, o Colégio Recursal local, por unanimidade, negou provimento ao recurso, afirmando a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.324/2006. A decisão fundamentou-se na compreensão de que a tese da inconstitucionalidade da tipificação penal do porte de drogas para consumo pessoal já teria sido enfrentada e rechaçada em diversos precedentes durante a vigência do art. 16 da Lei nº 6.368/1976 (a revogada Lei de Entorpecentes), cuja redação era praticamente idêntica ao atual artigo 28. Afirmou-se, ainda, que *“a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as figuras típicas descritas no art. 28 a conduta de usar”*, o que afastaria a alegação de ofensa à liberdade individual.

4. Esse acórdão foi objeto do presente recurso extraordinário, no qual a Defensoria Pública alega violação dos direitos à intimidade e à

RE 635659 / SP

vida privada, previstos no artigo 5º, X, da Constituição Federal. Conforme argumenta, tais direitos projetam-se no direito penal a partir do princípio da lesividade, segundo o qual somente pode ser considerada criminosa a conduta que lesione bens jurídicos alheios. No entanto, na concepção da defesa, as condutas tipificadas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estariam limitadas à esfera do autor do fato e não teriam a potencialidade de afetar a “saúde pública”, mas, quando muito, apenas a saúde pessoal do usuário. Por isso, o porte de drogas para uso próprio configuraria legítimo exercício da autonomia privada dos indivíduos, não podendo ser criminalizado.

5. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso, ao fundamento de que o art. 28 da Lei de Drogas tutela o bem jurídico “saúde pública”. De acordo com o *Parquet* “a conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social”. Assim, “o uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo”, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A PGR destacou, por fim, que a legislação brasileira converge com as modernas tendências internacionais que minimizam a intervenção penal relativamente ao usuário, dispensando-lhe tratamento preventivo e terapêutico.

6. Foram admitidos como *amici curiae* as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Viva Rio, Comissão Brasileira Sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/Brasil, e Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT.

RE 635659 / SP

7. Com exceção da ADEPOL, todos os *amici curiae* admitidos no processo ratificaram a tese da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e requereram a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Em resumo, as manifestações acrescentam aos argumentos já deduzidos pelo recorrente a violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da dignidade humana e da isonomia; e a necessidade de se estabelecer critérios objetivos para distinguir as figuras do usuário (art. 28) e do traficante (art. 33)[1]. Ademais, o IDDD formulou pedido subsidiário, de interpretação do dispositivo questionado conforme a Constituição, para que sejam acrescentados ao *caput* e ao § 1º do art. 28 da Lei 11.343/2006, logo após a expressão “para consumo próprio”, os termos “e ostensivamente”. Seu objetivo seria o de permitir a tutela da intimidade e da vida privada daqueles que consomem drogas na sua esfera íntima, sem, contudo, abrir mão da criminalização dos que o fazem de modo ostensivo, supostamente fora do âmbito de proteção do art. 5º, X, da Constituição.

8. Já a ADEPOL/Brasil sustentou a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Drogas, ao fundamento de que o interesse coletivo de proteção à saúde pública se sobreporia ao direito à intimidade, e de que a descriminalização do consumo teria um efeito perverso sobre a segurança pública, já que sua consequência seria o aumento do número de usuários e, por conseguinte, o aumento do número de traficantes, de armas pesadas e de violência urbana.

9. Portanto, no recurso extraordinário em julgamento, o Supremo Tribunal Federal enfrenta duas questões. Em primeiro lugar, está em discussão se, após a despenalização realizada pelo Congresso Nacional com a Lei nº 11.343/2006, o porte de maconha para uso pessoal deve ser tratado como crime – punido com medidas penais – ou como um ilícito, a ser desestimulado com sanções administrativas, como a aplicação de multas, a apreensão da droga, a proibição de consumo em lugares públicos, a submissão a tratamento de saúde etc. Não se trata, portanto,

RE 635659 / SP

de legalização. O consumo de drogas no Brasil continuará a ser ilegal. As drogas não estão sendo – nem serão – liberadas no país por decisão do STF. Legalizar é uma definição que cabe ao Poder Legislativo.

10. A segunda questão – e a mais importante – é definir um critério objetivo para auxiliar os policiais e todos os integrantes do sistema de justiça (juízes, promotores etc.) a diferenciar o usuário do traficante. Isso porque o tráfico de drogas é crime, sancionado com pena de prisão. Se não definirmos uma quantidade de maconha que deve, em regra, ser considerada como de uso pessoal, essa definição continuará nas mãos da autoridade policial em cada caso. E esse filme nós já assistimos e sabemos quem morre no final: o homem negro e pobre que porta 10 gramas de maconha vai ser considerado traficante e enviado para a prisão. Já o homem branco, de bairro nobre, com 100 gramas da droga será considerado usuário e liberado. Desse modo, o que está em jogo aqui é evitar a aplicação desigual da lei em razão da cor e das condições sociais e econômicas do usuário. E isso é tarefa do Poder Judiciário.

11. Além disso, anoto que este recurso corresponde ao tema 506 da repercussão geral. Apesar de a repercussão geral ter sido reconhecida de forma ampla (“tipicidade do porte de droga para consumo pessoal”), o caso concreto em discussão envolve o porte de 3 gramas de maconha. A droga em questão, portanto, é a maconha.

12. Pessoalmente, reconheço que os fundamentos constitucionais que levam à inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 para a cannabis podem ser aplicados também às outras drogas. Porém, o Tribunal optou por decidir apenas a situação fática colocada no recurso: o porte para consumo próprio da maconha. Isso não significa, contudo, que o STF esteja afirmando a constitucionalidade da tipificação criminal aplicável a outras drogas. Para outras substâncias, a questão permanecerá indefinida, sendo possível ao Tribunal se debruçar sobre o tema no futuro, no âmbito de outra ação.

RE 635659 / SP

II. A GUERRA ÀS DROGAS

II.1 HISTÓRICO E COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

13. O regime aplicável ao usuário de drogas no Brasil [2], previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, está inserido no contexto da política internacional proibicionista, atualmente organizada pelas Nações Unidas, e fortemente influenciada pelos esforços empreendidos pelos Estados Unidos na chamada “Guerra às Drogas”. A estratégia global, resumida pelo slogan “Um mundo livre de drogas”[3], tem sido historicamente a de repressão e eliminação tanto da cadeia de produção, distribuição e fornecimento, quanto do consumo de substâncias ilícitas.

14. Ao contrário do que se imagina, porém, o paradigma da proibição do comércio e de controle do consumo de drogas é relativamente recente. O uso de substâncias psicotrópicas sempre esteve presente na história da humanidade [4] e, até o final do século XIX, o livre-comércio do ópio e de outras drogas era a regra no mundo ocidental. Foi apenas com a Conferência Internacional sobre o Ópio de Xangai, de 1909, que se iniciou o tratamento repressivo do comércio de drogas, centrado nas metas de diminuir e controlar a oferta (*supply control*) e de abafar o consumo [5][6]. Tais linhas de ação foram consolidadas posteriormente na Convenção de Haia de 1912, o primeiro tratado internacional a dispor sobre a fabricação, comércio e uso da cocaína, ópio e seus derivados [7], e foram mantidas, com poucas alterações relevantes, até a atualidade.

15. O regime de combate ao narcotráfico no plano internacional é conduzido hoje, primordialmente, por três convenções da ONU: (i) a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961 (emendada em 1972); (ii) a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e (iii) a Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias

RE 635659 / SP

Psicotrópicas, de 1988. Todas foram ratificadas pelo Brasil [8].

16. O objetivo do sistema instituído pelas Nações Unidas, conforme declarado nos próprios textos das convenções, é o de garantir a saúde e o bem-estar da humanidade, que seriam ameaçados pelo abuso de substâncias psicotrópicas. Esse sistema global se estrutura em razão do fato da transnacionalidade do mercado de drogas, o qual impõe a cooperação entre os países e a fixação de pautas conjuntas de ação, e é baseado no princípio da responsabilidade compartilhada, por meio do qual os países produtores e consumidores são instados a repartir os ônus da expansão do tráfico e do consumo de drogas e os encargos para sua contenção.

17 Para solucionar os problemas causados pelo consumo ilícito de drogas, o modelo instituído pelas Convenções da ONU impõe aos Estados-Membros duas diretrizes básicas. A primeira, que se encontra no centro das preocupações, é o forte controle e combate de toda a cadeia de suprimento das drogas, desde a produção até o tráfico ilícito. A segunda é a da proibição do uso de drogas pelos nacionais. Em relação à segunda diretriz, que se relaciona diretamente ao objeto deste processo, tais convenções buscam restringir o acesso a substâncias psicoativas consideradas danosas à saúde e determinam a punição, em algum grau, da posse não autorizada dessas substâncias. Confira-se, nesse sentido, o artigo 36 da Convenção Única sobre Entorpecentes (cf. emendada em 1972):

“1. a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada Parte se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, a fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção, ou quaisquer outros atos, em sua opinião contrários a mesma, sejam

RE 635659 / SP

considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam puníveis de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras penas de privação de liberdade.

b) Não obstante o que estabelece a alínea precedente, quando tais delitos houverem sido cometidos, as Partes poderão, com uma alternativa à condenação ou punição ou como um acréscimo à condenação ou punição, **determinar que os infratores sejam submetidos a medidas de tratamento, de educação, e acompanhamento médico posterior ao tratamento, de reabilitação e de reintegração social em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 38.**" (grifou-se)

18. Veja-se, assim, que as convenções internacionais sobre drogas obrigam os Estados-Membros a considerar a posse de entorpecentes como delituosa, mas (i) ressalvam expressamente as limitações constitucionais, e (ii) contemplam a possibilidade de aplicação de medidas de tratamento, educação, reabilitação e reintegração social como uma alternativa à condenação ou à punição [9].

19. Em verdade, esta política vigente no plano internacional foi significativamente influenciada pela atuação dos Estados Unidos. Em primeiro lugar, a vertente proibicionista refletida nas Convenções da ONU é, em grande medida, resultado da internacionalização dos padrões utilizados domesticamente naquele país. Mesmo antes da realização da Conferência de Xangai, os EUA já adotavam uma política interna repressiva em relação às drogas. Em 1909, o Congresso norte-americano editou o *Opium Exclusion Act*, que vedou a importação de ópio para fumo. Esta foi a primeira lei nacional de proibição de drogas. Anos depois, em 1914, o Congresso aprovou o *Harrison Narcotics Tax Act*, uma legislação mais gravosa, que regulava e taxava a produção, importação e distribuição de ópio, morfina e cocaína e proibia todo uso não medicinal dessas substâncias. Nas décadas que se seguiram, os Estados Unidos continuaram a editar extensa legislação recrudescendo a punição de

RE 635659 / SP

infrações relacionadas às drogas.

20. A falta de eficácia dessas normas e a explosão do consumo de drogas nas décadas de 60 e 70, ligada ao movimento de contracultura, levaram o então Presidente Richard Nixon a eleger, em 1971, o tráfico e o consumo de substâncias ilícitas como o inimigo público n^o 1 do país e a declarar “guerra às drogas”. Essa política se refletiu diretamente no plano internacional, já que os Estados Unidos fizeram forte *lobby* para a realização de nova conferência da ONU sobre o tema, que veio a ocorrer em 1972. Nessa ocasião, aprovou-se a adoção de Protocolo que emendou a Convenção Única sobre Entorpecentes, tornando a política de repressão às drogas ainda mais proibitiva, sobretudo em relação ao usuário.

21. Após o governo de Nixon, praticamente todos os presidentes norte-americanos que se sucederam empreenderam grandes esforços na cruzada antidrogas, a partir de recrudescimento da legislação, da alocação de recursos cada vez mais abundantes para o combate dessas substâncias e do aumento exponencial das taxas de encarceramento por delitos não violentos relacionados às drogas. A administração de George H. W. Bush foi especialmente ativa neste setor. Bush criou o Escritório de Política Nacional de Controle de Drogas e formulou um extenso plano para a erradicação do consumo de drogas, também com foco no encarceramento do usuário.

22. Além de ter sido uma peça chave na formulação do regime de combate às drogas vigente no cenário internacional, os Estados Unidos foram responsáveis pela massiva aderência dos países ao regime convencional da ONU. Ao longo do tempo, a diplomacia norte-americana exerceu forte pressão sobre os demais Estados-Membros para atuarem de forma efetiva na guerra declarada às drogas. Um instrumento de grande persuasão foi o *Foreign Assistance Act*, que permitia a suspensão de assistência econômica pelos EUA a países não alinhados como o esforço antidrogas americano. Até os dias atuais, o Presidente norte-americano

RE 635659 / SP

submete ao Congresso um relatório consolidado que identifica, entre os principais países produtores e com trânsito de drogas ilícitas, aqueles que falharam em demonstrar, nos 12 meses anteriores, esforços substanciais nas obrigações internacionais de combate ao narcotráfico e de adotar as medidas especificadas pela legislação americana. Nessas condições, o país é privado de assistência pelos EUA, além de obter o voto americano desfavorável em seis bancos de desenvolvimento multilaterais [10].

23. O histórico da criminalização da produção, tráfico e uso de drogas é, é claro, muito mais complexo do que o relatado acima. Para fins do julgamento do presente recurso extraordinário, o que é relevante pontuar, contudo, é que a política internacional de controle de drogas fundada na aplicação de leis punitivas se revelou absolutamente ineficaz em todos os países em que adotada, inclusive nos Estados Unidos. Por isso, ela tem sido objeto de reformulação no âmbito interno de diversos Estados-Membros. É o que se abordará a seguir.

II.2 UMA HISTÓRIA DE INSUCESSO

24. Apesar de todos os esforços empreendidos, a constatação mais óbvia é a de que a “guerra às drogas”, liderada pelos Estados Unidos, fracassou. Transcorridos mais de 50 anos da celebração da Convenção Única sobre Entorpecentes, é evidente que um mundo livre do consumo abusivo de drogas é uma realidade distante, senão inatingível. A criminalização do consumo e a repressão à cadeia produtiva não lograram reduzir o uso de drogas. Pelo contrário, durante todo o tempo, a demanda por narcóticos permaneceu relativamente estável[11]. Pequenos êxitos na eliminação de uma fonte de produção e na redução do consumo de uma dada substância foram sempre compensados pela migração da produção para outras áreas e pelo aumento do consumo de outras substâncias.

25. Tal fracasso é hoje reconhecido por diversos organismos e

RE 635659 / SP

entidades internacionais. Relatórios emitidos pela Comissão HIV e Direito, pela Organização dos Estados Americanos – OEA e pela Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental, apenas para citar alguns, afirmam a necessidade de mudanças no enfrentamento do problema, com foco em políticas de saúde dos consumidores e na repressão dos verdadeiros responsáveis pela traficância, e não nos usuários, mulas e pequenos traficantes[12]. Também a Comissão Global de Políticas sobre Drogas, formada por líderes mundiais e reconhecidos intelectuais, reconhece a falência da estratégia de repressão que vem sendo adotada e a necessidade de uma revisão completa das leis e políticas nos planos nacional e mundial[13]. Até mesmo o Diretor Executivo do Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UN Office on Drugs and Crime – UNODC), Antonio Maria Costa, admitiu, em 2008, em *paper* informal com o balanço da última década de combate às drogas, que o sistema de controle atualmente vigente teria falhado, sendo o responsável por consequências adversas inesperadas [14].

26. Esse diagnóstico, que tem angariado cada vez um número maior de adeptos, aponta os desastrosos resultados da atual política repressiva e proibicionista. Como mencionado pelo pesquisador norte-americano Ted Carpenter, *“a guerra às drogas assemelha-se a uma guerra real em um único aspecto: causa uma quantidade estupenda de danos colaterais”* [15]. É possível citar pelo menos três danos colaterais especialmente gravosos da “Guerra às Drogas”, nos planos internacional e interno.

27. Em primeiro lugar, ao invés de reduzir o comércio dessas substâncias, a política de proibição de drogas produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado. O poder do tráfico parece ter aumentado no mundo e a clandestinidade do comércio foi associada ao aumento de outros crimes vinculados à atividade ilícita. A Comissão Global de Política sobre Drogas pontua que a violência é inerente aos mercados ilícitos de drogas e que o combate pelo poder público pode, inclusive, involuntariamente,

RE 635659 / SP

incrementar esse ambiente violento [16]. O vácuo de poder criado pela prisão dos chefes do tráfico enseja, muitas vezes, lutas que afetam as comunidades do entorno. Além disso, o tráfico ilícito pode também ser meio de fortalecimento de grupos armados que operam à margem da lei, como ocorre nas regiões de produção de ópio, como o Paquistão e o Afeganistão [17].

28. No Brasil, os problemas da criminalidade urbana associada ao narcotráfico são notórios. O comércio internacional e interno de drogas ilícitas está diretamente associado ao tráfico de armas, que são utilizadas nas disputas locais por território e nos enfrentamentos com o poder público, afetando em grande escala os índices de criminalidade gerais. Além disso, diversas favelas e comunidades carentes em várias cidades do país, como Rio de Janeiro e São Paulo, sofrem com a ação de facções criminosas dedicadas ao tráfico ilícito de narcóticos e com o domínio que estes grupos exercem sobre as populações locais. A quantidade de dinheiro que a droga faz girar dá aos barões do tráfico o poder de dominar, explorar e oprimir as comunidades mais pobres.

29. Um dos efeitos mais deletérios desta política de criminalização é justamente aquele produzido sobre os jovens dessas comunidades. O tráfico lhes paga muito mais do que poderiam ganhar em atividades lícitas. Há, assim, uma concorrência desleal entre a vida honesta, oferecida pelos pais, e aquela de aparente *glamour* e ganhos fáceis ofertada pelo tráfico. Poucas coisas devem ser mais sofridas para uma família do que ver os seus filhos serem cooptados pelo crime, sem que possam oferecer uma alternativa competitiva.

30. Em segundo lugar, tal modelo proibicionista produz um alto custo para o Estado e para a sociedade, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Estima-se que na China e no Sudeste Asiático, 235 mil pessoas estejam detidas compulsoriamente[18][18]. Nos EUA, o encarceramento em massa de

RE 635659 / SP

negros na Guerra às Drogas tem sido responsável pela recriação da segregação racial na América, na medida em que milhões de negros presos por crimes relativamente brandos são estigmatizados e excluídos após passarem pelo sistema de justiça criminal. Neste país, afrodescendentes correspondem a 33,6% das prisões por drogas e 37% das pessoas enviadas às prisões estaduais por esse motivo, embora representem apenas 13% da população do país.

31. Também no Brasil os números são eloquentes. Desde a promulgação da Lei nº 11.343/2006 houve significativo aumento da população carcerária, impulsionada, sobretudo por infrações relacionadas às drogas. Enquanto a população brasileira cresceu 7% no período, a população carcerária aumentou 51,6%[19]. Nesse mesmo interregno, o encarceramento por infrações relacionadas às drogas aumentou de 9% para cerca de 27% da população carcerária total, o que representa um aumento de mais de 320%[[20]. Dados de 2015 do Departamento Penitenciário Nacional – Depen informam que o tráfico de entorpecentes representa hoje o tipo penal responsável por colocar o maior número de pessoas atrás das grades. E o mais estarrecedor, aproximadamente 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados ao tráfico[21]. Vale dizer, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas [22].

32. Os dados recentes mostram que a situação não se alterou. De acordo com relatório publicado pelo Depen[23], o tráfico de drogas continua a ser o crime com maior número de registros no sistema prisional brasileiro. No segundo semestre de 2022, das 734 mil ocorrências de crimes registrados, 169 mil eram tráfico de drogas. O crime de roubo qualificado ocupa a segunda colocação, com 117 mil entre os 733 mil registros no segundo semestre de 2022.

33. A política de aprisionamento por crimes não violentos relacionados ao tráfico de drogas atinge especialmente mulas, “aviões”,

RE 635659 / SP

“vapores” e pequenos traficantes, muitas vezes primários, contribuindo enormemente para a superlotação dos presídios, sem qualquer perspectiva de eliminação ou redução do tráfico e do consumo de drogas. Dados do Depen apontam que, em junho de 2014, a população prisional ultrapassou a marca de 600 mil presos, com um déficit de mais de 230 mil vagas[24]. Não bastasse, a política de encarceramento massivo é extremamente onerosa aos cofres públicos. De acordo com informações do Depen, mesmo nas condições precárias atuais, os Estados gastam, em média, cerca de R\$ 2 mil por mês para a manutenção de cada detento[25]. Já o custo médio de construção de cada nova vaga é de R\$ 43.835,20.

34. Além de contribuir para a superlotação dos presídios e gerar altos custos para o Estado e a sociedade, no atual sistema prisional brasileiro, enviar jovens, geralmente primários, para o cárcere, em razão do tráfico de quantidades não significativas de droga, não traz benefícios à ordem pública. Pelo contrário, a degradação a que os detentos são submetidos na grande maioria dos estabelecimentos e a ausência de separação dos internos entre primários e reincidentes e entre provisórios e condenados, transformam os presídios em verdadeiras “escolas do crime”. Presos que cometeram ou são acusados de ter cometido crimes de menor potencial lesivo passam a ter conexões com outros criminosos mais perigosos, são arregimentados por facções e frequentemente voltam a delinquir após saírem das prisões.

35. Em terceiro lugar, o sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal (produzindo o chamado *policy displacement*). A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo de drogas promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso ao

RE 635659 / SP

tratamento e potencializando os danos à saúde associados ao consumo de substâncias entorpecentes, como a transmissão de HIV e de Hepatite C no uso de drogas injetáveis de modo inseguro.

36. Por tudo isso, é evidente que os males causados pela criminalização das drogas e pela política proibicionista centrada na justiça criminal têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal às drogas e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre as comunidades diretamente dominadas pelas organizações criminosas e sobre a sociedade em geral, do que aquelas produzidas pela droga sobre os usuários. Essa política tem importado em criminalização da pobreza, em aumento do poder do tráfico e em superlotação dos presídios, sem gerar benefícios reais para a redução da criminalidade, para o aumento da segurança e para a saúde pública.

37. Pedro Abramovay descreve com propriedade a inconsistência das políticas até agora adotadas para enfrentamento do problema das drogas e como a insensatez tem sido a “racionalidade” adotada. Os caminhos que vêm sendo percorridos inviabilizam “(i) a possibilidade de construção de uma política pública eficiente; (ii) o desenvolvimento da democracia; e (iii) a garantia de direitos fundamentais.” De fato, como descreve Abramovay, a trajetória da política de drogas se amolda à *Marcha da Insensatez* traçada por Barbara Tuchman ao narrar o caminho percorrido pela humanidade “de Tróia ao Vietnam”^[26]:

“Tuchman tenta explicar por que ‘os homens com poder de decisão política tão frequentemente agem de forma contrária àquela apontada pela razão e que os próprios interesses em jogo sugerem’ (...). Ou seja, situações nas quais, olhando retrospectivamente, a solução escolhida parece não ter relação concreta com os interesses daqueles que escolheram aquela política. A política sobre drogas desenvolvida globalmente

RE 635659 / SP

desde 1912 com a Convenção de Haia sobre o Ópio (...) até a crescente militarização deste conflito vista atualmente em países da América Latina, parece ser uma forte candidata a integrar um volume atualizado do livro de Tuchman.”

38. Diante desse diagnóstico, tornou-se evidente para um número crescente de países que a abordagem internacional, centrada na repressão, na militarização e no proibicionismo, era extremamente custosa e ineficaz. Surgiu, assim, um movimento mundial de reflexão e adoção de políticas alternativas para o enfrentamento das drogas, a partir de uma interpretação mais flexível das convenções da ONU.

II.3 NOVOS RUMOS NO MUNDO E NO BRASIL

39. Gradualmente, está surgindo no debate global uma nova perspectiva sobre o problema das drogas. Ao lado do reconhecimento da necessidade de algum nível de controle pelos Estados da produção, comércio e consumo de substâncias psicoativas, há também a percepção equilibrada de que a proibição *tout court*, nos moldes em que existe, não atende às necessidades dos povos em termos de saúde e segurança pública. Na última década, as políticas associadas aos usuários – diretamente relacionadas ao objeto deste recurso extraordinário – são as que mais têm avançado.

40. Como se viu acima, as convenções internacionais de referência sobre controle de drogas obrigam os países signatários a criminalizar as condutas de produção ilícita e tráfico de drogas, com especial enfoque para as transações transnacionais. Há, contudo, espaço normativo para que a legislação dos Estados-Membros atribua tratamento diferenciado ao usuário de drogas. Nessa linha, alguns países da Europa, como Portugal, Holanda e Espanha, diversos Estados norte-americanos e países da América Latina, como o Uruguai, a Argentina e a Colômbia, já trilham caminhos diversos para o tratamento da questão das drogas, com especial atenção ao consumidor.

RE 635659 / SP

41. Na Europa, alguns Estados têm adotado uma série de medidas de tratamento, educação e reintegração para usuários, alternativas ou adicionais à condenação e punição, com resultados positivos [27]. A experiência de Portugal, já em vigor por quase 25 anos, tem chamado a atenção da comunidade internacional pela redução dos problemas associados ao consumo e tráfico de substâncias entorpecentes. No ano de 2000, Portugal aprovou a Lei nº 30[28], que entrou em vigor em 01.07.2001, descriminalizando o porte de todas as drogas para consumo pessoal e implementando uma abordagem centrada em saúde e em políticas de redução de danos. Atualmente, a pessoa surpreendida na posse de drogas em quantidade equivalente a até 10 dias de consumo – no caso da maconha, até 25 gramas[29] – em condições que não evidenciem o delito de tráfico, é submetida a procedimento de natureza administrativa, e não mais criminal. Após o balanço de uma década da nova política, constatou-se que (i) o consumo de drogas em geral não disparou – houve até mesmo diminuição do consumo de drogas entre jovens –, (ii) houve aumento do número de toxicodependentes em tratamento, e (iii) houve redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV[30].

42. A Holanda também centra suas forças no tráfico ilícito e tem, em relação ao usuário, uma política orientada pelo paradigma da saúde. A legislação distingue dois grupos de drogas, as pesadas e as leves. A posse de até 5 gramas de drogas leves como a maconha, em princípio, não é objeto de punição, e há tolerância para o consumo dessas substâncias em locais especialmente reservados[31]. Há, ainda, uma consistente política de contenção de danos no que concerne a drogas pesadas, por meio de programas oficiais de troca de agulhas e seringas e tratamento com metadona.

43. Já na Espanha, a lei penal não criminaliza o uso de drogas, mas estabelece sanções administrativas para o uso em público.

RE 635659 / SP

Atualmente, o porte de até 100 gramas de maconha é considerado para uso pessoal, não sujeitando o usuário a sanções penais, mas apenas a multas e à suspensão da carteira de habilitação para dirigir [32]-[33]. A ausência de sanções penais para o uso privado permitiu também a criação dos chamados clubes de *cannabis*. Estes são espaços, sem fins lucrativos, de consumo e acesso à substância, restrito a limitado número de pessoas maiores de idade[34].

44. Além disso, em fevereiro de 2024, a Alemanha aprovou lei para a legalização da maconha. Como etapa inicial, permitiu o cultivo de até três plantas fêmeas e o porte de até 25 gramas em espaços públicos. Já em residências particulares, o limite para o uso recreativo da maconha é de 50 gramas. Além disso, a partir de julho, permitiu o funcionamento de clubes de cultivo de *cannabis*, com até 500 membros cada, que podem distribuir até 50 gramas de *cannabis* por membro por mês.

45. Nos Estados Unidos da América, atualmente 24 estados descriminalizaram a posse de *cannabis* para uso pessoal e uso recreativo, sendo que diversos estados, como o Colorado, Oregon, Washington-DC, Alasca, Califórnia e Nova Iorque, legalizaram o comércio dessa substância[35]. Muitos desses estados adotaram, como critério objetivo para diferenciar o uso do tráfico de drogas, limites quantitativos (*threshold quantities*) que variam de 14 a 57 gramas (0,5 a 2 oz.). Alguns desses estados também caracterizam como uso o cultivo de até 6 plantas de *cannabis*. De todas essas experiências, merece registro especial a trajetória da legalização da maconha no Alasca, já que conta com decisão da Suprema Corte daquele estado, no caso *Ravin x state*, julgado em 1975, que declarou que o direito constitucional à privacidade previsto na Constituição estadual habilitava os cidadãos adultos a possuírem pequenas quantidades da droga para uso pessoal[36]. Para a Corte, não havia prova de que o uso da substância nos limites privados da residência causaria danos ao usuário ou a terceiros, deslegitimando a criminalização.

RE 635659 / SP

46. Nas Américas, o Uruguai tornou-se, em 2013, o primeiro país do mundo a legalizar a produção, comércio e consumo da maconha, permitindo que o Estado assuma o total controle da cadeia produtiva da droga. A lei aprovada permite que os indivíduos portem até 40 gramas de maconha, autoriza o cultivo doméstico de até 6 plantas fêmeas de *cannabis*, com produção de até 480 gramas anuais, cria clubes de cultivo de *cannabis*, e prevê a comercialização da droga em farmácias, entre muitos outros aspectos[37].

47. Em alguns países, o Poder Judiciário, e não o Legislativo, foi o responsável pela descriminalização do consumo de substâncias entorpecentes. Na Argentina, a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal foi realizada por decisão de sua corte constitucional em 2009[[38]. No caso concreto, 5 corréus haviam sido condenados por portar, cada um, em torno de três cigarros de maconha (com doses entre 0,283 e 5 gramas). Ao analisar a hipótese, o Tribunal Constitucional Argentino decidiu que o tipo penal de posse de droga para consumo próprio é inconstitucional, por violação ao artigo 19 da Constituição argentina[39], que protege o direito à vida privada. No caso, a Corte afirmou que o direito à privacidade consiste em limite ao poder punitivo do Estado e considerou o fracasso do efeito dissuasivo da norma incriminadora para fins do enfrentamento do consumo de drogas na sociedade.

48. O caminho de descriminalização por meio da jurisdição constitucional também foi adotado na Colômbia. Já em 1994, a Corte Constitucional colombiana proferiu decisão histórica, declarando a inconstitucionalidade da criminalização do consumo de drogas[40]. No entanto, o Congresso reformou a Constituição em 2009 para proibir o porte de substâncias psicoativas para consumo pessoal. Então, em sentença de 2012, o plenário da Corte Constitucional reafirmou sua decisão anterior, declarando que o porte de drogas para uso próprio não

RE 635659 / SP

pode ser criminalizado[41]. O caso analisado dizia respeito a um jovem condenado a 64 meses de prisão pelo porte de 1,3 gramas de cocaína para uso pessoal. A lei penal colombiana fixava, expressamente, a dose pessoal em até 1 grama. A Corte entendeu, porém, que, tendo-se comprovado que dose era para consumo próprio, ficaria afastada a possibilidade de tutela penal.

49. Em linha com a correção de rumos no âmbito interno dos países, trabalhos preparatórios para a sessão especial da Assembleia Geral sobre drogas da ONU (UNGASS), que se realizará em 2016, já apontam para o reconhecimento da necessidade de novas políticas que promovam um maior equilíbrio entre a repressão ao tráfico e as perspectivas da saúde pública e da centralidade dos direitos humanos, inclusive por meio da descriminalização do consumo de drogas[42]-[43]. Aguarda-se, assim, que o sistema normativo internacional possa ser modificado em um futuro próximo, alterando-se o foco repressivo e proibicionista atualmente em vigor.

50. Sem prejuízo disso, não há qualquer óbice à análise da presente controvérsia por este Supremo Tribunal Federal. De um lado, os parâmetros internacionais atualmente vigentes não proíbem a descriminalização do consumo de drogas. Portanto, eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não representaria afronta ao sistema convencional da ONU. A descriminalização da posse para consumo pessoal não equivale à legalização do uso, nem à descriminalização do tráfico, que continuaria proibido nos termos das demais disposições da Lei nº 11.343/2006. De outro, os tratados e convenções internacionais sobre drogas de que o Brasil é signatário ostentam hierarquia supralegal, e, logo, infraconstitucional, de modo que a Constituição assume uma posição de primazia. Não se discute, portanto, a restrição do alcance e do conteúdo das obrigações internacionais assumidas pelo país, mas apenas a validade de dispositivos da Lei de Drogas, à luz dos direitos fundamentais

RE 635659 / SP

previstos na Constituição.

IV. A SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

IV.1 A TIPIFICAÇÃO PENAL DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL

51. O art. 281 do Código Penal, em sua redação original, não contemplava a figura do porte de drogas para consumo pessoal até a alteração legislativa introduzida pelo Decreto-lei nº 385/1968[44]. No idos de 1965, logo ainda na vigência original do dispositivo, o Ministro Aliomar Baleeiro, relator do HC 47.950-SP afirmava:

“[O] Paciente foi surpreendido quando transmitia a outro encarcerado um cigarro de maconha. Em poder dele foram encontrados 30 centigramas dessa substância, - menos de 1/3 de cigarro. O fato ocorreu em 1965, antes da alteração do art. 281 do Código Penal. II. Em harmonia com caudalosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, concedo o habeas corpus, porque a ínfima quantidade presume a finalidade do uso de viciados. Aliás, é notório que, no Brasil, o fumo da maconha, sobretudo, vício dos presos na luta contra o tédio e a ociosidade carcerária”.

52. Passados 50 anos daquele julgado, esta Corte é confrontada com situação fática quase idêntica. Conforme os fatos assentados pelas instâncias precedentes, o recorrente, encarcerado no estado de São Paulo, foi surpreendido na posse de 3 gramas de maconha na cela em que cumpria pena. Não há nos autos qualquer prova ou indício de comércio ou de fornecimento gratuito a terceiros.

53. No cenário atual, porém, a Lei nº 11.343/2006 criminaliza o porte de drogas, ainda que para uso próprio[45]. Seu artigo 28, inserido no capítulo “Dos crimes e das penas”, tipifica as condutas de “*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal,*

RE 635659 / SP

drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, e comina as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo. Como se vê, não há previsão de pena privativa de liberdade. Esta lei estabeleceu um regime mais benéfico em relação àquele instituído pela Lei nº 6.386/1976 (Lei de Entorpecentes), anteriormente vigente, que punia com prisão de 6 meses a 2 anos o porte de drogas para consumo pessoal[46].

54. O fato de a Lei de Drogas não ter cominado pena privativa de liberdade pela prática das condutas descritas no art. 28 ensejou alguma perplexidade acerca da natureza penal do ilícito descrito, diante da previsão do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que dispõe que *“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”*

55. A questão, no entanto, foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 430.105 QO, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Neste julgamento, a Corte considerou que a lei brasileira apenas “despenalizou” a conduta de posse de droga para consumo pessoal, de modo que, a despeito da definição da Lei de Introdução ao Código Penal, tal conduta permanece ostentando a natureza jurídica de crime. Veja-se o seguinte trecho da ementa deste julgado:

“I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui

RE 635659 / SP

somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). (...) 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). (...)."

56. Em verdade, o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei de Drogas torna mais brandas as consequências penais impostas aos usuários de drogas, afastando a possibilidade de que sejam condenados a pena privativa de liberdade. No entanto, neste regime, subsistem tanto a natureza delitiva da conduta, como o caráter estigmatizante da tutela penal do comportamento. Como destacado pela instituição Viva Rio, admitida como *amicus curiae* neste feito, "a Lei em comento prevê, dentre as sanções para o usuário de drogas, a prestação de serviços à comunidade, pena restritiva de direitos destinada a crimes com pena privativa de liberdade superior a seis meses (CP, art. 46), fato que distancia o comportamento – mesmo na seara material – de uma mera infração administrativa, no que concerne às consequências jurídicas do ato".

57. Remanesce, portanto, a necessidade de pronunciamento desta Corte a respeito da constitucionalidade do tratamento penal da conduta de posse de drogas para consumo pessoal.

IV.2. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA

58. A primeira questão submetida a esta Corte diz respeito à legitimidade da criminalização das condutas de adquirir, guardar, ter em

RE 635659 / SP

depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, à luz da Constituição Federal. A tese central do recorrente é de que a tipificação de tais condutas descritas no art. 28 da Lei nº 11.348/2006 viola os direitos à intimidade e à vida privada, previstos no artigo 5º, X, da Constituição [47]. É necessário, assim, definir o conteúdo e alcance desses direitos, para que se possa estabelecer se houve ou não excesso por parte do legislador no exercício do poder/dever de criminalizar condutas para a proteção de bens jurídicos relevantes.

59. De forma geral, os direitos à intimidade e à vida privada, compreendidos no conceito mais amplo do direito à privacidade, protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estarem sós[48]. O direito à privacidade possui, entre outras, uma dimensão decisional, que se refere ao reconhecimento de espaços de liberdade no foro íntimo dos indivíduos, para que possam eleger seus modos de ser e viver e realizar plenamente as concepções de vida eleitas, independentemente dos juízos éticos ou morais formulados pela sociedade circundante. Um aspecto central desses direitos é, assim, a reserva de uma esfera intangível à intromissão de terceiros ou do Estado, a qual se identifica com o exercício da sua autonomia privada.

60. A autonomia, por sua vez, é uma das principais dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º, III, da Constituição. Ela corresponde justamente ao livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central da autonomia é a capacidade de autodeterminação, isto é, o direito de as pessoas definirem, elas próprias, os rumos de suas vidas e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa, assim, o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas.

61. A proteção constitucional dos direitos à privacidade e à

RE 635659 / SP

autonomia individual impõe ao Estado a adoção de uma postura de neutralidade em relação a diferentes concepções de vida boa coexistentes em uma sociedade plural e democrática, como a brasileira. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre escolhas existenciais e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua privacidade, sua autonomia e sua dignidade. Rejeitam-se, assim, intervenções estatais paternalistas ou moralistas, que imponham ao indivíduo determinados padrões de conduta e preferências, ao pressuposto de que ele não tem capacidade para escolher o que é melhor para si ou de que suas escolhas são moralmente equivocadas, com base em um determinado padrão moral majoritário.

62. Estabelecida a premissa de que o indivíduo possui uma esfera de autonomia e privacidade que deve ser preservada da ingerência estatal, é preciso definir se o consumo de drogas está sob o espectro dessa proteção. Entendo que, ainda que parte da população considere este comportamento danoso, perigoso, errado, inaceitável ou mesmo imoral, ele representa uma decisão pessoal, subscrita à esfera íntima do usuário, e que não afeta, por si só, as escolhas e modos de vida de terceiros. Está, assim, incluído no âmbito de proteção dos direitos à intimidade e à vida privada e da autonomia. Disso resulta que a criminalização do porte de drogas para uso próprio, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, importa necessariamente uma restrição a esses direitos constitucionais.

63. No caso dos autos, poder-se-ia questionar se o uso de drogas pelo acusado na cela em que cumpria pena por outros delitos está sob o amparo da proteção à privacidade e à autonomia. Não nego que, ao ingressar no sistema prisional, o preso tem sua autonomia e privacidade mitigadas e que não lhe é dado consumir drogas ou ingerir bebidas alcoólicas dentro do estabelecimento penal, o que é ínsito à inserção em uma instituição disciplinar total[49]. Isto não significa, é claro, que ele seja

RE 635659 / SP

despido de sua condição humana e dos direitos e garantias a ela inerentes. É evidente que, ainda que com as limitações próprias da condenação, o preso mantém os direitos à privacidade e intimidade. Porém, a questão que se coloca neste processo não é de saber se o preso pode ou não consumir drogas em um presídio. O que se afirma apenas é que as condutas exclusivamente direcionadas ao uso não podem ser criminalizadas. Isso não torna, de maneira nenhuma, o consumo de drogas lícito ou permitido nos estabelecimentos penais. Caberá, porém, ao Estado garantir que a substância ilícita não ingresse nesses estabelecimentos e sancionar o preso administrativamente quando este for encontrado em posse de drogas, impondo-lhe punição disciplinar, com todos os seus consectários legais. Portanto, o caso concreto em nada contamina a tese que se adota neste processo: a de que a decisão de consumir drogas, por mais reprovável que seja, está inserida no âmbito da autonomia individual e da privacidade.

64. Eventual alegação de que a criminalização não atinge o uso de drogas propriamente dito, mas apenas a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte e o porte dessas substâncias, não valeria para afastá-las da esfera privada do indivíduo. É inquestionável que todas as condutas incriminadas pela norma estão direcionadas, exclusivamente, a viabilizar a decisão do consumo pessoal. E mais: veja-se que o próprio tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas circunscreve as condutas ao âmbito individual do usuário da substância, já que contém em sua descrição o elemento subjetivo especial do injusto “para consumo pessoal”. A ausência desse elemento descaracteriza por completo o ilícito penal [50]. Nesse sentido, a conduta criminalizada somente se aperfeiçoa se estiver limitada à esfera privada. Portanto, não há dúvida de que o art. 28 da Lei de Drogas atinge diretamente os direitos à privacidade e à autonomia [51].

65. Por óbvio, isso não significa que a intimidade, a vida privada e a autonomia sejam direitos absolutos, insuscetíveis de restrição.

RE 635659 / SP

Ao contrário, admite-se a imposição de limitações a esses direitos. Sua validade constitucional estará, porém, condicionada à observância de determinados limites (os “limites dos limites”), entre os quais se destacam: (i) o objetivo de proteção de outros interesses e valores constitucionais relevantes, de elevado valor axiológico, e (ii) a observância do princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão (art. 5^o, LIV, CRFB).

66. Tais requisitos projetam-se no campo do direito penal a partir de dois princípios: a lesividade e a subsidiariedade. O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade ou da alteridade, prescreve que somente pode ser considerada criminosa a conduta que lesione bens jurídicos alheios. Desse modo, se a conduta não extravasa o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela via da criminalização. Já o princípio da subsidiariedade, também denominado princípio da intervenção mínima do direito penal, determina que a imposição de uma penalidade criminal somente possa se efetivar como *ultima ratio*, i.e., quando não houver outro modo menos gravoso para tutelar os bens jurídicos alheios invocados como justificativa para a restrição.

67. Portanto, a criminalização não estará justificada quando: (i) não seja adequada à tutela do bem jurídico alheio eleito (*adequação*); (ii) haja outro meio igualmente idôneo e menos gravoso para a tutela desse bem jurídico (*necessidade ou vedação do excesso*); e (iii) a tipificação não se justifique a partir da análise de uma relação de custo-benefício (*proporcionalidade em sentido estrito*). No caso da intromissão estatal na esfera privada, com a repressão penal de escolhas individuais, o controle desses requisitos deve ser ainda mais rigoroso, já que a intervenção exercida pelo direito penal é a expressão mais drástica e gravosa do poder estatal. A compatibilidade entre a criminalização de uma conduta e o princípio da intervenção mínima não deve, porém, ocorrer apenas na análise de casos concretos, sendo possível também verificar se existe ou

RE 635659 / SP

não essa correspondência em tese, isto é, em sede de controle abstrato.

68. Aliás, essas conclusões já foram expressamente adotadas por este Tribunal, no âmbito do RE 583.523 (Rel. Min. Gilmar Mendes). Neste caso, a Corte afirmou, mais do que a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas penais, a necessidade de um modelo rígido de controle nessa seara, pautado pelo princípio da proporcionalidade, em vista da obrigação de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes,

O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbote*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbote*) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (...) A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre a adequação ao princípio da proporcionalidade.

69. Passo então a verificar se as restrições aos direitos à intimidade, à vida privada e à autonomia, promovidas pelo tipo do artigo 28 da Lei de Drogas, esbarram ou não nos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, refletido no direito penal a partir dos princípios da lesividade e da subsidiariedade.

IV.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LESIVIDADE E DA SUBSIDIARIEDADE

RE 635659 / SP

70. Conforme se afirmou, o princípio da lesividade, alteridade ou ofensividade é tradução do dogma segundo o qual não há crime sem ofensa (*nullum crimen sine injuria*). No entanto, a conduta que importa ao Estado regular criminalmente é aquela que transcende a esfera do indivíduo, lesionando bens jurídicos alheios. Comportamentos adstritos ao âmbito privado e de autodeterminação pessoal, sem repercussões diretas sobre terceiros, devem ficar de fora da tutela penal. É preciso indagar, assim, quais os bens jurídicos relevantes tutelados pela norma incriminadora do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

71. Em primeiro lugar, parece certo afirmar que o consumo de drogas tem, ao menos potencialmente, a possibilidade de afetar a saúde do usuário, configurando autolesão[52]. No entanto, o bem jurídico “saúde individual” não tem a alteridade exigida para a legitimação da atuação penal do Estado. A criminalização da vítima ofende a própria lógica do sistema criminal, em que o dano a terceiros, potencial ou realizado, é imprescindível para justificar a criminalização.

72. Esse fato é comprovado pela análise da própria legislação penal. Com exceção do artigo 28 da Lei de Drogas, todos os tipos que contemplam a autolesão punem apenas a conduta dos terceiros que colaboram para a lesão ou a autolesão que afeta terceiros. Nesse sentido, o Código Penal criminaliza o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio, mas não a tentativa de suicídio em si (art. 122). Igualmente, pune o favorecimento da prostituição, a manutenção de estabelecimento para esse fim e o rufianismo, mas não a prostituição (arts. 228, 229 e 230). Tipifica também a ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, mas não a autolesão (art. 129). Na verdade, quem lesa o próprio corpo ou saúde somente comete crime quando a autolesão se tratar de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, em que o intuito de fraudar terceiro é elementar do tipo (art. 171, § 2º, III)[53]. As condutas do art. 28 da Lei de Drogas são, assim, as únicas no sistema penal brasileiro

RE 635659 / SP

direcionadas a punir o próprio lesado.

73. Não ignoro que há quem sustente, sob a perspectiva do paternalismo penal, que seria possível legitimar a incriminação de condutas relativas ao consumo de drogas com o objetivo de proteger o usuário da diminuição de sua própria autonomia que seria potencialmente causada pela substância proscrita. Há, é certo, algumas drogas com significativo potencial para inibir as próprias condições de autodeterminação individual, como o *crack*. No entanto, a possibilidade de uso heterônomo da sanção criminal para a proteção do próprio indivíduo está proscrita no direito penal brasileiro. Ela encontra óbice tanto no princípio da alteridade, quanto no princípio da intervenção mínima. Certamente, há outros meios menos gravosos e até mais idôneos que a criminalização para a proteção da saúde do usuário, e, conseqüentemente, de sua autonomia, como a oferta de tratamento, políticas de redução dos danos e programas de informação e prevenção.

74. Não sendo a proteção da saúde individual um bem jurídico apto a justificar a tutela penal, tem se sustentado que o artigo 28 da Lei de Drogas encontraria fundamento na proteção da “saúde pública”. De acordo com o argumento, a inibição do consumo de substâncias entorpecentes pela via penal permitiria a repressão ao tráfico ilícito. Afinal, não há tráfico sem demanda, sem mercado consumidor. O raciocínio está estruturado da seguinte maneira: muito embora o porte de drogas não cause lesão a terceiros, ele é objeto da tutela penal porque estimula outros sujeitos (*e.g.*, o traficante) a adotar comportamentos capazes de causar lesão a terceiros (*e.g.*, a venda de drogas ou a prática de outros crimes). Nesse cenário, o tipo penal do art. 28 constituiria crime de perigo abstrato, que se configura pelo risco potencial que o consumo de drogas oferece à saúde da coletividade.

75. Há, porém, dois principais problemas nessa abordagem. Em primeiro lugar, criminalizar o consumidor para coibir o tráfico e

RE 635659 / SP

punir o traficante significa responsabilizá-lo por condutas de terceiros, sobre as quais ele não tem qualquer controle. Nesse caso, fere-se tanto o princípio da responsabilidade penal pessoal, quanto o próprio princípio da dignidade humana. Como já tive oportunidade de afirmar, na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou funcionalizada em prol dos interesses da coletividade.

76. Em segundo lugar, e com maior relevo, a tipificação do porte de drogas para consumo pessoal não é meio adequado ou necessário para a tutela do bem jurídico “saúde pública”, violando, assim, o princípio da proporcionalidade e, por consequência, tanto a lesividade, quanto a subsidiariedade. Nesse particular, cabe esclarecer que não me filio ao seguimento da doutrina que defende que apenas condutas direcionadas a lesões concretas ou a um risco efetivo de lesão atenderiam ao princípio da ofensividade, de modo que os crimes de perigo abstrato seriam, por natureza, inconstitucionais [54]. Considero que o princípio da lesividade não impede que o legislador antecipe a tutela penal nos casos de risco efetivo a bens jurídicos relevantes^[55]. No entanto, como este Tribunal já assentou, essa forma de estruturar o delito encontra limite no princípio da proporcionalidade (RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes) [\[\[56\]](#). Portanto, para que a ferramenta seja legítima, a tipificação deve constituir meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para viabilizar a proteção ao bem jurídico pretensamente tutelado^[57].

77. Nesse sentido, não parece questionável que o legislador ordinário possa lançar mão do direito penal como instrumento para proteger o bem jurídico saúde pública e que possa fazê-lo antecipando a proibição de condutas por meio de crimes de perigo abstrato. Qualquer sociedade civilizada impõe sanções cíveis e criminais para salvaguardar os direitos e a dignidade de terceiros. Exemplo do que se afirma é a conduta descrita pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que tipifica a condução de veículo automotor com capacidade psicomotora

RE 635659 / SP

alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência^[58]. Não há dúvida, portanto, que a autonomia pessoal pode ser restringida para impedir comportamentos nocivos. O problema do artigo 28 da Lei de Drogas está precisamente na idoneidade do tipo penal para produzir o fim anunciado.

78. Como já se disse, as condutas tipificadas no art. 28 estão circunscritas à esfera do usuário, em razão do especial elemento subjetivo do injusto. Para que tais condutas relacionadas ao consumo pessoal pudessem ser limitadas em nome da saúde da coletividade, seria necessário apontar uma relação de adequação direta entre elas e o risco de lesão a terceiros. Porém, o uso da substância, por si só, não apresenta qualquer perigo à coletividade. Quando muito, pode configurar autolesão, o que somente afetaria o bem “saúde pública” de forma muito remota, deslegitimando a incidência da norma penal.

79. Mais do que isso, a estratégia de enfrentar as condutas relacionadas ao consumo de drogas por meio da criminalização (paradigma de repressão) inibe e limita o acesso dos usuários ao sistema de saúde (paradigma da saúde). Isso porque a possibilidade de enfrentar um processo penal e de sofrer condenação desestimula o toxicômano a procurar tratamento e auxílio. Ou seja, ao invés de promover a saúde pública, a criminalização produz o efeito reverso, excluindo e marginalizando os usuários de droga, sem atacar eventual dependência química. A vulnerabilidade dos usuários de drogas injetáveis aos vírus de HIV e Hepatite C é um dos aspectos que ilustram esse problema. Conforme dados do UNODC de 2014, estima-se que 13,1% do total desse grupo no mundo viva com o vírus HIV^[59]. Desse modo, por todos os ângulos, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é meio *inadequado* para o alcance da finalidade de tutela da saúde pública.

80. Ainda que se entendesse que a repressão penal ao consumo de drogas fosse meio idôneo a promover o bem “saúde

RE 635659 / SP

pública”, de modo a passar pelo teste da lesividade, não seria possível justificar a medida sob o prisma da subsidiariedade. Como se afirmou, o direito penal constitui o último e mais drástico instrumento de que se pode valer o Estado. Daí porque o legislador não é livre para tipificar penalmente toda e qualquer conduta em nome da saúde da coletividade, exigindo-se, ainda, que a tutela penal seja também um meio *necessário*, ou seja, que inexista outros meios menos gravosos e igualmente idôneos para a proteção do bem jurídico em questão. Porém, no caso do porte de drogas para consumo pessoal, há relativo consenso sobre a maior eficácia da criação de políticas públicas de saúde, em relação à repressão criminal do usuário.

81. Como já se viu, na última década, tornou-se cada vez mais evidente no cenário internacional que os males produzidos pela Guerra às Drogas, centrada em uma concepção proibicionista, têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal a essas substâncias e a criminalização do consumo produziram consequências mais negativas sobre as comunidades dominadas pelas organizações criminosas e sobre a sociedade em geral, do que aquelas produzidas pela droga sobre os usuários e sobre a saúde da coletividade em geral. Essa política tem importado em criminalização da pobreza, em aumento do poder do tráfico e em superlotação dos presídios, sem gerar benefícios reais para a redução da criminalidade, para o aumento da segurança e para a saúde pública. Portanto, além de meio inadequado, a tipificação das condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas é também desnecessária, violando o princípio da intervenção mínima do direito penal.

82. Por tudo isso, concluo que é inconstitucional a criminalização das condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, descritas no art. 28 da Lei nº 11.348/2006. A tipificação dessas condutas viola os direitos à intimidade e à vida privada (artigo 5º, X, CRFB) e o direito à autonomia privada, extraído do princípio da dignidade da pessoa

RE 635659 / SP

humana (art. 1^o, III, CRFB), assim como o princípio da proporcionalidade (art. 5^o, LIV, CRFB). Independentemente de juízos éticos ou morais sobre o consumo de drogas, o artigo 28 da Lei de Drogas interfere diretamente sobre as escolhas pessoais dos indivíduos e atua no âmbito de sua esfera privada, em razão do especial elemento subjetivo do injusto contido na expressão “para consumo pessoal”, sem que tal intromissão seja idônea e necessária para tutelar outro bem jurídico alheio relevante, notadamente a saúde pública.

83. Por fim, ressalto que o consumo de drogas proscritas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, ainda que não constitua ilícito penal, tem efeitos deletérios sobre a saúde física e mental dos usuários. Por isso, de modo algum a decisão desta Corte deve ser interpretada como autorização ou incentivo ao uso dessas substâncias, as quais continuarão a ser ilícitas, e poderão ser apreendidas pela autoridade policial. Em verdade, apenas se está a afirmar que a tutela penal, medida de *ultima ratio*, não se presta a interferir em comportamentos que se circunscrevem ao âmbito privado dos indivíduos e que não atinjam, por si, a esfera de terceiros, nem sejam adequados e necessários para a proteção de bens jurídicos relevantes. Portanto, esta decisão somente afastará a sujeição do usuário de drogas a processo criminal, com o estigma e demais consectários legais que decorrem da condenação (*e.g.*, registro de natureza criminal).

84. Nesse sentido, decidindo este Supremo Tribunal Federal que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é inconstitucional, o Estado deverá, em primeiro lugar, desenvolver políticas públicas de saúde com o objetivo de prevenir, controlar e tratar os problemas relacionados à toxicodependência e ao uso abusivo de drogas, de modo a tutelar a saúde individual e coletiva. Em segundo lugar, deverá adotar medidas e sanções administrativas, como multas e a proibição do direito de dirigir, que serão aplicadas àqueles que forem flagrados no espaço público consumindo drogas ou as portando de forma

RE 635659 / SP

ostensiva. Também se deve cogitar da aplicação de multas ou outras penalidades administrativas mais severas aos usuários encontrados com drogas nas dependências ou imediações de instituições de ensino, hospitais, prisões, tribunais, outras repartições públicas, unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

85. Não desconheço todo o mal e o sofrimento que o uso abusivo de drogas causa aos usuários e a suas famílias, e sou absolutamente solidário com sua situação. Porém, considero, com todas as vênias de quem pense diferentemente, que o direito penal não pode ser utilizado para combater esse flagelo. Além de inadequada, a criminalização é ineficaz para solucionar o problema das drogas, como a experiência internacional vem comprovando. O dependente químico precisa ser tratado e acolhido, e não punido penalmente.

IV.4 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE AS CONDUITAS DO PORTE PARA CONSUMO PESSOAL E PARA O TRÁFICO

86. Assentada a inconstitucionalidade da criminalização de todas as condutas que envolvem o tipo variado misto relacionado ao consumo pessoal de drogas, é preciso estabelecer critérios objetivos mínimos para distingui-las daquelas descritas no art. 33 da lei, relativas ao crime de tráfico, sob pena de tornar inócua a decisão deste Tribunal.

87. Como se sabe, a Lei de Drogas brasileira adotou o sistema da quantificação judicial para diferenciar as condutas relacionadas ao consumo de drogas descritas no art. 28 daquelas praticadas pelo designado traficante, definidas no artigo 33. De acordo com o estabelecido no § 2º do art. 28, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz deve atender "*à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*". Portanto, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade do

RE 635659 / SP

artigo 28 da Lei nº 11.348/2006 e o efeito vinculante decorrente do reconhecimento da repercussão geral deste processo estão intrinsecamente vinculados à definição de critérios objetivos para diferenciar o tráfico do uso.

88. Mais do que viabilizar a efetividade da decisão desta Corte, a definição destes parâmetros atende a uma questão de ordem metajurídica especialmente relevante. É que, como se sabe, o sistema penal brasileiro é extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial. Segundo o Depen, quase 60% dos presos são pretos ou pardos e o nível de escolaridade de aproximadamente 70% dos detentos não passa do ensino fundamental. Apenas 0,4% dos presos completou o ensino superior[60]. No que se refere especificamente às drogas, dados demonstram que parte significativa dos presos provisórios ou condenados por tráfico, são réus primários, portadores de pequenas quantidades de droga, flagrados em operações de policiamento de rotina, sobretudo em comunidades carentes. Daí decorre que a inexistência de critérios objetivos para diferenciar tráfico e consumo produziria um impacto desproporcional (*disparate impact*) sobre os jovens e populações mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, o que se torna ainda mais dramático no caso de moradores de favelas e comunidades dominadas pelo poder do tráfico.

89. Como resultado, à falta da especificação de critérios para a caracterização do consumo, a norma estabelecida no § 2º do art. 28, embora aparentemente neutra, promove um impacto desproporcional sobre os cidadãos menos favorecidos, de modo a violar o princípio da igualdade perante a lei. Os usuários em geral, e aqueles que compõem os extratos mais vulneráveis da população em particular, não podem ficar à mercê de eventual parcialidade de agentes do aparato estatal de segurança para a tipificação de suas condutas.

90. Em 2018, pesquisa realizada pela Defensoria Pública do

RE 635659 / SP

Rio de Janeiro apontou que a compreensão dos juízes sobre qual seria a quantidade relevante para diferenciar as condutas de tráfico e posse para uso pessoal é muito dispare. Muitas vezes, importa mais a variedade e o tipo de acondicionamento das substâncias encontradas com o réu do que o tipo de droga. A subjetividade do critério faz com que, muitas vezes, uma pessoa seja considerada traficante em razão do local onde foi abordada, mesmo estando sozinha e com pequena quantidade de droga.

91. Em agosto de 2015, o **Instituto Igarapé** publicou a Nota Técnica “Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas – cenários para o Brasil”[61]. A Nota recomenda o “estabelecimento de parâmetros objetivos a partir dos quais os agentes públicos possam valorar o critério legal da quantidade da droga, de acordo com a sua natureza, na apreciação dos casos concretos”. O Instituto esclareceu que tais parâmetros teriam “natureza de presunção relativa, baseados na experiência internacional, nos padrões nacionais de consumo de drogas ilícitas, e na própria jurisprudência da Corte, mas que podem ser desconsiderados fundamentadamente pelo juiz competente, se os demais critérios legais indicarem o contrário.”

92. A Nota propõe “três cenários de quantidades, que levam à presunção relativa de que a posse da substância ilícita, até o respectivo patamar, destina-se ao consumo pessoal.” Especificamente quanto à maconha (droga sob análise), o Instituto Igarapé considerou os seguintes cenários: (i) Cenário 1: 25g de maconha e 6 pêas fêmeas florindo; (ii) Cenário 2: 40g de maconha e 10 pêas fêmeas florindo; e (iii) Cenário 3: 100g de maconha e 20 pêas fêmeas florindo. A Nota conclui que “o cenário mais conservador fica aquém do objetivo de reverter os efeitos adversos indesejados da insegurança na aplicação da lei 11.343/2006”, indicando como mais adequado para a realidade brasileira “uma quantidade de referência fixa entre os cenários 2 e 3”.

93. O **Ipea** publicou, em maio de 2023, o relatório da pesquisa

RE 635659 / SP

“Critérios Objetivos no Processamento Criminal por Tráfico de Drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos dos tribunais estaduais de justiça comum”[62]. Trata-se de estudo quantitativo a partir de uma amostra de 5.121 réus, representativa do universo de 41.100 réus, cujos processos por tráfico de drogas foram sentenciados no primeiro semestre de 2019. O principal achado da pesquisa diz respeito à natureza e quantidade de drogas. Observou-se a predominância de processos de tráfico relacionados a pequenas quantidades de cocaína e de *cannabis*: mais da metade se refere a apreensões de até 100 gramas de alguma das substâncias. O estudo mostra que a maioria dos casos que ingressa no sistema de justiça criminal não está relacionada com volumes expressivos de drogas. Se fossem adotados critérios objetivos de quantidade para diferenciação das condutas de uso e de tráfico no Brasil, um número significativo de réus poderia ser presumido como usuários de drogas.

94. À luz dessas considerações, julgo que cabe ao Supremo Tribunal Federal fixar, desde logo, um limite quantitativo objetivo, o qual seria válido até que o legislador disponha de modo diverso. Equivale dizer, o STF pode estabelecer um limite quantitativo da substância abaixo do qual é razoável presumir que as condutas se dirijam ao consumo pessoal. A consequência direta desta presunção é o estabelecimento de um ônus argumentativo mais pesado para que se caracterize o tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas. Esse ônus argumentativo deve recair tanto sobre a acusação, quanto sobre os órgãos julgadores.

95. Portanto, a quantidade apreendida não seria o único critério de distinção de tráfico e uso. De um lado, o juiz não está impedido de considerar a atipicidade de condutas que envolvam quantidades superiores de drogas, caso verifique, pelas demais circunstâncias, a destinação para uso próprio. Até mesmo porque o elemento especial do tipo do artigo 28 diz respeito, sobretudo à intenção do agente, *i.e.*, à efetiva destinação da droga ao consumo pessoal. De outro lado, mesmo diante do porte de quantidades de droga iguais ou

RE 635659 / SP

inferiores ao limite fixado, o juiz poderá aferir a presença de outras circunstâncias que caracterizem, de forma inequívoca, o tráfico. Nessa circunstância, porém, repito que o ônus argumentativo para a caracterização das condutas previstas no art. 33 deve ser mais robusto.

96. Ao proferir meu voto em 2015, propus a fixação de 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas como critério objetivo para presumir o porte para consumo pessoal. Esse é o critério adotado em Portugal e, àquela altura, parecia angariar consenso na Corte. Naquela ocasião, porém, ressaltei que a minha preferência pessoal era adotar o parâmetro de 100 gramas de maconha, previsto na Espanha. Essa também é a quantidade que, conforme o estudo do Ipea[63], seria capaz de produzir um impacto relevante sobre o sistema carcerário brasileiro. Propus a fixação da seguinte tese de julgamento:

“É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei no 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

97. Posteriormente, em 02.08.2023, o Min. Alexandre de Moraes votou por fixar a quantia de 60 gramas como critério distintivo entre consumo pessoal e tráfico. A partir de dados colhidos pela Associação Brasileira de Jurimetria de decisões do próprio Poder Judiciário, o Ministro verificou que essa quantidade equivale ao limite médio que um homem branco, com mais de 30 anos e ensino superior

RE 635659 / SP

completo, pode portar no país sem ser considerado traficante.

98. Contudo, a quantidade que obteve consenso da maioria dos Ministros deste Tribunal foi a de 40 gramas, presumindo para consumo pessoal o porte de até 40 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas. Reitero, porém, que essa quantia estabelece uma presunção relativa. Isto é, o juiz pode considerar que condutas que envolvam quantidades mais elevadas são atípicas quando as circunstâncias do caso concreto revelarem que a droga se destina a consumo próprio. Do mesmo modo, ainda em casos de posse de quantidades inferiores, é possível que seja configurado o crime de tráfico de drogas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e os órgãos julgadores.

99. Por fim, ressalto, mais uma vez, que o consumo de drogas proscritas tem efeitos deletérios sobre a saúde física e mental dos usuários. Portanto, a decisão desta Corte não deve ser interpretada como incentivo ao uso ou indicação de que as quantidades consideradas para porte aqui definidas representam aval de consumo seguro dessas substâncias. É, porém, passado o tempo de a sociedade brasileira como um todo avançar no debate sobre uma forma mais eficaz de abordar o problema do consumo de substâncias psicotrópicas, com a adoção de um paradigma orientado à saúde, e não à repressão penal.

100. Por todo o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário interposto para declarar a inconstitucionalidade do *caput* e § 1º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 por violação aos direitos à intimidade e à vida privada (artigo 5º, X, CRFB), ao direito à autonomia privada, extraído do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), e ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CRFB). Em consequência, voto pela absolvição do recorrente pela atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

RE 635659 / SP

101. Acolho a tese proposta pelo relator, Min. Gilmar Mendes, e aprovada pela maioria dos Ministros deste Tribunal, nos seguintes termos:

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;

3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de

RE 635659 / SP

operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. 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”.

É como voto.

¶1] Lei de Drogas, Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse,

RE 635659 / SP

administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

[2] A Lei 11.343/2006 estabelece, para seus fins, que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, Parágrafo único).

[[3] Cf. Assembleia Geral da ONU, de 1998, Nova York.

[[4] ACSELRAD, Gilberta. Estado do conhecimento sobre o consumo de bebidas alcólicas no Brasil. *In* Consumo do Álcool no Brasil. ACSELRAD, Gilberta (Org). Rio de Janeiro: FLACSO/BRASIL, 2014. V 12 (Cadernos). Disponível em: <<http://flacso.org.br/files/2014/12/N12-GilbertaAcserlrad.pdf><http://flacso.org.br/files/2014/12/N12-GilbertaAcserlrad.pdf>> Acesso em 07 jul., 2015.

[[5] A Conferência congregou a Comissão do Ópio formada pela Grã-Bretanha, França, Alemanha, Japão, Holanda, Portugal, Rússia, China, Sião, Pérsia, Itália, Áustria-Hungria, Turquia e EUA, países que, em sua maioria, possuíam interesses ou possessões territoriais no Extremo Oriente. Apesar de não ter produzido documento vinculante para os países participantes, a Conferência foi um marco na política de controle internacional de drogas e veio a pautar a forma de enfrentamento da matéria no âmbito da Liga das Nações e, futuramente, na Organização das Nações Unidas (ONU), tornando os controles do comércio de drogas mais estritos.

[6] Antes da Comissão do Ópio em Xangai, há registro de acordos bilaterais sobre o tráfico de ópio, firmados entre, de um lado, os Estados Unidos da América e, de outro, o Reino de Sião (1833), a China (1844) e o Japão (1858).

[[7] O paradigma do controle e proibição das drogas que foi estabelecido nesse momento histórico foi fruto de uma conjugação de fatores, os quais, por sua complexidade, apenas menciono para referência: (i) interesse da classe médica em monopolizar a prescrição de

RE 635659 / SP

determinadas substâncias; (ii) preocupações de saúde pública decorrentes do reconhecimento dos efeitos deletérios do consumo do ópio; (iii) problemas de ordem social relacionados ao consumo de ópio pelas classes menos favorecidas e; (iv) dinâmica geopolítica e econômica que envolvia os países europeus e os Estados Unidos no comércio com o Oriente.

[[8] Vide Decretos nº 54.216/1964, nº 79.388/1977 e nº 154/1991, respectivamente.

[[9] Inclusive, segundo o relatório do European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2015), “Alternatives to punishment for drug-using offenders”, as medidas alternativas têm recebido maior atenção nos últimos 20 anos, na medida em que as evidências apontam maior efetividade na abordagem da questão do usuário sob a perspectiva da saúde, afastando-o do estigma do desviante (EMCDDA Papers, Publication Office of the European Union, Luxembourg).

[[10] Confira-se em <<http://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2015/vol1/238912.htm>>.

[[11] UNODC, Relatório Mundial Sobre Drogas 2006 (Vienna: United Nations, 2006); UNODC, Relatório Mundial Sobre Drogas 2014 (Vienna: United Nations, 2014). Cerca de 5% da população mundial adulta são consideradas consumidores de tais substâncias, sendo que menos de 1% desse contingente se refere a pessoas com uso problemático e dependência química.

[[12] Comissão Global sobre o HIV e Direito. Risco, Direitos e Saúde. Disponível em: <<http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf>>; Organização dos Estados Americanos. El Problema de Las Drogas em Las Américas, 2013. Disponível em: <http://www.pnsd.msssi.gob.es/novedades/pdf/OEAS_Informe.pdf>; Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental. Não Simplesmente em Trânsito: As drogas, o Estado e a sociedade na África Ocidental. Disponível em: <<http://www.wacommissionondrugs.org/report/>>.

[[13] V. Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental, Relatório Guerra às Drogas, de junho de 2011. Apenas para citar alguns,

RE 635659 / SP

os membros da Comissão Global de Política sobre Drogas, Kofi Annan, ex-Secretário-Geral das Nações Unidas, Jorge Sampaio, ex-Presidente de Portugal, Mario Vargas Llosa, Peru, César Gaviria, ex-Presidente da Colômbia, Ernesto Zedillo, ex-Presidente do México, Paul Volcker, ex-Presidente do Banco Central dos Estados Unidos, Ruth Dreifuss, ex-Ministra dos Assuntos Sociais e ex-Presidente da Suíça, George Shultz, ex-Secretário de Estado dos EUA, Fernando Henrique Cardoso, ex-Presidente do Brasil. Fora desta Comissão, também merecem referência na oposição à atual política de drogas, o ex-Presidente americano Bill Clinton, Luiz Eduardo Soares, ex-secretário de Segurança Pública no Rio de Janeiro e ex-Secretário Nacional de Segurança Pública, Pedro Vieira Abramovay, ex-Secretário Nacional de Justiça, José Mariano Beltrame, ex-Secretário de Segurança do Rio de Janeiro.

[14] Adriano Costa, 'Making drug control "fit for purpose": Building on the UNGASS decade', 2008.

[15] Luiza Lopes da Silva, A questão das drogas nas relações internacionais.: uma perspectiva brasileira. Brasília:Fundação Alexandre Gusmão, 2013. p. 120.

[16] Comissão Global de Políticas sobre Drogas . Guerra às Drogas: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas 2011. Disponível em: <<http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/>>.

[17] Disponível em <<http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/>>. Acesso em 7.6.2015.

[18] Carlos, Juliana de Oliveira. *Drug Policy and incarceration in São Paulo, Brazil*. Londres: Internaional Drug Policy Consortium, 2015. Disponível em <<http://idpc.net/publications/2015/06/idpc-briefing-paper-drug-policy-in-brazil-2015><http://idpc.net/publications/2015/06/idpc-briefing-paper-drug-policy-in-brazil-2015>>.

[19] *Id.*

[20] Dados do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, ref. Junho de 2014.

[21] Mulheres Presas – Dados Gerais: Projeto Mulheres/ DEPEN.

RE 635659 / SP

Disponível em <www.mj.gov.br/depen> Acesso em 15.7.2013.

[[22] Carlos, Juliana de Oliveira. *Drug Policy and incarceration in São Paulo, Brazil*. Londres: Internaional Drug Policy Consortium, 2015. Disponível em <<http://idpc.net/publications/2015/06/idpc-briefing-paper-drug-policy-in-brazil-2015>>.

[[23] Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>>. Acesso em 05.8.2024.

[[24] Dados do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, ref. Junho de 2014.

[[25] *Id.*

[[26] ABRAMOVAY, Pedro. A Política de Drogas e a Marcha da Insensatez. *In* SUR. Revista Internacional de direitos humanos. Rede Universitária de Direitos Humanos. v.9, n.16, jun 2012. Pp 198-207. Disponível em < www.revistasur.org > Acesso em 07.06.2015.

[[27] O acompanhamento das diversas espécies de medidas adotadas pelos diferentes países tem sido feito nos últimos 19 (dezenove) anos pelo Observatório Europeu da Droga e Toxicodependência. As avaliações são apontadas como inconclusivas, mas sugerem resultados positivos. A política que norteia essas ações se desenvolve em duas linhas: (i) redução de danos aos usuários e à sociedade causados pelos usuários problemáticos e; (ii) enfrentar o ônus que os usuários não problemáticos geram ao sistema de justiça (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2015), *Alternatives to punishment for drug-using offenders*, EMCDDA Papers, Publication Office of the European Union, Luxembourg).

[[28] “O legislador ordinário não efectivou a despenalização do consumo de drogas. A Lei nº 30/200 é um exemplo da **descriminalização em sentido técnico ou estrito**, ou seja, **desqualificou a conduta enquanto crime, reduzindo formalmente a competência de intervenção**

RE 635659 / SP

penal quanto à conduta consumo de droga. A conduta “consumo” de droga deixou de consignar a prática de um crime para passar a ser considerada uma contra-ordenação (art. 2º, nº 1, da Lei nº 30/2000) (...).”VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de Drogas*. Coimbra: Almedida, 2014, p. 53

[29] Os quantitativos foram regulamentados pela Portaria nº 94/96, de 26/03, retificada pela Declaração de Rectificação nº 11-H/96. Confira-se em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=192&tabela=leis&so_miolo=>

[30] V. Glenn Greenwald. *Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies*, 2009; Cfr: <http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1837101>.

[31] Os quantitativos foram regulamentados pela Portaria nº 94/96, de 26/03, retificada pela Declaração de Rectificação nº 11-H/96. Confira-se em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=192&tabela=leis&so_miolo=>.

[32] Confira-se em <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442>.

[33] Disponível em <<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index99321EN.html>>. Os valores máximos foram fixados por precedentes judiciais e se referem à estimativa de 5 dias de consumo, conforme estabelecido pelo Instituto Nacional de Toxicologia espanhol, em 31.01.2004

[34] A nova *Ley de Seguridad Ciudadana*, que entrou em vigor no dia 01.07.2015, vem sendo considerada, no entanto, uma ofensiva contra o consumo da maconha e um retrocesso no modelo espanhol de tratamento da matéria, seja pelas pesadas multas (que variam de 600 a 30 mil euros), seja pelas restrições à sua substituição pela inclusão em programas de desintoxicação (aplicável apenas a menores).

[35] V. Comissão Global de Políticas sobre Drogas. *Sob Controle: caminhos para políticas que funcionam*, 2014. Disponível em: <<http://www.gcdpsummary2014.com/bem-vindo/#foreword-from-the>>

RE 635659 / SP

chair-pt>. No Colorado, de acordo com a Emenda 64, adultos maiores de 21 anos podem legalmente possuir 28 gramas de maconha. Não residentes do Colorado só podem adquirir 7 gramas por transação. A legislação não permite o consumo aberto e público, que pode configurar infração administrativa. A Medida 91 aprovada no estado do Oregon, em vigor desde 01.07.2015, permite aos residentes o cultivo e posse de pequenas quantidades de maconha, bem como confere autoridade ao poder público para tributar, licenciar e regular o cultivo, venda e comércio do produto. Em Washington-DC a legalização adveio pela aprovação popular da Iniciativa 71, votada nas eleições de novembro de 2014. A legislação permite que maiores de 21 anos cultivem em suas propriedades até 6 plantas de maconha (não mais que 3 maduras) ou tenham a posse de até 56 gramas da substância. O consumo deve ser privado. A aprovação da Medida 2 pelo Alasca igualmente legalizou a posse de até 28 gramas de maconha por maiores de 21 anos naquele estado, bem como o consumo privado. Ainda não há um marco regulatório para o comércio recreativo e subsiste a configuração do delito de tráfico e comércio ilícito da substância.

[36] Suprema Corte do Alasca, Caso *Ravin v. State*, 537 P. 2 d494. Disponível em: <<http://govt.westlaw.com/akcases/Search/Template/Party>>.

[[37] Cf. Uruguai, Lei n. 19.172, de 10.12.2013.

[38] Argentina, Tribunal Constitucional Argentino. Recurso de Hecho A. 891.XLIV n 9080, j. em 25.08.2009. Este último pronunciamento da Corte representa o restabelecimento da jurisprudência firmada em 1986 no designado caso *Bazterrica*. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade da antiga lei de tóxicos argentina.

[39] Veja-se a redação do dispositivo constitucional: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningun modo ofendan al orden y a la moral publica, ni perjudiquen a un tercero, estan solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningun habitante de la Nacion sera obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe”*.

[[40] Colômbia, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-221, j.

RE 635659 / SP

em 05.05.1994

[41] Colômbia, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-491/12, j. em 28.06.2012.

[42] High-level General Assembly Thematic Debate in support of the process towards the 2016 Special Session of the General Assembly on the World Drug Problem. Disponível em <uments/ungass2016//Presidents_Summary_HLTD_on_Drugs.pdf>

[[43] Cf. High-level General Assembly Thematic Debate in support of the process towards the 2016 Special Session of the General Assembly on the World Drug Problem. *Op. cit.* Nesse paper, a ONU admite que os objetivos na luta mundial contra as drogas não foram cumpridos até agora e sugere pela primeira vez a descriminalização do consumo de entorpecentes: "A descriminalização do consumo de drogas pode ser uma forma eficaz de 'descongestionar' as prisões, redistribuir recurso para atribuí-los ao tratamento e facilitar a reabilitação",

[[44] Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vêzes o maior salário mínimo vigente no país. (Redação introduzida pelo Decreto-Lei 385/1968).

[[45] A partir da alteração do art. 281 do Código Penal, em 1968, que, como visto, agravou o trato dispensado ao usuário de drogas, quase uma década se passou para que o legislador alterasse o vetor da política dispensada à conduta daquele que consome drogas. Em 1976, editou-se a Lei nº 6.386/76, que manteve a criminalização e punição com privação de liberdade do porte para consumo, porém estabeleceu tratamento mais benéfico para essa conduta, comparativamente à disciplina então vigente no Código Penal.

RE 635659 / SP

[[46] Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

[[47] O dispositivo constitucional apontado como violado dispõe: Constituição, Art. 5º, X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

[[48] Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis *The right to privacy. Harvard Law Review*, 1890.

[[49] Michel Foucault, *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987

[[50] Como leciona Jorge de Figueiredo Dias, “o elemento questionado pertence ao tipo de ilícito se ele serve ainda a definição de uma certa espécie de delito e se refere, por esta via, ao bem jurídico protegido, ou se visa ainda caracterizar o objecto da acção, a forma da sua lesão ou qualquer tendência relevante para o ilícito.” (Direito Geral. Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 380).

[[51] Sobre os limites do direito de punir do Estado e sua relação com a autonomia, cf. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque:Oxford,1986.

[[52] Por certo, não é todo consumo de drogas que dará ensejo à autolesão, dependendo da substância escolhida, das quantidades ingeridas, e da frequência do uso. Segundo pesquisas do EMCDDA, apenas uma pequena fração de usuários classifica-se como de alto risco no âmbito da Europa (usuários recorrentes de drogas que se colocam em situação de risco e geram problemas sociais) European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2015), *Alternatives to punishment for drug-using offenders*, EMCDDA Papers, Publication Office of the European Union, Luxembourg

[[53] Veja-se, ainda, o furto de coisa comum de que trata o art. 156, §

RE 635659 / SP

2º, em que a lesão a terceiro é pressuposto necessário e indispensável de punibilidade; o art. 272, § 1º-A, que cuida da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios e apenas contempla a conduta manter em depósito para venda, não para consumo próprio, e os arts. 273 a 276, que dispõem sobre falsificação, corrupção e adulteração de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

[[54] Por todos que seguem essa linha de argumentação, menciono a posição de Cezar Roberto Bittencourt. (Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1 - 17ª ed – São Paulo: Saraiva, 2011).

[[55] Sobre o debate acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, faço referência às considerações dogmáticas de Luis Greco, que sintetizam alguns relevantes aspectos envolvidos nessa especial forma de estruturação do delito. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[[56] 1. No caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a não recepção, pela Constituição de 1988, do art. 25 da Lei de Contravenções (Decreto-Lei no 3.688/1941), que tipifica a conduta de “Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”. Nesse julgado, esta Corte concluiu que tipo representava ofensa aos princípios da dignidade humana, da isonomia e da presunção de inocência, à luz do princípio da proporcionalidade, afirmando que controle de constitucionalidade das infrações de perigo abstrato deve ser feito com extremo rigor, especialmente no que se refere “ao controle de adequação e a necessidade da medida, aferindo-se se o propósito almejado pela lei realmente pode ser obtido com a providência proposta.”

[[57] No mesmo sentido, Claus Roxin afirma que “a vinculação do Direito penal à proteção de bens jurídicos não exige só que haja punibilidade de lesão de bens jurídicos. É suficiente uma colocação em

RE 635659 / SP

perigo de bens jurídicos, que em delitos de perigo concreto (p. ex. o § 315 c: colocação em perigo do tráfego viário) o próprio tipo converte em requisito de punibilidade, enquanto que nos delitos de perigo abstrato (p. ex. o § 316: condução sob influencia de bebidas) os bens jurídicos protegidos (aqui: vida, integridade corporal, valores patrimoniais) não se mencionam no tipo, mas que constituem só o motivo para a criação do preceito penal. (...) Somente está vedada a proteção de valores da ação e da atitude interna “flutuante”, cuja lesão não tenha referencia alguma a um bem jurídico.” Trad. Livre. (Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de La Teoría Del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Conlledo e Jarvier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997. p. 60).

[[58] Código Brasileiro de Trânsito, Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

[[59] United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report 2014* (United Nations publications, Sales N° E.14.XI.7).

[[60] Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparenciainstitucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-junho-2013.pdf>>

[[61] <https://igarape.org.br/criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-trafficantes-de-drogas-cenarios-para-o-brasil/>

[[62] Disponível em: <<https://pp.nexojournal.com.br/ponto-de-vista/2023/Como-a-quantidade-de-drogas-pode-funcionar-como-crit%C3%A9rio-de-distin%C3%A7%C3%A3o-das-condutas-de-uso-e-tr%C3%A1fico>>

[[63] Disponível em: <<https://pp.nexojournal.com.br/ponto-de-vista/2023/Como-a-quantidade-de-drogas-pode-funcionar-como-crit%C3%A9rio-de-distin%C3%A7%C3%A3o-das-condutas-de-uso-e-tr%C3%A1fico>>

RE 635659 / SP

[quantidade-de-drogas-pode-funcionar-como-crit%C3%A9rio-de-distin%C3%A7%C3%A3o-das-condutas-de-uso-e-tr%C3%A1fico>](#).

10/09/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, já havia deixado claro e agora procurei tão somente fazer uma correção na parte dispositiva do meu voto ao declarar inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento da legislação específica, as medidas ali previstas de natureza administrativa.

Todavia, como está previsto no art. 28, a previsão de prestação de serviço à comunidade como pena, aqui entendo que deva haver a declaração de inconstitucionalidade *tout court*, com redução de texto. Portanto, minha declaração abrange - como já foi chamada a atenção pelo ministro Teori - todo o art. 28, deixando em aberto a possibilidade de que o legislador dê outros tratamentos, faça outra experiência, mas, enquanto tal, as medidas serão mantidas como de caráter administrativo.

Por outro lado, entendo importante, Presidente - já disse isso -, tentar fazer um *aggiornamento* para ter-se algum critério objetivo. Não me sinto, todavia, habilitado a fazê-lo, tendo em vista as idiosincrasias que marcam esse tema.

A mim me sensibiliza muito a consideração trazida pelo ministro Barroso a propósito da discriminação que se enceta a partir da falta de um critério. Parece compreensível que assim realmente ocorre, por isso, inclusive, a nossa determinação no sentido de que haja apresentação do preso ao juiz.

Agora, é difícil realmente fazer, a partir do próprio Tribunal -

RE 635659 / SP

dificuldade que também encontrou o ministro Fachin -, uma referência mais precisa. É claro, podemos fazer escolhas a partir da experiência do direito comparado, mas elas são tão variadas, tendo em vista, inclusive, a cultura de consumo e a qualidade de droga.

Por outro lado, conforta-me perceber que embora o ministro Barroso tenha - também como o ministro Fachin - limitado-se a emitir um juízo sobre a questão, no que diz respeito à parte dispositiva do uso da maconha, mas suas excelências, pelo fundamento, na verdade, fazem uma abordagem mais abrangente. E, aí, vou me valer do argumento trazido pelo ministro Roberto Barroso quanto à discriminação social. Vejam, Senhores Ministros, o que vai ocorrer? Nós temos hoje - tenho participado de alguns seminários, discussões, conversei também com todas essas pessoas que trouxeram subsídios -, veja a tragédia que hoje contamina as nossas cidades. Isso é visível em São Paulo - seu Estado ministro Celso - na Cracolândia na capital, com o *crack*. Essa gente, essa confusão, traficante e usuário, quer dizer, ou traficante por dependência. Veja, aqui, nós estamos a falar dessa gente que está na escala lá embaixo desse quadro. Tudo o que se fala do *crack* é aquilo, algo diabólico, negativo; quando a maconha, aí, sim, atinge a um grupo relativamente selecionado, gente que talvez nem avance para drogas mais pesadas.

Portanto, se queremos discutir o tema nessa perspectiva e na questão da descriminalização - não estou, veja, é importante que nós tenhamos essa dimensão -, nós temos de, ao meu ver, até para combater a discriminação, proceder a uma abordagem mais abrangente no que concerne ao usuário, seja ele usuário de maconha, que é o caso dos autos, seja ele usuário de cocaína ou de qualquer outro estimulante considerado ilícito nos termos da Lei. E, como disse, talvez o legislador se anime a fazer essa distinção. Talvez, a partir da própria decisão do Supremo, a própria Administração possa, nessa linha de um certo experimentalismo institucional, proceder a essa nova conformação que a legislação...

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, posso fazer uma breve interrupção? Estamos pensando juntos.

Eu tenho medo do custo político para a Administração. Vamos supor que seja a Secretaria Nacional de Drogas

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Seria a Anvisa, segundo os modelos atuais.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Ou a Anvisa, talvez até acho que deveria ser a Secretaria. Mas, seja como for, eu tenho medo que o custo político para uma dessas entidades, para a Secretaria Nacional de Drogas ou para a Anvisa, seja insuportável.

Logo no começo do Governo passado, da gestão passada, o Secretário Nacional de Justiça, que era o Doutor Pedro Abramovay, fez uma declaração favorável à descriminalização, cujo impacto político foi tão negativo que ele precisou se afastar. Portanto, órgãos que têm custo político têm dificuldade de tomar essa decisão.

Por isso, acho que nós deveríamos colocar alguma coisa no lugar para que a inércia não penalize essas pessoas. Mas, assim que o órgão competente atuar, é a vontade dele que vai prevalecer.

Eu só estou mencionando isso, Ministro Gilmar, porque eu até poderia concordar, mas essa é uma das discussões em que o debate público fica aviltado pelo temor da opinião pública. Vale para aborto, vale para drogas. E é difícil avançar nessa matéria.

Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas, então, Presidente, só para deixar claro que, em relação a esse aspecto, que é muito sensível, o da discriminação, e nós sabemos que isso ocorre no tráfico de drogas, mas ocorre também em outras situações.

Recentemente, como voluntário, participei de um curso de preparação de jovens secundaristas, diria, do nível médio. E, depois que

RE 635659 / SP

fiz uma exposição, abri a pauta a diálogo com eles. E um deles, então, disse: "o Senhor tem ideia, Ministro, que a gente está voltando da escola - um aluno aqui do Paranoá, uma cidade satélite aqui de Brasília -, e o policial para o carro, e a gente, por ser um pouco de cor, um pouco diferente, já é chamado, já é colocado no camburão?" Quer dizer, essa discriminação se materializa em todo o sistema penal como um todo.

Por isso, a nossa insistência também na universalização da audiência de custódia, na audiência de apresentação. Mas, em relação à droga, veja, o *distinguishing* certamente terá custos mais elevados. Estou lidando com o sistema com todas as reservas, porque sei, e um amigo meu direto disse: "*isto envolve muito sangue, muitas lágrimas para as pessoas.*" E nós lidamos, como já foi dito pelo ministro Barroso, com a fé das pessoas. Alguns acreditam que a solução está nesse efeito simbólico da criminalização, como um elemento, um efeito inibitório.

Então, por isso eu gostaria de ponderar, a despeito de não afetar o caso concreto, que esse *distinguishing*, ministro Fachin, ministro Barroso, leva a projetar ainda mais a discriminação. Por quê? O usuário de cocaína continuará, portanto, com sua conduta criminalizada nos termos do art. 28, o usuário de *crack*, hoje isso é uma tempestade perfeita, é uma tragédia para o País. O interior que até então não conhecia isso, passa a conhecer a droga por essa via e crimes graves, latrocínios nas pequenas cidades associados a isso.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu tenho dúvida, Ministro Gilmar, franca e honesta, se os meus entendimentos em relação ao crack são os mesmos que tenho em relação à maconha, inclusive no impacto sobre Saúde Pública. Não que tenha grande conhecimento sobre maconha, mas eu tenho pouco conhecimento sobre o crack. Eu entendo que eu precisaria de mais informação para fazer um juízo sobre o crack. Desse modo, eu não estou apreciando se é crime ou não é crime. Eu não estou considerando essa questão agora. Porém, eu concordo com Vossa

RE 635659 / SP

Excelência. Quer dizer, a impressão que tenho é que o crack muda a equação do problema das drogas, porque ele transforma as pessoas em um corpo sem alma. A maconha não faz isso, pelo menos não em curto prazo. Portanto, eu tenho dúvidas sinceras e profundas.

Eu entendo Vossa Excelência. Acho que a lógica jurídica é a mesma, mas a lógica do mundo real talvez não seja. Por isso, eu estou sendo minimalista aqui em confinar à maconha, sem prejuízo de voltarmos a esse ponto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas é exatamente nesse ponto, Presidente, que eu vou insistir para encerrar, destacando, então, esse aspecto. No que diz respeito à criminalização, a mim me parece que lógica jurídica há de ser a mesma. Tanto é que entendi que tanto não há um direito a drogar-se e a permanecer drogado, que isso não se coloca como um capítulo em que o Estado não possa intervir. Ele pode intervir, mas não com a criminalização. E o *crack*, inclusive, sugere medidas às vezes mais drásticas, tendo em vista o estado de abandono em que essas pessoas ficam.

Vejam, em situações muito menos gravosas, nós temos tido intervenções do Estado por conta, por exemplo, da banalização do uso do corpo, a questão dos atentados à dignidade da pessoa humana, às vezes, até em situações jocosas. Vamos lembrar do arremesso de anões. Agora aqui temos situações muito mais graves, em que as pessoas perdem a consciência e ficam abandonadas. E certamente não é razoável que haja tratamento criminal, mas que haja outro tipo de tratamento.

A mim me parece que, se nós formos desenvolver o discurso da discriminação do ponto de vista social, aqui nós temos, em relação a outras drogas, problemas muito mais sérios, porque são pessoas que perderam às vezes até o vínculo familiar, tendo em vista essa dependência mais forte, que se encontram abandonadas e que podem ser alvos de ações fortes por parte da Polícia. Então, me parece que esse

RE 635659 / SP

discurso é muito grave.

E, vejam, eu não vejo nenhum *glamour* no tema, seja para usuário de maconha, seja para o de cocaína, seja para o de outras drogas. Nós estamos lidando com um tema que realmente é muito delicado para a sociedade, para as famílias. Há discussão, que também não quero contestar, de que o uso de uma droga eventualmente mais charmosa, na verdade, é o caminho para drogas mais pesadas e há exemplos nesse sentido. Não quero entrar nessa discussão. A mim me parece que o tratamento jurídico aqui, se formos trilhar o caminho da descriminalização, há de ser isonômico, embora o tratamento que se possa emprestar e que se deva emprestar, tenha de ser, talvez, diferenciado, porque o tipo de situação que se coloca em relação ao usuário de maconha ou de cocaína - e, vejam, não quero ter especialidade nenhuma na área, não tenho -...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Bom, eu provavelmente agora conheço diversas pessoas, e cruzei ao longo da minha vida, que fumam ou fumaram maconha; não conheço nenhum usuário de crack.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Conheço aqueles lá de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Pela televisão.

Mas não discordo de nada do que Vossa Excelência disse. Nós não estamos propriamente em divergência. A minha posição - e penso que a do Ministro Fachin - é que, como o caso nos permite decidir apenas sobre maconha, nós estamos deixando as drogas mais pesadas e com implicações talvez mais complexas para uma outra oportunidade. Mas a lógica que Vossa Excelência expõe, eu a entendo perfeitamente e juridicamente tenderia a concordar. Mas, por temor do efeito sistêmico que isso possa ter, estou preferindo ficar, por enquanto, na maconha até

RE 635659 / SP

que talvez possamos ter mais elementos, sobretudo, sobre o crack.

É isso, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sim. Mas, Presidente, então, só para encerrar, queria deixar claro que as próprias medidas administrativas podem ser diferenciadas, tendo em vista o tipo de situação de que se cuida, assumindo, portanto, que a resposta, tendo em vista os fundamentos adotados em meu voto, é a de que a descriminalização é, sim, abusiva e incompatível com a Constituição. Mas, claro, o legislador poderá conceber medidas.

Veja que houve muita polêmica em relação a medidas tomadas em São Paulo, por exemplo, a propósito do recolhimento, a internação compulsória de pessoas que, a rigor, tinham perdido a própria ideia de autodeterminação de autonomia privada. E é um tema que precisa de ser no mínimo contemplado ou discutido.

Então, com essas considerações, Presidente e cumprimentando sempre o lúcido voto do ministro Barroso, é que gostaria de proceder a esses esclarecimentos.

02/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Cumprimento Vossa Excelência, Ministra ROSA WEBER, nossa Presidente, a Ministra CÁRMEN LÚCIA, os eminentes Colegas, o Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras, e também os estudantes dos cursos de Direito do Centro Universitário Vale do Salgado - Ceará, e Universidade de Itaúna, Minas Gerais, presentes ao Plenário.

Presidente, vou pedir a Vossa Excelência que me permita fazer um breve resumo do caso, exatamente porque ele se iniciou em 2015. Como Vossa Excelência disse, houve um pedido de vista do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI. Herdei o pedido de vista, em 2017, quando assumi, logicamente, e devolvi em 2018.

Ao longo do meu voto, que inclusive vou pedir para distribuir e que agora vou detalhar, fiz, junto com a Associação Brasileira de Jurimetria, um estudo de todos os flagrantes por tráfico e mistura de entorpecentes no Estado de São Paulo e todas as apreensões por uso de 2002 a 2017 - mais de 600.000 -, para termos um dado empírico. Demonstra algumas distorções muito grandes realmente, mas entendo que esses dados possam trazer contribuições importantes para o julgamento.

Como Vossa Excelência disse, é um Recurso Extraordinário onde se discute efetivamente a constitucionalidade ou não do art. 28 da Lei 11.343. O recorrente foi condenado porque, com ele, apreendeu-se 3g de maconha. Ele foi processado por tráfico e foi condenado. A defesa alega que ele portava para consumo próprio, para uso próprio e, incidentalmente, pede, em relação ao porte de maconha para uso próprio, a declaração de inconstitucionalidade, para que não haja possibilidade de condenação criminal ou mesmo da aplicação da lei penal em relação a adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal. Pede-se a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 28, para se retirar a penalização, no caso concreto, do

RE 635659 / SP

porte de maconha para uso próprio.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Alexandre, se Vossa Excelência me permite atrapalhar esse relatório, porque é importante lembrar, esse usuário era, segundo uma informação - pode ser que não seja correta -, um preso, um detento?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente. Com ele foi apreendido, dentro da penitenciária, essa substância entorpecente, as 3g de maconha.

Há uma série de alegações nas razões recursais - a questão de intimidade, da vida privada. A Procuradoria-Geral da República se posicionou pelo desprovimento do recurso, dizendo, exatamente, que a nova legislação - esse é um ponto interessante sobre o qual, no decorrer do voto, vou trazer alguns dados que me impressionaram - despenalizou, sem descriminalizar, o porte para uso próprio. Foi uma opção do Congresso Nacional, do legislador. Tivemos inúmeros e importantes *amici curiae*. O processo, como Vossa Excelência já disse, teve início em 19/8/2015, com o Ministro Gilmar. Já votaram os eminentes Ministros Gilmar Mendes, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Para resumir o voto de cada um - e me corrijam, porque não quero me estender muito -, o eminente Ministro Gilmar Mendes declarou a inconstitucionalidade, a interpretação conforme, de todas as medidas penais atribuídas ao porte para consumo pessoal de quaisquer drogas. A característica que é importante, a meu ver, do voto do eminente Ministro Gilmar é que, em relação ao que era despenalização do porte para uso próprio, para o consumo próprio, ele estende para a descriminalização para todas as drogas, mas mantém as sanções aplicáveis previstas pela legislação, não mais como sanções penais, e sim como sanções administrativas. Lembrando, parece-me importante, que, a partir dessa nova legislação da Lei nº 11.343, a grande alteração foi que o porte, a aquisição e o depósito para consumo próprio não têm mais pena privativa de liberdade. São outros tipos de sanções. O eminente Ministro

RE 635659 / SP

Gilmar, então, descriminaliza para o uso próprio, para consumo próprio, mas mantém a possibilidade de as medidas serem aplicadas, não mais com caráter penal, mas com caráter administrativo, e prevê uma série de importantes medidas, inclusive que o CNJ tenha um prazo junto aos tribunais para alterar a aplicação dessas medidas do juiz penal para o juiz cível. Sua Excelência o eminente Relator, em seu voto original, não definiu um critério provisório em relação à quantidade para a diferenciação - outro tema trazido à discussão - entre usuário e traficante.

O eminente Ministro Luiz Edson Fachin também declarou a inconstitucionalidade do art. 28 - interpretação conforme sem redução de texto - em relação ao caso concreto, em relação à maconha. Sua Excelência declara essa inconstitucionalidade, ou seja, o que era despenalizado descriminaliza somente em relação a uma substância entorpecente, a maconha, afirmando ainda a progressiva inconstitucionalidade da criminalização da produção e comércio da maconha. Sua Excelência também assinala prazo para que os órgãos do Poder Executivo fixem parâmetros quantitativos para diferenciar o traficante do usuário, mas também não define um critério provisório em relação à quantidade.

O eminente Ministro Luís Roberto Barroso igualmente declara a inconstitucionalidade do art. 28 em relação à maconha, não em relação às demais drogas, e, a partir de um estudo traz critério provisório, enquanto o Congresso Nacional não fixar, semelhante ao critério utilizado por Portugal, pela legislação portuguesa: 25g ou 6 plantas fêmeas. Sua Excelência coloca uma questão que também vou detalhar nessa análise: a presunção relativa.

Obviamente, alguém com menos do que 25g, dentro de outras circunstâncias, pode estar realizando o tráfico. Essa é uma questão muito importante - e o eminente Ministro Luiz Fux lembrou o caso concreto - para a questão da penitenciária. Quem ingressa na penitenciária levando 10g para alguém não está usando para consumo próprio, está traficando, mesmo que seja uma quantidade menor. Então, Sua Excelência o Ministro Luís Roberto Barroso coloca como uma presunção relativa. Igualmente, e essa é uma grande discussão no mundo todo, Sua Excelência coloca a

RE 635659 / SP

questão da inversão do ônus da prova: alguém que esteja com mais de 25g também pode ser usuário se não houver nenhum outro elemento caracterizador do crime de tráfico.

Espero que tenha sido correto na interpretação de cada um dos votos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Alexandre, foi muito fiel em relação ao meu voto.

Só para deixar um ponto claro: como o caso versava maconha, minha posição foi que, em relação à maconha, não vale. Não me pronunciei sobre criminalizar ou não em relação a outras drogas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Foi exatamente o mesmo posicionamento do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, que também deixou bem claro que, como toda a discussão, desde a primeira instância, referia-se a maconha, posicionar-se-ia em relação à maconha, assim como Vossa Excelência, Ministro Luís Roberto Barroso.

Presidente, no voto que pedi para distribuir, faço uma primeira análise da questão sobre intimidade, vida privada e saúde pública. Essa questão das drogas e da diferenciação entre drogas e determinadas substâncias entorpecentes vem sendo realmente muito discutida no mundo todo.

Coloco também o que foi muito bem tratado nos votos que me antecederam: a questão que vários *amici curiae* colocaram sobre o eventual abuso policial seletivo, o tratamento diferenciado em relação àqueles que portam drogas, dependendo da condição econômica, dependendo da cor da pele. Essa discussão também foi trazida aos autos e é importante. Vários especialistas foram ouvidos.

Coloco aqui e trago aos autos os impactos de políticas públicas ao redor do mundo, tanto de despenalização quanto de descriminalização, de drogas até então ilícitas. Cito os exemplos de Portugal, Itália, República Tcheca, Estados Unidos onde, hoje, de 19 a 20 estados já despenalizaram, alguns de forma mais ampla, outros de forma menos

RE 635659 / SP

ampla.

Em Portugal, por exemplo, a partir dessa despenalização, o número de óbitos relacionados ao consumo de drogas anualmente caiu de 400 para 290; caíram também os registros de infecção por hepatite B e C. Por outro lado, houve um crescimento significativo da utilização - os especialistas trouxeram vários dados.

Na Itália, registrou-se o aumento do número de condenações a penalidades administrativas a partir da despenalização e até da descriminalização, algo semelhante ao que propôs o eminente Ministro Gilmar. As sanções não privativas de liberdade passaram a ser sanções administrativas e houve um aumento da efetividade da fiscalização administrativa. Houve um aumento de condenações administrativas de 7.200, por exemplo, em 2006, para 16.154, em 2010, principalmente na utilização de maconha em locais proibidos. A fiscalização administrativa mostrou-se mais efetiva.

Cito outros países, mas não me parece que seja o ponto mais importante do meu voto. Mas a experiência internacional, todos os especialistas concordam, acabou identificando três grandes impactos na política de tratamento de drogas, diferentes de país para país.

Em alguns países, como Portugal e Holanda, houve melhora na regeneração de usuários problemáticos. É importante fazer essa diferenciação: a despenalização, na verdade, é deixar de aplicar uma pena privativa de liberdade, apesar de continuar no Código Penal; a descriminalização é nenhuma sanção penal, somente possibilidade de sanções administrativas ou nenhuma sanção. Nesses países, sempre há a necessidade de melhora no tratamento dos usuários, na disponibilidade ambulatorial para alguns usuários problemáticos. Em Portugal e Holanda, houve melhora nessa regeneração.

Na Itália e na Austrália, houve aumento na persecução administrativa, na fiscalização dos usuários e, em vários países, um aumento do número de uso de algumas drogas, de alguns entorpecentes.

Isso demonstra que não há ainda cartilha correta para tratar a questão do uso do que tradicionalmente se consideram drogas ilícitas. É

RE 635659 / SP

muito mais erro e acerto, tentativas e as características de cada país.

Por isso, Presidente, parece-me necessária uma análise da realidade brasileira, com dados concretos e reais. Exatamente em virtude disso, como acabei salientando de início, entendo que, ao invés de repisar e repetir a fundamentação jurídica, a questão da vida, da intimidade, já muito bem discutida pelos votos que me antecederam, parece-me que minha contribuição seria melhor, para a discussão, aproveitando uma experiência profissional, de vida, seja como Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania, em São Paulo, seja como Secretário de Segurança Pública e Ministro da Justiça e Segurança Pública, ao trazer dados concretos que podem demonstrar que, qualquer que seja a opção desta Suprema Corte neste julgamento, algo deve ser feito para que essa opção seja aplicada de forma igualitária a todos. Hoje não temos, infelizmente, uma aplicação igualitária da lei a situações idênticas.

Qualquer que seja a opção - pela descriminalização da maconha, pela manutenção da criminalização, por fixar critérios quantitativos entre usuário e traficante -, o mais importante, parece-me, e vou salientar bem isso com números, é que esta Suprema Corte tem o dever de exigir que a lei seja aplicada de maneira idêntica a todos, independentemente de classe social, de idade. Vamos ver aqui que a questão etária faz uma enorme diferença na aplicação da Lei de Drogas. A aplicação da lei se dá de forma totalmente diferente na questão de ser analfabeto ou ter curso superior. É importante que possamos contribuir para a política brasileira de combate às drogas ou mesmo para a política brasileira de tratamento dos usuários.

A ideia de combate às drogas, a política de guerra às drogas, iniciou-se, todos se recordam, em 1971, com o então presidente norte-americano Richard Nixon. Atingiu seu ápice com Ronald Reagan, mas Nixon, em discurso famoso, disse que o uso abusivo de drogas seria o inimigo público número um dos Estados Unidos e lançou a guerra às drogas.

Todos sabemos, independentemente de posicionamento, que, de 1971 para cá, se fosse feito um *ranking* de quem ganhou a guerra às drogas, certamente não foram as autoridades públicas. Infelizmente, os

RE 635659 / SP

narcotraficantes conseguiram um poderio muito grande. Trago em meu voto, mais adiante, o valor de arrecadação anual do narcotráfico, os bilhões, por ano, que o narcotráfico arrecada. Isso se uniu, infelizmente, ao tráfico de armas, e a criminalidade violenta acabou aumentando muito.

A ideia de combate, de criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes - é importante também, Presidente, que salientemos isso - não é uma opção do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também não é uma opção do Congresso Nacional - a Constituição de 1988 manteve a ordem, a determinação às autoridades constituídas, de criminalização do tráfico de entorpecentes. O que é, ou não, entorpecente, por ser uma norma penal em branco, as autoridades podem definir, mas há um mandamento constitucional, no inciso XLIII do art. 5º, de criminalização e combate ao tráfico de entorpecentes. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição diz:

"XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]"

Foi a opção do legislador constituinte em relação ao tráfico. O que estamos discutindo aqui é a questão do porte para uso próprio.

Várias pessoas, vários especialistas, inclusive, durante essa semana, criticaram o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, dizendo que estaria analisando só um dos lados: "*Ah! Vai analisar o uso, o porte para consumo próprio, só que quem porta, para consumo próprio, tem que comprar de alguém, que é o traficante, e o Supremo não estaria analisando isso*".

O SUPREMO não pode descriminalizar o tráfico ilícito de entorpecentes, isso é um mandamento constitucional. Repito, é uma norma penal em branco. De tempos em tempos, algumas substâncias entram como drogas ilícitas, outras não - como sabemos, na famosa Lei Seca, nos Estados Unidos, o álcool era uma droga; o lança-perfume já foi permitido no Brasil -; depois vira droga; vai e volta. Contudo, o tráfico de

RE 635659 / SP

entorpecentes deve ser combatido, porque é previsão constitucional.

Também não há dúvidas de que é prerrogativa do Estado exercer o controle sobre a produção e circulação de substâncias que se entenda terem efeitos sobre a saúde pública - outra questão importante que, para muitos especialistas, divide, de um lado, a maconha e, de outro lado, outras drogas (principalmente derivadas do ópio - heroína -, ou a própria, não derivada do ópio, cocaína), ou seja, drogas mais fortes e drogas mais leves. Até porque se trata de um crime de perigo abstrato, obviamente a criminalização de algo que não afeta em nada a saúde pública seria irrazoável, não atenderia ao critério da razoabilidade.

O eminente Ministro GILMAR MENDES, em seu voto, cita essa questão baseado em julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão. É necessário que a Corte examine "*se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes*".

É exatamente essa a questão: eventualmente, classificar como entorpecente uma substância que não gera nenhum risco à saúde pública não seria constitucional. O combate ao tráfico é previsão constitucional, mas, por ser norma penal em branco, deve haver razoabilidade nessa proibição, até porque, repito, é um crime de perigo abstrato.

Essa é uma das alegações do caso concreto, do caso específico: o porte da maconha, o uso da maconha, diferentemente de outras drogas, outros entorpecentes, para uso próprio, não teria aptidão de impor esse dano ao bem jurídico saúde pública. Poderia, eventualmente, gerar um dano ao próprio usuário, mas não geraria um dano à saúde pública. Consequentemente, a objetividade jurídica protegida pelo combate ilícito de entorpecentes não estaria sido alcançada por ser destituída da lesividade para terceiros - um outro ponto que se coloca aqui.

A despenalização, em alguns locais, a própria descriminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para uso próprio, bem como inúmeros estudos, parecem demonstrar que, na hipótese específica da maconha, realmente há um perigo abstrato muito menor do que opiáceos e drogas sintéticas hoje produzidas e distribuídas ao longo do mundo.

RE 635659 / SP

O Brasil - e essa é uma outra observação que me parece importante -, nas últimas décadas, deixou de ser um país corredor do tráfico de entorpecentes. Até a década de 1970 - principalmente meados da década de 1970, chegando à década de 1980 -, o Brasil era um corredor do tráfico, principalmente de maconha e cocaína. Um corredor entre os produtores da América do Sul e a Europa, passando pela África. Era um caminho, principalmente naquele momento em que os Estados Unidos investiram mais no combate, na guerra aos cartéis. Passar pelo Brasil, via África, chegando à Europa, era um caminho mais fácil do que subir pelos Estados Unidos e ir até a Europa.

Então, tradicionalmente, até duas, três décadas - agora um pouco mais -, o Brasil era um corredor de drogas. Não existe mais isso. Lamentavelmente, o Brasil se transformou em um país consumidor, um alto país consumidor. Em números absolutos - não percentuais por 100 mil habitantes -, o Brasil é o maior consumidor de maconha do mundo e o segundo maior consumidor de cocaína do mundo. Só perde no quesito consumo de cocaína para os Estados Unidos da América, que, vejam, com bilhões de dólares investidos na guerra às drogas, continua sendo o país que mais consome cocaína no mundo. Se considerarmos, e alguns especialistas assim consideram, a Europa toda como um único ente, o Brasil passa a ser o terceiro maior consumidor de cocaína do mundo - Estados Unidos, Europa como um todo e Brasil. Ou seja, o Brasil é, infelizmente, hoje, um mercado consumidor extremamente atraente para todos os cartéis do mundo de entorpecentes.

Também não há dúvida de que o Brasil, lamentavelmente, para esse fim, tem posição geográfica extremamente difícil para o combate ao tráfico internacional de entorpecentes. O Brasil possui uma fronteira seca de 16.885 km, a terceira maior fronteira seca do mundo. Só perdemos para Rússia e China. E mais, essa fronteira seca de quase 17.000 km faz divisa com dez dos doze outros países da América do Sul. Nós só não fazemos fronteira com o Chile e com o Equador. E fazemos fronteira - o Doutor Aras, Procurador-Geral da República, bem sabe isso, o Ministério Público Federal combate o tráfico internacional de drogas - com os dois

RE 635659 / SP

maiores produtores de cocaína do mundo: Peru, com o qual temos 1.644 km de fronteira; e Colômbia, com quase 3.000 km de fronteira. São 4.700 km de fronteira com os dois maiores produtores de cocaína do mundo.

E nossas fronteiras - o Ministro ANDRÉ MENDONÇA com certeza também viveu isso no Ministério da Justiça - com Peru e Colômbia são na Floresta Amazônica, de extrema dificuldade de combate ao narcotráfico. Dessa fronteira seca de 4.700 km com Peru e Colômbia - na verdade, 70% não é propriamente seca, são inúmeros rios - há necessidade sempre do apoio das Forças Armadas para efetivar um melhor combate ao narcotráfico.

Além dessa fronteira com esses dois maiores produtores de cocaína do mundo, fazemos fronteira com o maior produtor de maconha do mundo, o Paraguai - em Marrocos, se contabilizarmos maconha e haxixe, acaba quase equivalendo ao Paraguai. Temos 1.365 km de fronteira com o Paraguai, o maior produtor de maconha. Com o perdão da frase, juntou a fome com a vontade de comer. Os maiores países produtores de maconha e cocaína conseguiram fugir de ter que passar pelos Estados Unidos para chegar até a Europa. Passaram pelo Brasil e encontraram um mercado consumidor gigantesco. Lamentavelmente, o mercado consumidor da droga de menor qualidade do mundo. Quantas e quantos brasileiros vão para o exterior - sempre saem notícias - e, ao utilizarem cocaína, morrem de overdose? Por que isso? Porque utilizam a mesma quantidade que usam no Brasil. Só que a droga no Brasil, exatamente por ser esse corredor, é a droga mais batizada que existe no mundo, seja maconha, seja cocaína, é a droga de menor qualidade. Somos um país corredor, o maior consumidor de maconha, o segundo maior consumidor de cocaína, ainda de baixa qualidade, com mais riscos ao usuário.

Levando tudo isso em conta, o Congresso Nacional entendeu por bem despenalizar as condutas de posse para uso pessoal, manteve na Lei Antidrogas, retirou qualquer pena privativa de liberdade e estabeleceu para aqueles que fossem presos adquirindo, guardando, tendo em depósito, transportando ou trazendo consigo para consumo pessoal, sanções não privativas de liberdade: advertência sobre os efeitos das

RE 635659 / SP

drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo; ou seja, medidas não privativas de liberdade. A despenalização significou isso. Continuou crime, continuou sendo analisado pelo juízo criminal, mas sem medida privativa de liberdade. Medidas que podem ser consideradas também civis e administrativas, como bem ressaltou o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Qual o grande problema? A lei veio a partir da análise feita em 2004, a partir dos anos 2000, momento exatamente em que o Brasil se transformou não só em corredor, mas também em grande consumidor. A lei veio para melhorar a situação do usuário. Continua sendo crime, mas, a partir de agora, o usuário não vai ter pena privativa de liberdade. Para o traficante, a lei aumentou as penas, e, para o usuário, despenalizou sem ter descriminalizado. A lei veio com essa finalidade, mas a aplicação da lei foi invertida. Esse é o grande problema no combate ao tráfico de entorpecentes no Brasil. Na aplicação da lei, não houve - digo isso com conhecimento prático de ter atuado e da análise - algo consciente. Não houve uma reunião entre polícia, Ministério Público, Judiciário criminal, para fazer assim, mas a própria cultura de persecução penal acabou transformando a lei, que veio para melhorar a situação do usuário, piorando a situação. Porque, apesar de despenalizar a conduta do usuário, a lei previu, no § 2º do art. 28, algo muito genérico:

“Art. 28 - [...]

§ 2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Já existia, mas aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial no momento do flagrante quanto do Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia e do Poder Judiciário, da autoridade judicial, ao sentenciar. Faço questão de ressaltar: quando se

RE 635659 / SP

diz que essa mudança na aplicação da lei, que piorou a situação do que antes era considerado usuário, só se deve à atuação policial, não é verdade. A interpretação que a polícia teve foi referendada pelo Ministério Público, que continuou denunciando, e pelo Poder Judiciário. Todo o sistema de persecução penal, polícia e a justiça criminal, acabou dando uma interpretação mais dura à lei. Antes, prendia-se em flagrante o usuário. Ele tinha uma sanção privativa de liberdade que permitia a substituição por penas alternativas. A partir da nova lei, com a mesma quantidade, esse, anteriormente classificado como usuário inúmeras vezes, passou a ser classificado como pequeno traficante. Só que, para o pequeno traficante, a pena aumentou e houve um aumento no encarceramento. Isso está refletido em números. Os resultados produzidos pela alteração da Lei de Drogas, a de nº 11.343, como disse, foram totalmente diversos daqueles pretendidos pelo Congresso Nacional.

De 2007 até 2013 - esse dado é importantíssimo também, a fonte vem do Departamento Penitenciário -, ou seja, logo após a lei, a proporção de presos por tráfico de drogas aumentou de 15,5, em 2007, logo após a lei, para 25,5 em 2013. O pior não foi isso. Nesse mesmo período, houve um aumento na proporção de todos os presos. Até a antiga lei, 15,5 eram por tráfico; com a nova lei, passou para 25,5. Só isso já seria um aumento gigantesco, mas, nesse mesmo período, a população prisional, no Brasil, aumentou em 80%. Tivemos dois aumentos: 80% no geral, e de 15,5 para 25,5 no tráfico. Em outras palavras, quando da antiga lei, de 100 pessoas presas, 15,5 eram por tráfico; em 2013, de 100 presos passou-se para 180 pessoas e, dessas, 46 por tráfico. Esses dois aumentos geraram três vezes mais pequenos traficantes presos. Por isso tivemos, a partir dessa nova lei, um aumento exponencial da população prisional no Brasil. Vejam - isso é importante -, 80% de aumento geral de presos, dos quais 15 a 25% só de tráfico. De 15 presos, passou-se para 46 presos por tráfico de drogas. O que isso gerou? O fortalecimento das facções no Brasil.

Falo isso por experiência. Fui Secretário de Justiça por quatro anos, depois, Secretário de Segurança por dois anos e Ministro da Justiça por

RE 635659 / SP

um ano. Essa lei, por óbvio, não pretendia isso, mas a sua aplicação gerou o aumento do poder das facções no Brasil. Por que isso? Aquele que era tipificado como usuário anteriormente, e o sistema de persecução penal aplicava uma sanção, quando se despenalizou, o sistema de persecução penal se acomodou e quis compensar. Eu diria que o sistema de persecução penal não concordou com a lei, com a despenalização, então acabou transformando muitos dos usuários em pequenos traficantes. Só que o pequeno traficante, com a nova lei, tinha uma pena alta. Foi para o sistema penitenciário. Jovem, primário, sem oferecer periculosidade à sociedade, foi literalmente capturado pelas organizações criminosas.

A questão era a seguinte: você que chegou agora, ou você se alia a nós, ou você é contra nós. E as facções criminosas foram aumentando o poder.

A partir disso, temos outro reflexo importantíssimo. A partir dessa lei aumentou também o número de crimes praticados por mulheres. Se temos 25,5% de todos os crimes de homens, tráfico, mulheres, chegamos a quase 40%. Por quê? A partir do aumento do poder das facções e da prisão em massa de inúmeros jovens e homens, para que eles fossem "protegidos" pelas organizações criminosas dentro dos presídios, as mulheres deles - irmãs, mães, filhas - passaram a ter que trabalhar para as organizações criminosas fora dos presídios, trazendo drogas para dentro dos presídios. Após a lei, isso aumentou em 75% o número de mulheres presas - quase 40% presas por tráfico ilícito de entorpecentes.

Em outras palavras, somando homens e mulheres, após a aplicação da lei, em seis anos, simplesmente se triplicou o número de presos por tráfico de entorpecentes no Brasil. Nenhum país do mundo tem esses números. Alguém poderia dizer: o Brasil triplicou o volume de tráfico de drogas, então triplicaram as prisões. Não é verdade. Quando veio a lei, já veio como uma tentativa de resposta a essa mudança do Brasil de corredor para grande consumidor. A mudança já havia sido feita. E a lei, ou a má aplicação da lei, acabou gerando isso.

Hoje, em torno de 25% dos presos brasileiros, cerca de 201.829, são presos por tráfico ilícito de entorpecentes. Realmente, essa aplicação da

RE 635659 / SP

nova lei gerou um exército para as facções criminosas.

O estudo, que daqui a pouco vou detalhar, Presidente, da Associação Brasileira de Jurimetria mostra, estatisticamente, que, por exemplo, em São Paulo, capital, e em Ribeirão Preto, grande cidade do interior de São Paulo, após a edição da nova lei, uma grande parte dos usuários passou a ser presa como traficante.

Como esse estudo mostra? Porque compara os flagrantes, a mesma situação, os mesmos locais.

Vejam, é importante citar: não significa que a pessoa que antes da lei era presa como usuária não fosse traficante. Podia até ser traficante, mas a polícia pegava com uma pequena quantidade, levava ao Poder Judiciário e o Ministério Público denunciava como usuário. Tinha uma sanção pequena, privativa de liberdade, substituída por penas alternativas.

A partir da nova lei, como houve essa despersonalização - repito, o sistema de persecução penal, a justiça criminal, não se adaptou, diria até que reagiu a essa despenalização -, aquela mesma pessoa, nas mesmas circunstâncias, que era pego com 7g de cocaína, de maconha, por exemplo, depois da lei, passou a ser pego como pequeno traficante. Só que a pena do pequeno traficante subiu com a nova lei.

Da mesma forma, em outros municípios no Estado de São Paulo, o impacto também foi verificado - Campinas, Barretos, Jundiaí, Sorocaba. Houve, imediatamente, com a nova lei, um aumento do número de prisões por tráfico nas mesmas condições antes tipificadas como uso. Por quê? O uso antes era punido criminalmente, não havia despenalização; agora ficou um vácuo. Eu diria que foi uma reação extremamente conservadora do sistema de persecução penal.

Insisto: não foi o sistema policial apenas, porque bastava o Ministério Público não denunciar ou o Poder Judiciário não condenar. O sistema de persecução penal, a justiça criminal, reagiu a essa despenalização e acabou produzindo esse grande problema. A pena do pequeno traficante, que antes era de três anos, foi para cinco; e isso gerou acúmulo no sistema prisional.

Com todos esses problemas, exatamente por isso, nesse ano que

RE 635659 / SP

assumi até devolver a vista, fiz um estudo com o Doutor Marcelo Guedes Nunes, diretor-presidente da Associação Brasileira de Jurimetria, com todo o banco de dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. O estudo foi publicado sob a coordenação de Marcelo Guedes Nunes, Fernando Corrêa e Júlio Trecenti e, vejam, é o maior estudo feito nesse sentido. Eu vi nos autos que há um estudo de organizações que citam 400 flagrantes, o Ministro Gilmar cita em seu voto um estudo que fala de 600 e tantos flagrantes. A base de dados desse estudo ao qual vou fazer referência é impressionante.

Foram analisadas 656.408 ocorrências, entre 2003 e 2017, de flagrantes por tráfico, além de 556.613 apreensões como uso. Ou seja, mais de 1,2 milhão de casos de 2003 a 2017, todos do Estado de São Paulo, tanto flagrante por tráfico quanto boletim de ocorrência ou registro da polícia militar por uso. Nesses anos todos, foram catalogadas 2.626.802 pessoas envolvidas.

Dessas ocorrências e apreensões, 98% foram de maconha e cocaína - 53,16%, maconha e 44,50%, cocaína -, o que mostra realmente o Brasil como grande consumidor desse tipo de drogas. Só 2% foram outros entorpecentes. Aqui, obviamente, os dados se referem ao número de ocorrências, não à quantidade de drogas.

Nesse período, se pegarmos essas mais de 1 milhão e 200 mil ocorrências, eu diria que algumas conclusões só confirmaram o que nós todos já sabemos, o que nós já conhecemos. Uma delas é que a quantidade de drogas é um elemento relevante para a tipificação temporária do fato efetuada pela autoridade policial ao lavrar o boletim de ocorrência. Uma segunda é que, não tendo a lei definido um corte na quantidade para diferenciar entre tráfico e uso, essa análise é realizada discricionariamente pela autoridade policial no momento do flagrante. E a quantidade de drogas, na maioria das vezes - isso é algo que há necessidade de se alterar no combate ao tráfico de entorpecentes -, é o único critério para tipificar a conduta do indivíduo como traficante ou usuário, sem se perquirir outras condições caracterizadoras do tráfico.

Outras conclusões objetivas desse estudo, parece-me, precisam, sim,

RE 635659 / SP

ser melhores analisadas pelo Supremo Tribunal Federal e por todos para diferenciar a situação de usuário e de traficante. Essa primeira é importantíssima e reforça o que disse anteriormente: a lei não é aplicada igualmente para todos.

A tipificação realizada no momento do flagrante pela autoridade policial como tráfico de drogas não é a mesma nem nas regiões do Estado de São Paulo, ou mesmo em regiões da capital do Estado de São Paulo.

Na capital de São Paulo, em média, de todos os mais de dois milhões de ocorrências, considera-se tráfico de drogas o porte de 33g de cocaína - o estudo foi feito com cocaína, *crack* e maconha -, 17g de *crack* e 51g de maconha. No interior, 20g de cocaína, 9 de *crack* e 32g de maconha.

Em outras palavras, pegando a questão da maconha, para ser considerado traficante, na média, pela quantidade, na capital, precisa ter 51g, se tiver 32g, é considerado usuário, só que no interior é considerado traficante. Não é possível isso! Não é possível que, no mesmo estado da federação - e tenho absoluta certeza de que isso ocorre em todos os estados -, haja um desvirtuamento tão grande. Estamos falando em mais de 50%: 32g no interior já é traficante; na capital, em média, só 51g.

Na própria capital, há variação entre 20g a 50g. Vejam, delegacias da própria capital! Isso vira uma roleta-russa! Se o usuário está com uma quantidade, em uma seccional da capital, ele será usuário; na outra seccional, traficante; e, no interior - no interior todos os dados são muito mais rígidos -, ele será quase sempre traficante. Não é possível conviver com isso!

O estudo ainda aponta que a questão da discricionariedade da autoridade policial no flagrante, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia, e a do próprio Poder Judiciário no momento da condenação judicial vêm caracterizando inúmeras injustiças. Pessoas em situações absolutamente idênticas, com a mesma quantidade de drogas, são consideradas ora traficantes, ora usuárias.

A partir disso se coloca a questão - essa é uma grande discussão: seria possível fixar uma mediana, uma quantidade média, em que se presumiria - obviamente, sempre uma presunção relativa -, que aquela

RE 635659 / SP

pessoa é usuária e acima disso que aquela pessoa é traficante? Esse estudo faz uma ponderação com vários elementos, porque são dois grandes critérios que preocupam toda a sociedade.

De um lado, se a fixação for uma quantidade muito pequena, no mundo inteiro, há o perigo do que se chama inversão do ônus da prova. Alguns países, como a Rússia, em determinado momento, fixaram 3g de maconha e, depois, aboliram isso. O usuário com 4g tinha que provar que era usuário. Há inversão do ônus quando a quantidade é muito pequena. Por outro lado, se houver a fixação de uma quantidade muito grande, 60, 70, 100g, incentiva-se a impunidade. O traficante da ponta, o traficante formiguinha, pega na lei o limite; se esse limite é muito grande, acaba sendo utilizado.

No mundo todo, não só no Brasil, discute-se se é possível chegar a um meio-termo entre não inverter o ônus da prova - sempre se considerando todos os usuários traficantes, salvo aqueles que andam com um cigarro de maconha, por exemplo - e não se aumentar a impunidade. A partir disso, o estudo vai demonstrando, fazendo curvas estatísticas, para se chegar a um determinado critério: quantos usuários não considerados traficantes valem por um traficante que acaba sendo absolvido como usuário? Vale a pena, eventualmente, absolver um pequeno traficante para garantir que vários usuários não sejam penalizados? Qual é essa média? Um por um? Três por um? Quatro por um? E vai-se fazendo a estatística, para tentar não gerar impunidade e, ao mesmo tempo, não prejudicar, como a aplicação da lei já prejudicou, o usuário.

Quando o § 2º do art. 28 diz que o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância, qual seria a quantidade razoável - tratando-se aqui da questão da maconha -, eventualmente, dentro desses dados empíricos, para se analisar? Nas situações radicais, ninguém tem dúvida. Se alguém é preso com cem quilos de pasta de cocaína, ninguém acha que seja usuário, não há nariz para tanto. Se alguém é pego com duas toneladas de maconha, também não é possível ser um depósito para o inverno. Da mesma forma, se alguém é pego com dois cigarrinhos de

RE 635659 / SP

maconha: "Oh, é um traficante perigoso, é nosso Pablo Escobar". As situações radicais de cada lado não têm grande dificuldade. As situações limítrofes é que geram esse problema.

Levando em conta que hoje não podemos - falo isso na Justiça Eleitoral, vou repetir aqui - adotar a tática do avestruz e esconder a cabeça, o tráfico de drogas, em regiões mais abastadas de todas as grandes cidades do país, é feito por *delivery*. Há aplicativos em que a pessoa chama e, assim como o *iFood* leva comida, leva-se a droga em pequenas quantidades. Óbvio que o grande combate à criminalidade organizada se faz com as grandes apreensões, indo ao grande traficante, mas também existe essa ramificação.

A partir disso, como chegar-se - se é possível - a um critério em relação a essas quantidades limítrofes, um critério mais objetivo, que não penalize tanto o usuário? Isso se dá, primeiro, com a necessidade de diminuir a discricionariedade, seja policial, seja do Ministério Público no momento de denunciar, seja do juiz no momento de condenar na tipificação entre usuário e traficante. Não há, obviamente, nenhum critério mágico.

Coloco no voto inúmeros países. Os países vão tentando, um país coloca mais, outro país coloca menos - faço até uma tabela no voto. Não há critério mágico, mas, só para citar, a Dinamarca foi diminuindo tanto que qualquer usuário era preso como traficante e, depois, tinha que comprovar ser usuário. Outros países ampliaram, como Portugal. Então, esses critérios não são mágicos.

Entretanto, há alguns critérios, que não são únicos. Há uma primeira premissa importante nos termos - e aqui não estamos fugindo dos termos -: da interpretação da própria lei. O parágrafo 2º do art. 28 estabelece que um dos critérios que o Poder Judiciário deve estabelecer é a quantidade.

Se o juiz pode estabelecer para o caso concreto, não me parece que, a partir do estudo empírico da análise, o Supremo Tribunal Federal, enquanto o Congresso não estabelecer, não possa estabelecer também. Não é um critério que o Judiciário trouxe à discussão, é um critério que o Congresso Nacional expressamente colocou no § 2º, para determinar se a

RE 635659 / SP

droga se destinava a consumo pessoal: o juiz atenderá à natureza e à quantidade de substância apreendida. Sobre a natureza, a maconha é uma droga mais leve do que as demais drogas, isso é cientificamente comprovado; sobre a quantidade, há necessidade de se fazer essa análise.

Analisando as quantidades medianas de entorpecentes apreendidos, como disse, naquelas mais de 1 milhão e 200 mil ocorrências, o estudo da jurimetria chegou que, para acabar com as injustiças de uma cidade considerar a mais e outra a menos - na mesma cidade, uma delegacia seccional considera tantos gramas; a outra, mais -, que, para a questão da maconha, seriam em torno de 32,6g - para cocaína, fala tantos gramas, mas estamos tratando de maconha.

Contudo, foi analisado, em cada um dos flagrantes, se havia testemunha, se foram apreendidos outros instrumentos - caderninho com anotação, celular, balança. O estudo é extremamente detalhado e demonstra que há a necessidade, ou que, se o Supremo Tribunal Federal entender que há necessidade dessa fixação, deve sempre ser - posição que me parece importante - uma presunção relativa, exatamente porque a lei não fala só em natureza e quantidade, fala em local, condições.

Volto a insistir, aproveitando a indagação que o eminente Ministro Fux fez no início: uma coisa é alguém ser pego com 10g de maconha em um parque, sozinho, sem nenhuma outra condição ou característica de tráfico; outra coisa é alguém, escondido, tentar entrar em um presídio levando 10g de entorpecente para traficar.

A quantidade é um dos critérios, mas verificamos injustiças muito grandes com as mesmas quantidades.

Sei que já estou cansando todos, Presidente, mas aqui pedirei especial atenção, pois esse desvirtuamento - de 2003 a 2017, todas as ocorrências em São Paulo - mostra que alguma coisa precisa ser feita.

A mediana para a caracterização de tráfico de maconha para os presos analfabetos é 32,257g; para quem tem segundo grau completo, a mediana é 40g; para os portadores de diploma de curso superior, a mediana é 49g. Se você é um usuário ou um traficante analfabeto, você vai ser preso por tráfico com 32g; com segundo grau completo, a mediana

RE 635659 / SP

vai para 40g; se você fizer faculdade, 49g. De analfabeto para curso superior, a diferença é de 52%. A conduta é igual? A conduta é a mesma; as condutas são idênticas. Se alguém com curso superior, volto a insistir, é flagrado em uma esquina com 32,35g, usuário; se é um analfabeto, traficante. Não há justiça nisso. Podemos entender que os dois são traficantes ou que os dois são usuários. O que não é possível é, com a mesma quantidade de droga, com as mesmas condições de apreensão, com as mesmas circunstâncias fáticas, alguém só ser considerado traficante, com 52% a mais de peso, somente por ter curso superior. Isso não é possível.

No caso da idade, é pior ainda. No caso do critério idade, a variação é mais desproporcional. A mediana para caracterização de tráfico de maconha para suspeitos em torno de 18 anos é de 23,90g; então, um jovem, 23,90g, tráfico; para suspeitos até 30 anos, 36g; para suspeitos pegos com mais de 30 anos, 56g. Vejam, em torno de 18 anos, 23,90g; mais de 30, 56g, 134% a mais. Alguém com 30 anos pode ter mais do que o dobro de droga do jovem na mediana caracterizado como usuário; e o jovem é traficante. Já vamos somando duas questões para o analfabeto jovem - sempre a mediana é lá embaixo. Mais de 30, com curso superior, está quase 136% acima. Volto a insistir: podemos considerar que os dois são traficantes ou que os dois são usuários. O que não dá é, porque um tem 18 anos e o outro tem 32, um ser traficante e o outro usuário.

Só esses dados demonstram porque, a partir dessa nova lei, lotamos nossos presídios com jovens analfabetos ou com primeiro grau incompleto - porque a mediana deles é baixa -, e, na sequência, com mulheres.

Vejam, o que visualizamos, os dados comprovam estatisticamente. Quanto mais velho e de maior instrução, mais difícil ser caracterizado como traficante. Mesmo que você tenha 120% a mais de droga, na mediana você precisa ter 134% a mais. Alguma coisa está errada, e não há um manual para isso. Na verdade, isso foi sendo construído culturalmente. É o preconceito estrutural em relação ao jovem analfabeto.

Aqui talvez uma falha do estudo: não se fez somente brancos e

RE 635659 / SP

negros; fez-se brancos e, pelo menos, um negro - negros considerados pretos e pardos -, mas também aqui a mediana é de 80% a mais. O branco, para ser considerado traficante, tem de ter 80% a mais que o preto ou pardo. Vamos somando as três grandes características: analfabeto jovem, em torno de 18 anos, preto ou pardo. A chance dele, com uma quantidade ínfima, ser considerado traficante é gigantesca. O branco com mais de 30 anos e curso superior precisa ter muita droga com ele no momento para ser considerado traficante.

Há necessidade, Presidente e Colegas, parece-me, de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio. Essa necessidade de equalizar essa quantidade média padrão vai ao encontro do tratamento igualitário dos diferentes grupos sociais, culturais, raciais. Volto a insistir: o Supremo Tribunal Federal pode entender, como vários países entendem, que a quantidade tem de ser ínfima, só que o branco ou o negro, o analfabeto ou o pós-doutorado, o jovem ou o mais velho, todos vão ser tratados iguais, seja a quantidade mínima, seja a quantidade máxima. O que não pode é esse tratamento totalmente desvirtuado como verificamos.

Essa previsão poderia estar na lei, no § 2º do art. 24, quando se fala em quantidade; já poderia estabelecer uma quantidade como presunção relativa. Isso realmente vem gerando uma discricionariedade exagerada, insisto, no início da autoridade policial, passando pelo Ministério Público e chegando ao Poder Judiciário. Todo sistema de persecução penal vem gerando discriminação, porque as medianas quantitativas são muito diferentes nos critérios de grau de instrução, idade e cor da pele. Não há razoabilidade para isso. O estudo demonstra que não há razoabilidade para isso.

Vossa Excelência, Presidente, na semana passada, lançou novamente, como Vossa Excelência disse ontem, o mutirão penitenciário, em cinco estados. O estudo reflete o que nós verificamos indo aos presídios: aumento de jovens sem instrução, pretos e pardos, presos, principalmente por tráfico de entorpecentes. A partir do momento em que foram presos

RE 635659 / SP

por tráfico de entorpecentes, acabaram sendo cooptados pelas organizações criminosas. Quando saem, eles têm de pagar o que estão devendo e voltam por furto, por roubo. É um ciclo vicioso que acabamos criando enquanto instituições, por essa interpretação da lei que quis, eu diria, compensar a despenalização do usuário puxando um naco do usuário como traficante. Qual naco? O jovem preto, pardo, sem instrução. Foi isso o que fizemos: em seis anos, triplicamos, como mostrei no início, o número de presos por tráfico de drogas. Mas não triplicamos o número de presos por tráfico de drogas de brancos maiores de 30 anos com curso superior; triplicamos com jovens, pretos e pardos, sem instrução.

Já me dirijo quase para o final, Presidente, vou correr.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro, preciso dizer que estou ouvindo com grande interesse a sua magnífica análise. Se os Colegas concordarem, podemos fazer um intervalo e retomar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Falta pouco, apenas aqueles quinze minutinhos que Vossa Excelência sempre pede para o voto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Alexandre, tenho exatamente a mesma compreensão do Ministro Luís Roberto, estou ouvindo com maior interesse e atenção. Eu até iria observar a Vossa Excelência - fazendo uma propaganda do DMF do Conselho Nacional de Justiça, que, nesses nove meses, está higienizando a base de dados do nosso Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - que, hoje, não temos mais 832.000 presos - dado do Depen -, mas, pelo BNMP do Conselho Nacional de Justiça - acabei de confirmar com o Juiz Manfred -, 711.000 presos no Brasil, entre os que estão cumprindo pena em regime fechado, semiaberto e provisório - na verdade, cumprimento intramuros do presídio. Mas já sabemos, graças aos esforços dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais

RE 635659 / SP

federais, que hoje temos 654.000 presos no Brasil. Melhorou um pouquinho, né?

Vossa Excelência tem toda a razão, precisamos liberar muito mais e diminuir muito mais esse número, até pelo problema terrível da superlotação - constatei agora em Alcaçuz, por exemplo, no Rio Grande do Norte. Em outros lugares, como na Cuiabá do Ministro Gilmar, isso não mais está ocorrendo, há vagas ainda em aberto. No Rio Grande do Norte realmente há esse problema de superlotação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, realmente é melhor fazermos um intervalo. Depois, concluo, sem levar muito tempo, alguns pontos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Devo dizer também, Ministro Alexandre, que Vossa Excelência traz uma abordagem bastante interessante e um estudo de rara felicidade. Recentemente, comentava com alguns Colegas, que vemos esse tipo de abordagem em filmes americanos, sobre a questão da discriminação e da aplicação de sentenças, normalmente com conteúdo racial ou racista. Vossa Excelência o traz, inclusive mostrando que uma coisa foi a intenção da lei e a outra foi seu resultado, tendo em vista a cultura jurídica já consolidada.

Muito obrigado e parabéns!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Obrigado!

Presidente, podemos voltar após o intervalo.

Presidente, para concluir o voto, a partir da constatação a que chegamos ao término da primeira etapa, a questão da diferença das medianas, principalmente em razão da cor da pele, da idade e do nível de instrução - talvez a questão mais importante desse julgamento -, reafirmo a necessidade da equalização de uma quantidade média, padrão, obviamente como presunção relativa, para caracterizar e diferenciar o usuário, o portador para uso próprio, do traficante.

RE 635659 / SP

Parece-me importante e insisti várias vezes ao longo do voto que o tratamento de igualitário, isonômico, a todos que forem pegos com maconha vai ao encontro da própria Constituição, vai ao encontro do art. 5º. A questão aqui colocada é: quem for pego portando 1g de maconha é traficante ou usuário? O que não pode é alguém com 1g ser traficante e a mesma pessoa com 1g ser usuário, se não houver nenhuma outra caracterização além da quantidade. O parágrafo 2º do art. 28, como disse, escolhe, como um dos requisitos para diferenciação entre usuário e traficante, a quantidade, mas a ausência de fixação acabou levando a um excesso de discricionariedade por parte de todos os agentes públicos, desde a autoridade e seus agentes ao elaborar ou não o flagrante, passando pelo Ministério Público na denúncia e o próprio Poder Judiciário ao sentenciar. Essa fixação na quantidade deve levar em conta aquilo a que me referi anteriormente, um ponto de equilíbrio entre a inversão do ônus da prova: o usuário não precisar comprovar que não é traficante, e isso se dá quando a quantidade é pequena, muito pequena e evitar a impunidade; e o traficante acaba se adequando à quantidade, para não ser preso em flagrante (se a quantidade é muito grande, isso acaba levando à impunidade). Obviamente esse ponto de equilíbrio deve partir da premissa principal, que é a presunção relativa.

Há outros elementos que facilmente, em alguns casos - outros, nem tanto -, podem diferenciar o usuário do traficante.

O estudo a que me referi da Associação Brasileira de Dosimetria aponta em um dos itens, o 3.3.1, para essa decisão entre o equilíbrio muito ou pouco, inversão do ônus da prova e evitar a impunidade. Aponta para os critérios de isonomia e razoabilidade - exatamente o que disse anteriormente. São várias curvas que um programa de computador vai estabelecendo - muito interessante -, a partir de todas as mais de um milhão e duzentas ocorrências - se passar para 40g, se passar para 12g, se passar para 1g; quem foi como traficante; quantos viram usuário; quantos virariam traficante. Vai jogando com as estatísticas. E faz uma indagação ao final esse estudo: quantos reexames de crimes de tráfico equivalem a uma inversão de ônus contra o usuário? Essa é a grande questão para

RE 635659 / SP

fixar a quantidade. Repito a questão que se coloca: quantos reexames de crime de tráfico equivalem a uma inversão de ônus contra o usuário? Na verdade, podemos traduzir: quantas absolvições de eventuais traficantes na dúvida valem a condenação de um usuário também na dúvida? É essa a questão que se coloca.

Dentro de critérios de isonomia e razoabilidade pretende-se proteger o usuário, porque foi a própria legislação que assim estabeleceu. Insisto novamente nisto, é muito importante: quem despenalizou o porte para uso próprio, para consumo próprio, foi o Congresso Nacional, em 2006. Não foi o Supremo Tribunal Federal, seja lá atrás, seja agora. Quem despenalizou dizendo não ser mais possível a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário foi o Congresso Nacional, mantendo, a partir do mandamento constitucional, a penalização do tráfico de entorpecentes. Continua crime, mas com as sanções que disse anteriormente, as que estão nos incisos I a III do art. 28 da Lei de Drogas: advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa. O que estamos agora discutindo é como evitar os efeitos, eu diria, nefastos da aplicação deturpada da lei, que acabou gerando um encarceramento maciço após a sua edição.

Com esses critérios de razoabilidade e isonomia, podemos verificar linhas ou parâmetros de 1g a 100g; de 10g a 30g; de 20g a 40g, com outros requisitos. Com base nos dados analisados dentro desse longo e importante estudo, sobre as quantidades limítrofes, há a possibilidade de fixação da média em 25,99g - o que equivale mais ou menos ao que o próprio Ministro Luís Roberto colocou, baseando-se em Portugal -, chegando, em alguns casos, nas capitais, a 62g. Como eu disse, vai variando: por exemplo, se se colocar, nesse programa, 7g, estoura o número de traficantes; se se colocar 120g, por sinal, quase 70% de usuários. Essa razoabilidade vai entre 25g e 60g dentro desse estudo. Agora, insisto que a fixação da quantidade de droga apreendida não deve ser o critério único, o critério exclusivo, o critério final. É, sim, um critério importantíssimo, um critério que estabelece uma presunção relativa entre a tipificação de tráfico ou reconhecimento de porte para uso próprio, mas

RE 635659 / SP

esse critério deve ser analisado, caso a caso, com base em outros critérios, também complementares, para tipificação: a forma como está acondicionado o entorpecente - entorpecente acondicionado é claramente para venda -; a diversidade de entorpecentes - alguém preso em flagrante, com pouca quantidade de inúmeros entorpecentes, na porta de uma boate, é claramente vendendo -; apreensão de outros instrumentos, como balança e cadernos de anotação - hoje, um pouco fora de moda-; notas no celular - a compra e venda *delivery*, que, lamentavelmente, hoje, prolifera, com aplicativos de compra e venda de entorpecentes -; os locais e circunstâncias de apreensão - a pessoa entregando para outro ou pagando aquele que estava entregando, pagando o traficante, que, naquele momento, está com pouca quantidade porque a quantidade está guardada em algum lugar. Então, a quantidade é importante como presunção relativa. Não pode uma pequena quantidade, sem nenhum outro elemento, levar à constatação de que é tráfico. A fixação - isso vale para inúmeros países - é um elemento importantíssimo, mas é uma presunção é relativa. O intuito é garantir, repito, a aplicação isonômica da Lei de Drogas, para evitar que, em virtude de nível de instrução, idade, condição econômica, cor da pele, possa-se portar mais ou menos entorpecente, mais ou menos maconha, em virtude de uma dessas condições ou de todas somadas. Por exemplo, um analfabeto negro e jovem leva desvantagem em relação a um branco maior de 30 anos, com curso superior, que pode ter, às vezes, até 136% a mais de droga. Não há razoabilidade nisso.

No intuito de se garantir a aplicação isonômica da Lei de Drogas, em absoluto respeito ao princípio da igualdade, de maneira a diminuir essa excessiva discricionariedade de todas as autoridades públicas que fazem parte da persecução penal, repito, desde a polícia até o Judiciário, passando pelo Ministério Público, para evitar essas discrepâncias, entendo necessária a fixação de uma presunção relativa, de uma mediana quantidade de maconha que induza a autoridade a entender que aquilo é ou tráfico ou para uso. A partir disso e, obviamente, de outros elementos, vai melhorar muito a condição dos flagrantes, passando-se a exigir que,

RE 635659 / SP

nos flagrantes, coloque-se de forma mais detalhada o que foi apreendido também. Uma narrativa melhor vai auxiliar o trabalho do Ministério Público, auxiliar o trabalho do Poder Judiciário. Esse estudo mostra que, na maioria dos flagrantes, o único elemento descritivo é a quantidade e o testemunho da autoridade policial. É importante que isso seja mais trabalhado, que se analisem outros fatos, como disse, com apreensão de instrumentos, cadernos de anotação, balanças, celulares, que se descrevam melhor as circunstâncias de apreensão, que se coloquem testemunhas nos locais de apreensão.

Dentro dessa ideia, Presidente, dentro desses requisitos de isonomia e razoabilidade, a fim de balancear melhor a questão da inversão do ônus da prova para que o usuário não seja sempre considerado um traficante, mas também para que o traficante não se aproveite disso, a premissa inicial é a fixação, realmente, de uma faixa ou uma quantidade de drogas como presunção relativa.

Dessa forma, Presidente, eu indicaria, para que pudéssemos refletir, discutir, a fixação da seguinte tese:

I - Não tipifica o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente maconha - ficamos só na maconha -, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

II - Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo de 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas - de 25 a 60g é o que o estudo traz (dentro disso, é possível uma análise melhor);

III - A presunção do item anterior - que é exatamente: será presumido usuário aquele que tiver essa quantidade - é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à prevista no item II, desde que, de maneira fundamentada, comprove a

RE 635659 / SP

presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes - no momento do flagrante, a autoridade competente tem que descrever fundamentadamente os outros requisitos (estava com 6g, mas estava no entrando no presídio para vender dentro do presídio, ou, estava com 10g, foi pego vendendo), porque aí claramente é tráfico.

Em relação ao item IV, Presidente, temos algo que não havia no momento do voto dos eminentes Ministros, que é a audiência de custódia, tanto que o Ministro-Relator, o Ministro Gilmar, coloca como previsão o dever de ser apresentado imediatamente ao juiz. Aproveitando já a instalação da audiência de custódia, essa realidade que o Supremo Tribunal Federal implementou, inclusive, na época da presidência do Ministro Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal e no Conselho Nacional de Justiça, o item coloca:

IV- Nas hipóteses de prisão em flagrante, com quantidades inferiores à fixada no item II, para afastar a presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando obrigatoriamente outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos, como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de pré-venda, locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Ou seja, fora daquela presunção - quantidades inferiores -, além de a autoridade policial no flagrante ter que estabelecer, o juiz, na audiência de custódia, para manter a prisão, convertendo-a em preventiva, e manter a possibilidade do inquérito, da persecução penal, deve justificar. Se chegou a autoridade policial ao flagrante, sem nenhuma justificativa, só com a quantidade, o juiz estará obrigado, na audiência de custódia, a

RE 635659 / SP

trancar imediatamente a possibilidade de persecução penal. Ou seja, podemos dividir essa responsabilidade - é importante -: a polícia, em um primeiro momento, mas, na audiência de custódia, o juiz também deve analisar se outros requisitos realmente afastam aquela presunção relativa.

Eu incluo o item V:

V - Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores às fixadas no item II, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário.

Sabemos que a audiência de custódia, para todos os crimes, existe para verificação da regularidade do flagrante e para verificação se não houve abuso de autoridade, se não houve agressões. Ela ainda não entra no mérito. Nesse caso, como há uma presunção, da mesma forma que, no caso de uma quantidade menor do que a prevista, o juiz deve fundamentar para manter a prisão, em uma quantidade maior do que a prevista - consequentemente, tráfico -, ele deve dar possibilidade, mesmo que seja uma cognição inicial, de o suspeito comprovar ou apontar elementos de prova que demonstrem que se trata de um usuário. No caso do tráfico, a audiência de custódia teria um *plus*. Parece-me que, assim, conseguiremos tanto equilibrar a inversão do ônus da prova quanto impedir o aumento da criminalidade e da impunidade.

Essa é a tese que proponho para a reflexão e discussão de todos.

No caso concreto, Presidente, para encerrar, o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema, que negou o provimento e manteve a decisão de primeiro grau. A situação fática é que Francisco Benedito de Souza cumpria a pena em regime fechado e, após fiscalização da administração penitenciária, que identificou a posse de droga, admitiu ser dono de 3g de maconha encontrados por agentes penitenciários.

Narra que, durante *blitz* de praxe realizada na unidade prisional, foi encontrado invólucro de substância entorpecente, cor esverdeada, e constatou-se tratar de 3g de maconha. Ele foi condenado a um ano, um

RE 635659 / SP

mês e 15 dias. Diante da reincidência, dois meses de prestação de serviço à comunidade, e foi julgada procedente a presente ação penal.

Com base, Presidente, na tese que proponho, exatamente pelo item I - não tipifica o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal a substância entorpecente maconha - e com base no item II - são três gramas abaixo da previsão -, aqui incidiria a presunção de que ele é usuário.

Na verdade, ele foi previsto como usuário. Não foi ele que estava entrando com o entorpecente para passar, para vender, dentro da penitenciária. Ele estava com entorpecente na *blitz*, na cela, como usuário, com a quantidade de 3g. A aplicação da tese que proponho levaria ao provimento do recurso.

Então, dou provimento ao recurso extraordinário, para excluir a incidência do tipo penal, a conduta do recorrente e determinar, assim como fez o eminente Ministro-Relator, sua absolvição.

É o voto, Presidente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)

-Agradeço ao Ministro Alexandre de Moraes que, na verdade, com relação ao caso concreto, acompanhou o Relator, mas, com relação à temática em si, tem uma divergência parcial, na medida em que também restringe à maconha.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu amplio um pouco. Restrinjo à maconha, assim como fizeram os eminentes Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Publicado sem revisão.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA
ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S)
(SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAЕ

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. : GROWROOM.NET

ADV.(A/S) : ROGERIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS

ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao bem lançado relatório do Ministro GILMAR MENDES, anoto que o caso em julgamento trata de Recurso Extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema-SP que, ao negar provimento a recurso, manteve decisão de 1º grau que afastou a tese declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, segundo o qual:

"Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a

RE 635659 / SP

consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

Nas razões recursais (eDOC 6 – Vol. 1, p. 170-188), aponta-se afronta ao art. 5º, X, da Constituição Federal, que dispõe: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. Sustenta o recorrente, em síntese, que “*o acórdão proferido violou o direito fundamental*

RE 635659 / SP

de intimidade e vida privada do recorrente, assegurado no inciso X do artigo 5º da Constituição da República, uma vez que condenou o recorrente por porte de drogas para uso próprio, assim consideradas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344/98, e que determinam dependência física e psíquica, consistentes em maconha, fazendo-o sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar”.

Assevera, com fundamento no direito comparado, que “A Suprema Corte Argentina declarou recentemente a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos. Já Corte Constitucional da Colômbia ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico”.

Sustenta, então, que os princípios que irradiam da atual Constituição devem condicionar a atividade legiferante, especialmente na seara penal. Assim, entende que “(...) esse legislador ordinário, ao incriminar (ou mesmo, simplesmente, sancionar, para aqueles que defendem a descriminalização do porte de drogas para uso próprio) a conduta de portar drogas para uso próprio extrapolou seu poder, ferindo preceitos constitucionais que lhe condicionam. Com efeito, o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal”.

Nesse sentido, aduz que “a conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tipo criminoso retrata pelo apenas legislador ordinário como o exercício legítimo da autonomia privada, resguarda constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada ‘saúde pública’ (objeto) jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário. Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado status libertatis. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal”.

RE 635659 / SP

Por fim, pede o provimento do recurso extraordinário, para absolver o recorrente com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, por afronta ao direito à intimidade e a vida privada.

A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pelo desprovimento do recurso. Em síntese, corrobora seus fundamentos no sentido de que *“No caso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo”*. Em seguida, ressalta o acerto na despenalização do crime de posse de drogas promovido pela Lei 11.343/2006, porém reforça que *“o legislador optou por manter como crime o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio. A despeito, inclusive, do surgimento de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico mas também o uso de entorpecentes é crime, que deve ser, consideradas suas particularidades, punido mesmo com penas brandas. Não se pode, em síntese, falar em inconstitucionalidade do dispositivo em questão”*. (Doc. 28, fls. 3-4).

Em 8/12/2011, esta CORTE reconheceu a repercussão geral da questão controvertida no presente feito, relativa à tipicidade do porte de droga para consumo pessoal (Tema 506).

A Instituição Viva Rio, a Comissão Brasileira Sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária, Associação dos Delegados de Polícia do Brasil-ADEPOL-BRASIL, Associação Brasileira das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), Associação Brasileira de Estudos do Alcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das

RE 635659 / SP

Entidades de Saúde (CADES), Federação de Amor Exigente (FEAE), Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV), Growroom.NET e Conselho Federal da Psicologia foram admitidas no processo na condição de *amici curiae*.

O processo teve início de julgamento no PLENÁRIO em 19/8/2015, oportunidade em que foi lido relatório e foram escutadas as sustentações orais. No dia seguinte, 20/8/2015, o Relator, Min. GILMAR MENDES, proferiu voto, no sentido do provimento do recurso extraordinário, para reconhecer a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006. Transcrevo o dispositivo do voto de Sua Excelência:

“Dou provimento ao recurso extraordinário para:

1. Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa;

2 – Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo;

3 – Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 50, *caput*, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz;

4 – Absolver o acusado, por atipicidade da conduta; e

5 – Determinar ao Conselho Nacional de Justiça as seguintes providências:

a) Diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta

RE 635659 / SP

decisão, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar;

b) Articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

c) Regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com o respectivo monitoramento;

d) Apresentar a esta Corte, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação”.

Na sequência, o Min. EDSON FACHIN pediu vista do processo, tendo devolvido o feito em 31/8/2015 e apresentado voto em 10/9/2015, oportunidade em que deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006 apenas no que diz respeito à droga objeto da controvérsia no litígio paradigmático (maconha). Transcrevo o dispositivo do voto de Sua Excelência:

“Diante do exposto, voto pelo **provimento parcial** do recurso nos seguintes termos, para:

(i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que,

RE 635659 / SP

tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;

(ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;

(iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;

(iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados iuris tantum no caso concreto;

(v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

(vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta

RE 635659 / SP

matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.

É como voto”.

Nessa mesma assentada, o Min. ROBERTO BARROSO também votou pelo parcial provimento do recurso, propondo, desde logo, uma redação de ementa e de tese da repercussão geral a ser fixada neste processo paradigmático:

“Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.

2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o

RE 635659 / SP

fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.

3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.

5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.

6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.

7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de

RE 635659 / SP

Processo Penal.

Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores”.

Assim, resumidamente:

Ministro GILMAR MENDES	Declara a inconstitucionalidade de todas as medidas penais atribuídas ao porte para consumo pessoal de quaisquer drogas. Mantém as medidas administrativas. Admite a prisão do usuário, mas determina a apresentação imediata ao juiz. Não define um critério provisório em relação à quantidade.
Ministro EDSON FACHIN	Declara a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 apenas em relação à maconha. Afirma a progressiva inconstitucionalidade da criminalização da produção e comércio de maconha. Assinala prazo para que órgãos do Poder Executivo a edição de parâmetros para diferenciar traficante e usuário.

RE 635659 / SP

	Não define um critério provisório em relação à quantidade.
Ministro ROBERTO BARROSO	Declara a inconstitucionalidade do art. 28 apenas em relação à maconha. Define um critério provisório para diferencia tráfico de consumo: 25 gramas ou seis plantas fêmeas.

Após, o Min. TEORI ZAVASCKI, meu antecessor nesta CORTE, pediu vista, a qual foi devolvida por mim em 23/11/2018, para a oportuna continuidade de julgamento do tema.

É o relatório.

O tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, sob fundamento de que não haveria lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal, mas exercício da autonomia privada, protegida constitucionalmente pelo direito à vida íntima, ausente qualquer ofensa ao bem jurídico SAÚDE PÚBLICA.

Há, em estudos de criminologia, várias críticas à adoção de um modelo proibicionista. Pondera-se que a ilicitude das drogas, além de não ter relevância dissuasiva na oferta e na demanda, instalaria um mercado clandestino favorável aos traficantes, que apreciaria o valor econômico de seu produto, aumentando o seu poderio econômico e facilitando o recrutamento de mão de obra junto aos segmentos sociais vulneráveis.

Sob a perspectiva de usuários e dependentes, alega-se que a estigmatização produzida pela tipificação penal propiciaria episódios de *abuso policial seletivo*, geraria o encarceramento em massa e impediria a recuperação de adictos, em uma espiral de violência prejudicial à

RE 635659 / SP

observância dos direitos humanos das vítimas dos efeitos das drogas.

Para muitos especialistas no tema, alguns deles ouvidos da tribuna neste julgamento, a orientação punitivista das políticas públicas em matéria de controle e repressão ao uso drogas no Brasil padeceria de todos esses inconvenientes, além de onerar a sociedade com custos financeiros elevadíssimos. Isso teria se mantido mesmo após a Lei 11.343/06, que, ao invés de contribuir para minorar os problemas sociais conexos ao abuso de drogas, teria, na verdade, agravado problemas inerentes à repressão, como o demonstra o significativo aumento no número de condenados por tráfico de drogas, bem como pela superlotação de presídios nacionais.

Por outro lado, os argumentos em favor da proibição e criminalização de substâncias entorpecentes e adictivas insistem no impacto da disseminação do seu consumo em larga escala, seja na dimensão individual (agravos à saúde do usuário; desestruturação de famílias; comportamentos abusivos), como na dimensão coletiva – saúde pública (sobrecarga dos serviços públicos de saúde) e segurança pública (crime organizado e violência urbana).

De fato, a aferição da validade de uma norma não pode ignorar a realidade social por ela atingida, em especial os seus efeitos. Este tipo de valoração está no cerne da ideia de proporcionalidade, que é parâmetro de legitimidade dos atos estatais em geral, inclusive dos tipos penais, de forma atenta ao risco de generalizações precipitadas, artificializando conclusões imprecisas a respeito de múltiplas variáveis.

Algumas estatísticas mencionadas no curso dos debates apontam que a facilitação do consumo, nos países em que houve descriminalização ou legalização, não implicou alteração relevante no número de usuários e dependentes. Na verdade, há relatos não menos confiáveis de que, em países aqui citados como exemplos no controle das drogas, como Espanha e Portugal, o número de ocorrências policiais relacionadas ao tráfico de drogas teve um leve acréscimo ou se manteve relativamente constante na última década (<https://www.unodc.org/unodc/data-and->

RE 635659 / SP

analysis/world-drug-report-2022.html). Como o porte de baixas quantidades deixou de ser tratado como crime nestes países, é possível inferir um aumento real nos delitos de tráfico de quantidades mais significativas.

No estudo produzido pela Associação Brasileira de Jurimetria (*“Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico: Um estudo Jurimétrico”*), tratando os impactos de políticas públicas de descriminalização de drogas ilícitas ao redor do mundo (Portugal, Itália, República Tcheca, EUA), expõe-se dados sobre o período posterior. Em Portugal, por exemplo, o número de óbitos relacionados ao consumo de drogas caiu de 400 para 290 (entre 1999 e 2006), como também caíram os registros de infecções por hepatite B e C, HIV entre dependentes de drogas. Houve significativo crescimento (147%) do número de pessoas acolhidas em programas de apoio a usuários. Além da redução na taxa de uso: as taxas de prevalência ao longo da vida diminuíram 3,5%, na faixa etária de 13 a 15 anos, e 6% na faixa de 16 a 18 anos.

Na Itália registrou-se aumento no número de condenações a penalidades administrativas por uso de drogas (7.222, em 2006, para 16.154 em 2010), acompanhada de um aumento na proporção de indivíduos presos por delitos relacionados a drogas (de 28% para 31%) e de uma diminuição do número de infratores em tratamentos alternativos (de 3.852, em 2006, para 1.597 em 2010).

Outros países registram a queda na prevalência de uso de drogas em suas populações. A Holanda apresenta proporção menor de mortes por uso de heroína e morfina, além de baixo uso de drogas injetáveis, em comparação com o restante do mundo. Na Califórnia, EUA, promoveu-se a mudança no tratamento para portadores de pequenas quantidades de drogas, substituindo-se a pena de prisão por programas e tratamentos terapêuticos. Os dados referidos pela ABJ apontam que *“cinco anos após a implementação, somente 34% das pessoas que entraram no tratamento pelo programa completaram com sucesso e metade foram presas por delitos de drogas dentro de 30 meses. Para aqueles que completaram o tratamento com sucesso, o*

RE 635659 / SP

uso posterior de drogas caiu 71% e as taxas de emprego quase duplicaram”.

A conclusão a respeito dos resultados dessas políticas, colhida de estudo internacional sobre o tema (Rosmarin, A. and Eastwood, N. (2012). *A quiet revolution: drug decriminalisation policies in practice across the globe*), aponta o seguinte:

Em síntese, a experiência internacional identificou apenas três tipos de impactos das políticas de drogas, diferentes de país para país:

1. Melhora na regeneração de usuários problemáticos. Exemplos: Portugal e Holanda.
2. Aumento na perseguição aos usuários. Exemplos: Itália, Austrália.
3. Aumento no uso de drogas em geral. Exemplos: Maior parte dos países europeus.

Necessário, portanto, uma análise da realidade brasileira, com base em dados concretos e reais.

Logo após minha posse no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em 22 de março de 2017, analisando o acervo que havia assumido, bem como as vistas pendentes, deparei-me com o presente RE 635.659, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, já citado anteriormente.

Analisando os votos dos eminentes Ministros GILMAR MENDES (relator), EDSON FACHIN e LUIS ROBERTO BARROSO verifiquei que pouco poderia acrescentar em termos de fundamentação jurídica, discussão principiológica e diferença entre os vários posicionamentos.

Entendi, por bem, contribuir de uma outra maneira, aproveitando a experiência adquirida não só como Promotor de Justiça e Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, mas principalmente, de meus dois cargos imediatamente anteriores à minha posse no STF: Secretário de Segurança Pública e São Paulo e Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública.

RE 635659 / SP

Não há dúvidas, como ressaltado pelos votos que me antecederam, que não há uma cartilha em relação ao combate ao tráfico de drogas que garanta êxito contra os narcotraficantes que, ano após ano, década após década, se fortalecem no mundo todo – com uma renda anual estimada em 900 bilhões de dólares –, inclusive no Brasil.

A política brasileira de combate às drogas segue as diretrizes lançadas em 1971, pelo então presidente dos EUA, Richard Nixon, quando declarou em discurso à nação que *“o uso abusivo de drogas é o inimigo número um dos Estados Unidos”* (*“America’s public enemy number one in the United States is drug abuse”*, discurso de Richard Nixon, Estados Unidos, 1971).

A Constituição de 1988 manteve a criminalização do tráfico de entorpecentes, estabelecendo, expressamente, no inciso XLIII, do artigo 5º, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Trata-se, portanto, de uma opção do legislador constituinte em 1988, em que pese, a legislação estabelecer o tráfico ilícito de entorpecentes como norma penal em branco e, conseqüentemente, permitir que drogas que hoje são ilícitas passem a ser lícitas e vice-versa.

Não há dúvidas, portanto, ser prerrogativa do Estado exercer o controle sobre produção e circulação de substâncias que se entenda terem efeitos sobre a saúde pública, ou mesmo a decisão sobre quais substâncias teriam essa característica. Como assinalado nos votos já proferidos neste julgamento, o problema apresentado não é o da ampla legalização dessas substâncias, discussão que está no domínio das instâncias legislativas.

Porém, como ressaltado pelo eminente relator, Ministro GILMAR MENDES, baseado em julgados do Tribunal Constitucional alemão, é necessário que a Corte examine *“se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente*

RE 635659 / SP

relevantes”.

Em relação aos crimes de perigo abstrato – como o porte de drogas para uso próprio – essa necessidade de verificação torna-se mais relevante, pois como também ressaltado pelo nosso decano, o Estado “baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classe de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental”.

Na presente hipótese, alega-se que o porte de maconha para uso próprio não teria aptidão de impor qualquer dano ao bem jurídico saúde pública. Quando muito, seria atentatório à saúde pessoal do usuário. Por ser destituída de lesividade para terceiros, essa conduta não poderia ser objeto de censura penal.

A despenalização e, em alguns locais, a própria descriminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para uso próprio, bem como inúmeros estudos parecem demonstrar que nessa hipótese específica não há como referendar-se, constitucionalmente, a existência de perigo abstrato e, conseqüentemente, a possibilidade de instituição de pena privativa de liberdade

Note-se que essa foi a opção do Congresso Nacional que, expressamente, afastou qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade nas hipóteses tipificadas como porte de drogas para uso próprio.

Ressalte-se, que o Brasil de país-corredor do tráfico de maconha e cocaína – entre América do Sul e Europa, passando pela África – transformou-se em país consumidor, em números absolutos não percentuais, no maior consumidor de maconha do Mundo e o 2º de cocaína, atrás somente dos Estados Unidos da América. Se levarmos em conta a União Europeia como uma única unidade, o Brasil passa a ser o 3º maior consumidor de cocaína no Mundo.

Igualmente, não há dúvidas de que o Brasil tem uma posição geográfica extremamente difícil para o combate ao tráfico internacional de entorpecentes, possuindo uma fronteira seca de 16.885,7 km, com 10

RE 635659 / SP

dos 12 outros países da América do Sul, somente não fazendo divisa com Equador e Chile. Nós temos a terceira maior fronteira terrestre do Mundo, somente atrás da Rússia e China.

Mas a problemática de nossas fronteiras é agravada quando sabemos que dois de nossos vizinhos são os maiores produtores de cocaína do mundo – Perú (1 644) e Colômbia (2 995) –, com aproximadamente 4.700 km de fronteiras na região da floresta amazônica, e com todas as dificuldades de fiscalização derivadas disso, e um outro vizinho – Paraguai (1 365) – é o maior produtor de maconha do mundo, juntamente com Marrocos, se contabilizarmos o haxixe.

À partir dessas considerações e levando em conta a alteração legislativa brasileira que despenalizou as condutas de posse para uso pessoal, sem contudo descriminalizá-las, ou seja, deixou de prever como preceito secundário do tipo penal a possibilidade de pena privativa de liberdade, mas manteve a descrição da conduta como ilícito penal com a previsão de outras sanções, basicamente de natureza administrativa, como bem salientado pelo eminente Ministro relator, GILMAR MENDES, em seu voto, ampliou-se a discussão sobre a manutenção das condutas de posse para uso pessoal no âmbito do direito penal e, basicamente na estrutura policial/Justiça criminal, e, principalmente, a necessidade de critérios mais seguros de distinção entre as condutas de tráfico e posse para uso pessoal, uma vez que, a previsão do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, ao estabelecer que “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” gerou grande discricionariedade tanto da autoridade policial, no momento do flagrante, quanto da autoridade judicial.

Como salientei anteriormente, a experiência em meus dois cargos imediatamente anteriores à minha posse no STF – Secretário de Segurança Pública e São Paulo e Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública – me levaram a buscar um enfoque extremamente real e pragmático na análise do presente RE, sem ideologias, ilusões ou

RE 635659 / SP

fanatismos, mas tentando trazer à discussão argumentos importantes que possam auxiliar esse Colegiado a decidir da melhor maneira possível essa complexa questão, que tenta se equilibrar entre duas afirmações duras e verdadeiras. De um lado, a afirmação de diversas famílias de que as drogas destruíram seus filhos, parentes, pais e de outro lado que o aumento das prisões por tráfico de drogas à partir da nova lei fortaleceu as facções criminosas, pois acabou por encarcerar uma legião de jovens primários, que levados ao cárcere, sem possuir alta periculosidade, passaram a aderir à essas facções, para garantir sua incolumidade física e mesmo sua própria vida.

Hoje, o sistema penitenciário brasileiro possui 832.295 presos (390,17 presos por 100.000 habitantes), sendo, aproximadamente 42,57% de crimes violentos – 354.345 presos por crimes contra a vida, roubo, latrocínio, extorsão mediante sequestro, crimes contra a dignidade sexual, além de crimes previstos em legislação especial (ECA, delitos de trânsito, genocídio e tortura) –; aproximadamente 12,54% por crimes não violentos, como crimes contra o patrimônio (furto, apropriação indébita, estelionato e receptação, etc), crimes contra a Administração Pública, contra a fé pública, crimes ambientais, etc. E praticamente um quarto da população carcerária (24,25%, correspondente a 201.829 presos) é apenado em razão de crimes ligados ao tráfico de drogas, conforme dados da SENAPPEN, Secretaria Nacional de Políticas Penais, e do INFOPEN, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – 13º ciclo do INFOPEN, levantamento de dados realizado pelo Sistema Nacional de Informações Penais, da Secretaria Nacional de Políticas Penais, do Ministério da Justiça (dezembro de 2022), fonte: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>

Não há nenhuma dúvida que os resultados produzidos pela alteração na Lei de Drogas, com a nova Lei 11.343/2002, foram diversos daqueles pretendidos com a manutenção da penalização do porte para uso próprio, porém descriminalizando-o, ou seja, vedando a imposição de penas privativas de liberdade.

De 2007 até 2013, por exemplo, a proporção de presos por tráfico de

RE 635659 / SP

drogas aumentou de 15,5% em 2007 para 25,5% em 2013. Nesse mesmo período, a população prisional sofreu um aumento de 80% (fonte DEPEN).

Em outras palavras, em 2003, quando 100 pessoas eram presas, 15,5 estavam presos por tráfico de drogas. Em 2013, esses 100 presos tornaram-se 180, sendo que 45,9 pessoas foram presas por tráfico de drogas.

Em 6 anos, o número de presos por tráfico de drogas triplicou no Brasil, sem que houvesse uma redução drástica nesse tipo de crime ou uma melhoria no combate ao narcotráfico.

Os dados mais atualizados do DEPEN, já mencionados acima, indicam que 24,25% da população carcerária é incurso nos delitos da Lei de Drogas – 201.829 presos.

Os diversos estudos realizados, inclusive vários trazidos aos autos, apontam alguns fatores como geradores desse aumento da população carcerária por tráfico ilícito de entorpecentes, dentre eles:

- (a) Com a descriminalização do porte para uso próprio sem critérios mais objetivos, várias pessoas consideradas antes da alteração legislativa como usuários – e punidos criminalmente, porém com mais leveza – passaram a ser consideradas pela Polícia e Justiça como “pequenos traficantes”. Aqui a questão importante não é definir se essas pessoas eram ou não traficantes antes ou depois da lei, o importante é nota que a “mesma conduta”, principalmente com pequenas quantidades de drogas, que era tipificada como “porte para uso próprio” e punida mais levemente antes da alteração da lei, inclusive com pena privativa de liberdade, porém substituída por outras medidas; com a descriminalização do “porte para uso próprio” passou a ser considerada conduta de traficância, com uma pena bem mais severa. O estudo de jurimetria demonstrou estatisticamente que, por exemplo, em São Paulo (capital) e Ribeirão Preto, após a edição da nova lei, uma parte dos usuários passou a ser presa como traficante. Esse impacto também

RE 635659 / SP

pode ser sentido, em menor escala, em Campinas, Barretos, Jundiaí e Sorocaba (p. 31 do estudo). Há, porém cidades onde o efeito foi contrário (p. 33);

- (b) A pena mínima aplicada a pequenos traficantes pela nova lei foi ampliada de três para cinco anos, impossibilitando sua substituição por penas alternativas, que exigem penas mínimas inferiores a quatro anos.

O que se discute no presente RE não é a despenalização ou descriminalização do tráfico ilícito de entorpecentes, mas sim, a descriminalização de condutas de posse para uso pessoal, que já foram despenalizadas pela nova legislação, tornando-as ilícitos administrativos, e, além disso, como estabelecer critérios menos discricionários para evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal.

Com essas premissas, em 2017, procurei o Dr. Marcelo Guedes Nunes, advogado e Diretor Presidente da Associação brasileira de Jurimetria e propus – com o auxílio do banco de dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo – a possibilidade da realização de um estudo sobre as prisões em flagrante por tráfico de entorpecentes e as apreensões por porte para uso pessoal no Estado de São Paulo nos últimos anos.

O estudo foi realizado e apresentado pela Associação Brasileira de Jurimetria, sob a coordenação de Marcelo Guedes Nunes, Fernando Corrêa e Julio Trecente, tendo como pesquisadores José de Jesus Filho, Yasmin Abrão Pancini Castanheira, o Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública – CRISP-MG como parceiro e o auxílio da estagiária Milene Farhat, em 02 de abril de 2019 com o seguinte título – “Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para uso e Posse para Tráfico – Um estudo Jurimétrico”.

O objetivo do estudo foi (a) caracterizar os padrões de apreensão de

RE 635659 / SP

drogas; (b) investigar a necessidade de utilizar critérios objetivos para distinção de porte de drogas para uso e para tráfico e (c) mensurar o impacto do uso de critérios objetivos.

Os dados utilizados foram os Registros Digitais de Ocorrências (RDO) da SSP/SP das apreensões de drogas em ocorrências tipificadas como tráfico ou porte de entorpecentes de 2010 a 2017 e os números agregados de ocorrências obtidos diretamente do portal da SSP-SP, de 2002 até o ano de 2016, agregados por municípios. Ou seja, a análise da questão nos últimos 15 (quinze) anos, de 2002 até 2017.

A base de dados do estudo é impressionante, pois analisou 656.408 (seiscentas e cinquenta e seis mil, quatrocentos e oito) ocorrências entre 2003 e 2017, além de 556.613 apreensões distintas e 2.626.802 pessoas envolvidas como suspeitos, testemunhas ou terceiros, conforme aponta o item 2.1.1 do estudo:

ITEM 2.1.1 “RECORTES NA BASE DO RDO” DO ESTUDO DA JURIMETRIA.

“O RDO é uma ferramenta de armazenamento de dados da Polícia Civil, implementada em São Paulo desde janeiro de 2003. O registro conta com as seguintes informações:

• **Informações sobre as ocorrências:** Data da ocorrência, se a apreensão foi em flagrante, tipo de local (via pública, hospital, estação ferroviária, etc), endereço, tipificação penal do crime.

• **Informações sobre os envolvidos:** Sexo, estado civil, idade, profissão, instrução, cor, tipo de envolvimento (testemunha, suspeito, terceiro, etc).

• **Informações sobre as drogas apreendidas:** Tipo de droga, quantidade, unidade de medida.

Obtivemos todos os registros cuja tipificação penal do crime se enquadra como porte ou como tráfico, considerando

RE 635659 / SP

tanto a legislação anterior quanto a Nova Lei. No total, a base de dados contou com 656.408 ocorrências entre 2003 e 2017, além de 556.613 apreensões distintas e 2.626.802 pessoas envolvidas, podendo ser elas testemunhas, suspeitos ou terceiros.

O RDO, entretanto, foi desenvolvido para auxiliar a prática policial e não está preparado para análise estatística. Por isso, foi necessário realizar análises de consistência dos dados, que implicaram em dois recortes da base completa, descritos a seguir.

O primeiro recorte está relacionado às inconsistências entre dados do RDO e dos números agregados da SSP-SP. Essa base tem informações mensais desde o ano de 2002 até o ano de 2016, agregados por municípios. Ao longo dos anos, a adesão ao RDO aumentou e, por isso, os registros mais antigos estão defasados com relação aos números agregados. Os dados passam a concordar apenas após o ano de 2010, conforme ilustra a Figura 2.2.

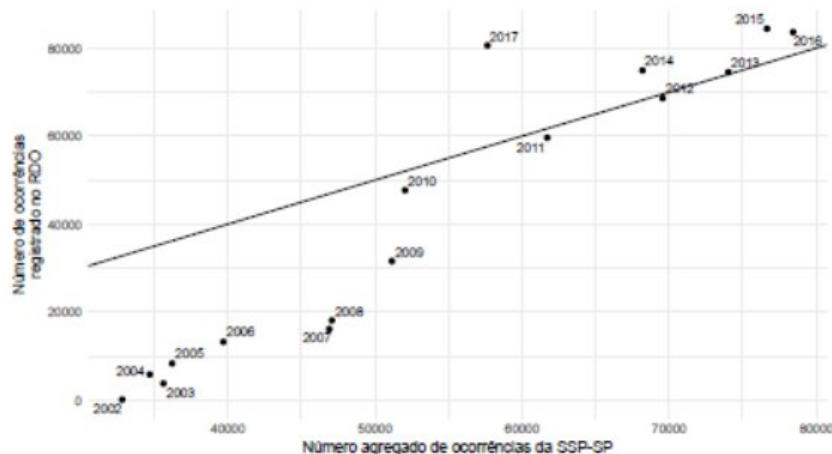


Figura 2.2: Comparação entre número de ocorrências registradas no RDO e o número de ocorrências disponíveis no site da SSP de São Paulo.

O segundo recorte surgiu a partir de uma característica

RE 635659 / SP

dos tipos de unidades da base, ilustrado na Figura 2.3. Mais de 90% das apreensões do RDO são cadastradas em gramas, quilos ou unidades, mas esse padrão não se mantém ao longo dos anos. Em 2014, no entanto, mais de 90% das drogas apreendidas foram cadastradas em quilos. Esse fato impossibilitou uma comparação adequada com os demais anos, já que, se casos com valores em quilos fossem convertidos para gramas, o total de drogas apreendidas seria menor do que os demais. Por outro lado, a desinformação acerca da origem dos dados pode introduzir um viés não controlado na análise. Por esse motivo, o ano de 2014 foi excluído da análise, assim como todas as apreensões em unidades que não gramas. As implicações desses dois recortes estão analisados em maior detalhe no Capítulo 3 e no Apêndice C.

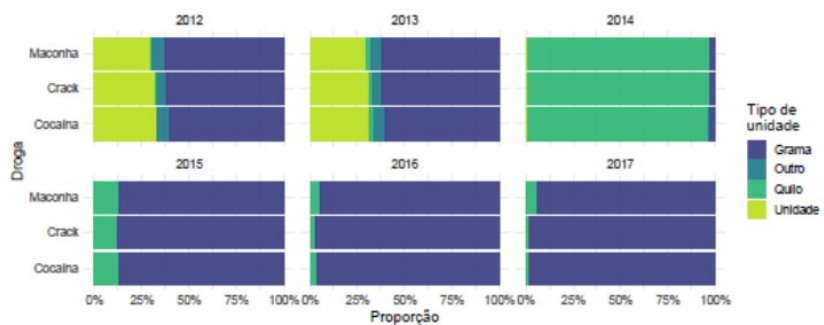


Figura 2.3: Distribuições das unidades das drogas apreendidas separadas por tipo de droga e por ano, base SSP-SP.

Outro problema do RDO é que ele representa a subpopulação de casos de porte e tráfico que envolvem atuação da polícia, o que não é representativo dessas práticas na sociedade em geral. Isso foi combatido com análises das circunstâncias das apreensões e do perfil das pessoas apreendidas, o estudo resposta das corporações policiais à Nova Lei (Seção 3.1) e adicionando uma ressalva nas

RE 635659 / SP

conclusões do estudo.

Dessas ocorrências e apreensões, 98% foram de maconha (53,16%), cocaína (44,50%). Aqui não estamos nos referindo a quantidade de droga, mas sim às ocorrências.

Algumas conclusões da análise desse período todo no Estado de São Paulo não trazem nenhuma grande surpresa:

- (1) A quantidade de drogas é um elemento relevante para a tipificação temporária do fato efetuada pela autoridade policial ao lavrar o boletim de ocorrência;
- (2) Não tendo a lei definido um corte na quantidade para diferenciar o tráfico do uso, essa análise é realizada discricionariamente pela autoridade policial no momento do flagrante;
- (3) A quantidade de droga, na maioria das vezes, é o único critério para tipificar a conduta do indivíduo como traficante ou usuário.

Outras conclusões objetivas do estudo, porém, precisam ser levadas em conta para uma análise mais detalhada da questão “usuário X traficante”:

- (1) A tipificação realizada no momento do flagrante pela autoridade policial como tráfico de drogas não é a mesma para todas as regiões do Estado de São Paulo ou mesmo em regiões diversas da Capital. Assim, na capital, em regra, são considerados tráfico de drogas o porte de 33 gramas de cocaína, 17 gramas de crack e 51,20 gramas de maconha; enquanto no Interior do Estado, o tráfico se caracteriza, por 20 gramas de cocaína, 9 gramas de crack e 32,1 gramas de maconha;
- (2) Na Capital, dependendo da região, a caracterização do tráfico varia entre 20 a 40 gramas de maconha, por exemplo. O estudo

RE 635659 / SP

demonstra que as quantidades medianas apreendidas por tráfico variam entre 12 e 35 gramas nas Delegacias Seccionais da Capital em São Paulo.

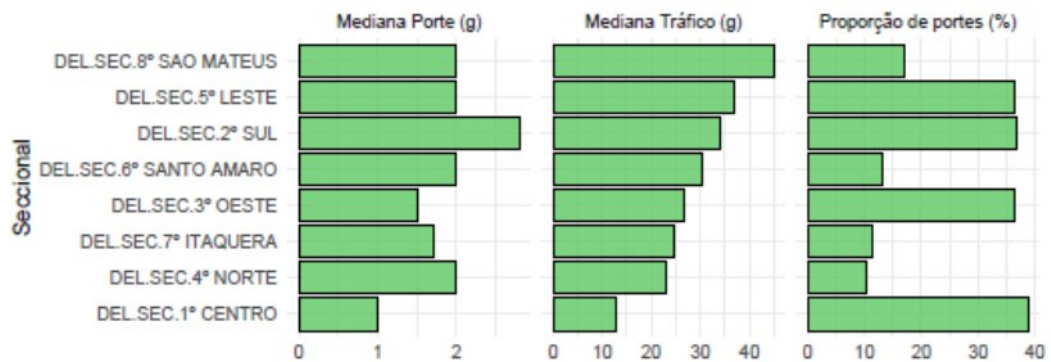


Figura 3.6: Medianas das quantidades de drogas em apreensões por tráfico e por porte separadas ocorridas em São Paulo capital separadas pela delegacia seccional.

Dessa maneira, não há nenhuma dúvida de que a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, possibilitando um tratamento mais equânime na aplicação da lei e impedindo flagrantes injustiças.

O estudo, entretanto, aponta que “a utilização de critérios objetivos, por outro lado, pode gerar dois outros tipos de distorções: criminalizar usuários e ser leniente com traficantes”.

Esse é um problema apontado por diversos outros estudos sobre a diferenciação entre usuários e traficantes somente pela quantidade de droga apreendida. De um lado, os posicionamentos contrários a essa quantificação apontam a possibilidade de – cada vez mais – o fracionamento na entrega das drogas (“o traficante formiguinha”), enquanto os defensores da despenalização, apontam que o usuário flagrado com uma quantidade superior àquela definida pelo

RE 635659 / SP

ordenamento jurídico seria considerado traficante, mesmo que jamais tivesse tido a intenção de exercer a traficância.

Importante, também, salientar que a diferenciação baseada exclusivamente na quantidade de droga poderia gerar inúmeras distorções, como por exemplo, o tráfico de drogas realizado para dentro das penitenciárias, em poucas e contínuas quantidades.

Ressalte-se, entretanto, que esse tipo de crime se tornou uma verdadeira chaga social em relação às mulheres, não raras vezes “forçadas”, seja por ameaças, seja pelas próprias contingências da vida, a levar pequenas porções de drogas para seus companheiros, maridos, irmãos, filhos nas penitenciárias.

Hoje as mulheres presas por tráfico de drogas correspondem a 34,87% de todas as mulheres presas, enquanto esse tipo de crime representa 23,63% das prisões relativas aos homens. A população carcerária feminina é 45.388 (15.830 por delitos relacionados a drogas) e a população masculina de 786.907 presos (185.999 por crimes de drogas)

O estudo jurimétrico da ABJ também registra, com dados de 2013, essa desproporção no encarceramento feminino por delitos relacionados a drogas:

Nesse contexto, também é importante ressaltar que o tráfico a principal causa de encarceramento feminino, com 45% prisões em 2013. Já os homens são presos por tráfico em apenas 24% dos casos. Tendo isso em mente, em todas as discussões que circundam este estudo deve-se ter o cuidado de observar que a implementação de critérios objetivos para distinção entre porte e tráfico impactaria homens e mulheres de forma diferenciada, como se discutirá mais adiante.

No Brasil, a redação do §2º do artigo 28 da Lei de Drogas concede grande margem de discricionariedade à autoridade policial, ao Ministério Público e, finalmente, à autoridade judicial para a definição de a droga

RE 635659 / SP

destinava-se a consumo pessoal ou à traficância.

Em que pese a legislação referir-se que “para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”, na maioria dos casos, esses critérios são insuficientes para reduzir a discricionariedade do agente público.

Logicamente, não há dúvidas sobre configurar tráfico de entorpecentes, a apreensão de 100 quilos de pasta de cocaína, juntamente com éter e demais substâncias próprias para seu refino, em depósito guardado por pessoas fortemente armadas.

Do mesmo modo, não há dúvidas sobre configurar porte para uso próprio a apreensão de dois cigarros de maconha com um universitário saindo de uma festa da Faculdade.

O problema, entretanto, ocorre com as condutas intermediárias que, lamentavelmente são as mais corriqueiras, com quantidade limítrofes, que acabam sendo decididas de maneira diferente em virtude do local de apreensão – como já citado acima, São Paulo/Capital, São Paulo/Interior – e em razão da condição socioeconômica do agente preso.

Essas quantidades limítrofes – como critério objetivo para tipificação do crime – são fixadas de maneira diversa em vários ordenamentos jurídicos, como por exemplo:

Alemanha	Varia por estado. Alguns estados definem com base na jurisprudência, outros fixam valores. Os valores variam entre 6 e 15 gramas para maconha e 1 e 3 gramas para cocaína.
Argentina	Não há menção expressa. Um projeto de lei de 2012 sugere interpretação do juiz, mas a legalização se deu em uma decisão da suprema corte em 2009.
Armênia	Interpretação do juiz.
Bélgica	3 gramas de maconha.

RE 635659 / SP

Chile	Interpretação do juiz.
Colômbia	20g de maconha, 1g de cocaína e 5 de haxixe.
Espanha	Dose de 5 dias de consumo. Na prática, 100 gramas de maconha, 25 gramas de resina de maconha, 2.4 gramas de ecstasy, 3 gramas de heroína e 7.5 gramas de cocaína. A quantidade segue as definições dadas pelo National Institute of Toxicology.
Estônia	Decidida pela jurisprudência. Usualmente é o equivalente a dez doses de um usuário médio. Geralmente até 7,5g de maconha
Holanda	5 gramas de maconha
Itália	1 grama de cannabis, 750mg de cocaína e 250g heroína.
México	5g de maconha, 0.5 grama de cocaína, 50mg de heroína e 40 mg de metanfetamina. LSD: 15mg; MDMA: 40mg; Metanfetamina: 40mg.
Noruega	0,5g tanto para heroína quanto para cocaína. A posse de menos de 15g de cannabis é punida com multa simples.
Paraguai	10 gramas de maconha e 2 gramas de cocaína
Peru	1g de pasta básica de cocaína; 1g de cloridrato de cocaína; 4g de maconha ou 2g de derivados (art. 299, Lei n° 5.012/2020)
Polônia	Critério do agente público.
Portugal	25g de cannabis. Quanto à resina, a quantidade passa para até 5 gramas; ao óleo, 2.5 gramas. Heroína/ anfetaminas: 1g; Cocaína: 2g
Rep. Tcheca	15 gramas de maconha, 1 grama de cocaína, 1.5 grama de heroína, 4 tabletes de ecstasy e 40 unidades de cogumelos alucinógenos.
Rússia	Entre 10 e 50 doses diárias. Na prática isso se traduziu em 6 gramas de maconha, 1 grama de heroína e 1.5 gramas de cocaína.
Uruguai	Cannabis: Até 6 plantas com efeito psicoativo por residência, com limite anula de 480 gramas; até 99 plantas e uma produção máxima de 480 gramas anuais por membro; Compra de até 10 gramas semanais por pessoa ou de até 40 gramas por mês.

Os diversos tratamentos previstos nos inúmeros ordenamentos

RE 635659 / SP

jurídicos demonstram, claramente, que:

(a) há necessidade de diminuir-se a discricionariedade policial/ministerial/judicial na tipificação entre traficante e usuário;

(b) não há um critério quantitativo “mágico”, que permite a total distinção entre usuários e traficantes, inclusive estudos apontam que se a quantidade fixada for extremamente baixa, poderá acarretar uma maior criminalização do usuário e, ao contrário, se a quantidade fixada for muito alta, facilitará o trabalho do tráfico de entorpecentes, com a impunidade dos traficantes que trabalham na ponta, ou seja, que fornecessem a droga aos usuários. A Dinamarca diminuiu a quantidade caracterizadora de tráfico de entorpecentes, para poder punir os pequenos traficantes. Por sua vez, países como Rússia e Colômbia diminuíram tanto a quantidade que quase todas as pessoas surpreendidas com drogas são consideradas traficantes.

Há, portanto, a necessidade de ponderar-se de maneira razoável e equilibrada na utilização de vários critérios objetivos, entre eles a quantidade da droga apreendida, porém não como critério absoluto, mas sim como ponto de partida na análise policial e, principalmente, judicial no momento de manter a prisão em flagrante realizada por tráfico de drogas.

Como apontado no citado estudo de jurimetria, “o European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) e a Global Commission on Drug Policy defendem a elaboração de critérios objetivos (on Dru Policy, 2016; Walsh, 2008). Os defensores dos critérios objetivos sugerem que o critério pode ser usado como um apoio, não de forma literal”.

Analisando as “quantidades medianas dos entorpecentes

RE 635659 / SP

apreendidos em ocorrências por porte para uso e para tráfico no estado de São Paulo”, à partir, das já citadas 656.408 (seiscentas e cinquenta e seis mil, quatrocentos e oito) ocorrências entre 2003 e 2017, além de 556.613 apreensões distintas e 2.626.802 pessoas envolvidas como suspeitos, testemunhas ou terceiros, o estudo da Associação brasileira de jurimetria apontou que, em média, a caracterização de porte para uso atingia 1,7 gramas de cocaína, 1 grama de crack e 2 gramas de maconha. Isso em média.

Para caracterizar o tráfico de entorpecentes, a média foi de 20 gramas de cocaína, 9 gramas de crack e 32,6 gramas de maconha.

Mas conforme citado acima, em diferentes delegacias da Capital de São Paulo a variação de quantidade ocorre de forma discricionária.

Isso demonstra que a fixação de um único critério objetivo – quantidade de droga – para a diferenciação entre usuário e traficante poderia resultar em dois problemas: (1) a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário flagrado com uma quantidade superior à fixada deveria demonstrar que não é traficante, em flagrante contrariedade ao princípio da presunção de inocência; (2) aumento do nível de impunidade e incentivo ao aumento de pequenos traficantes, para que cada um portasse a quantidade definida em lei como caracterizadora de porte para uso próprio.

Não se deve, entretanto, dispensar-se a quantidade de droga apreendida como um importante critério para auxiliar na diferenciação entre o usuário e o traficante, mesmo porque a excessiva discricionariedade das autoridades públicas na tipificação entre tráfico e porte para uso próprio tem uma outra consequência nefasta consistente em tratamentos diferentes para situações aparentemente iguais, levando-se em conta critérios de grau de instrução, idade e cor da pele.

Conforme o citado estudo da Associação brasileira de Jurimetria, as medianas das quantidades de drogas tipificadas como tráfico por grau de instrução variam consideravelmente no caso da apreensão de maconha.

A mediana para caracterização de tráfico de maconha para os analfabetos é de 32,275 gramas, enquanto para aqueles que tem 2º grau

RE 635659 / SP

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

No caso do critério idade, a variação também é desproporcional. A mediana para caracterização de tráfico de maconha para os suspeitos de 18 anos é de 23,90 gramas, enquanto para os suspeitos até 30 anos é de 36 gramas e para os acima de 30 anos é de 56 gramas, ou seja, para que alguém com mais de 30 anos seja considerado traficante, precisa estar portando 134% a mais de entorpecente, ou seja, mais do que o dobro de maconha. No caso de cocaína, essa variação de mediana chega a 73%, ou seja, os suspeitos de 18 anos são tipificados como traficantes com – em média – 15,90 gramas de cocaína, enquanto aqueles com mais de 30 anos precisam estar portando – também em média – 27,53 gramas do entorpecente.

No caso da cor da pele, as medianas são semelhantes. Mas é importante ressaltar a insuficiência desse dado em inúmeras ocorrências e a divisão entre “apenas brancos” e “pelo menos um negro”, o que impossibilitou a comparação direta entre “brancos” e “negros”.

Mesmo assim, é possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior.

A necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas.

A ausência dessa previsão expressa no §2º do artigo 28 da Lei de

RE 635659 / SP

Drogas, conforme demonstrou esse importante estudo, gerou uma previsão empírica por parte das autoridades policiais, posteriormente referendada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, com medianas diferentes em virtude de critérios de grau de instrução, idade e cor da pele, sem qualquer razoabilidade.

A própria fixação da quantidade deve levar em conta um ponto de equilíbrio entre inverter o ônus da prova (o usuário precisar comprovar que não é traficante) e evitar a impunidade (o traficante adequar-se à quantidade para não ser preso em flagrante).

O estudo da Associação brasileira de Jurimetria, no item 3.3.1 – apontando critérios de isonomia e razoabilidade – indaga “quantos reexames de crimes de tráfico equivalem a uma inversão de ônus contra um usuário?” (p. 41), ou seja, qual seria a quantidade razoável de drogas que protegesse o usuário de ser tratado como traficante, sem garantir maior impunidade ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Logicamente, essa definição é extremamente dificultosa, pois há quantidades limítrofes em cada uma das drogas analisadas (tabelas 3.3 e 3.4, p. 42).

Com base nos dados analisados, o estudo entende que no caso da “maconha”, o critério da isonomia indicaria algo em torno de 7 gramas como o limite do usuário e 10 gramas pelo critério da razoabilidade, enquanto no caso da cocaína, algo em torno de 5 gramas pelo critério da isonomia e 6 gramas pela razoabilidade. Por essas quantidades, segundo o estudo, haveria um equilíbrio entre o “risco de inversão do ônus da prova” e o “risco de impunidade”.

Se porém, o critério for assegurar ao usuário um menor risco de inversão do ônus da prova, ou seja, evitar que seja considerado traficante e tenha que provar o contrário em juízo – mesmo que isso acarrete uma maior impunidade, levando-se em conta somente o critério da quantidade de droga apreendida, a definição de tráfico ocorreria somente se o portador estivesse acima de 25,99 de maconha ou 12,07 gramas de cocaína.

RE 635659 / SP

Se levarmos em conta as medianas características do homem branco, maior de 30 anos e com nível superior, poderíamos chegar a aproximadamente a 60 gramas.

Em relação a maconha, uma das faixas da quantidade apurada assemelha-se àquela definida pela legislação portuguesa e adotada no voto do eminente Ministro ROBERTO BARROSO.

Trata-se, portanto, de uma opção na fixação de um critério objetivo.

Porém, a fixação da quantidade de droga apreendida não deve ser um critério único, exclusivo e final, mas sim um critério que estabeleça uma presunção relativa entre a tipificação de tráfico ou o reconhecimento de porte para uso próprio; havendo, portanto, necessidade de fixação de outros critérios complementares para a efetiva tipificação, tais como, forma como o entorpecente estava acondicionado, diversidade de entorpecentes, apreensões de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda – uma vez que a entrega “delivery” é uma dos grandes instrumentos do tráfico de drogas; locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico ou na constatação do porte para uso próprio.

Dessa maneira, no intuito de garantir-se a aplicação isonômica da lei de drogas, em absoluto respeito ao Princípio da Igualdade consagrado na Constituição Federal, de maneira a diminuir a excessiva discricionariedade das autoridades públicas e evitar as distorções apresentadas – a título de exemplo – entre apreensões em diferentes localidades (Capital ou Interior de São Paulo), diversas delegacias do mesmo Município, ou ainda, em virtude de critérios de grau de instrução, idade ou cor da pele, a quantidade de droga apreendida seria um critério inicial de tipificação do crime de tráfico de drogas, uma presunção relativa diferenciadora entre o traficante e o usuário.

Haveria uma presunção relativa de tráfico de drogas quando a quantidade de maconha fosse superior a faixa que poderia ser de 25,0 a 60 gramas, como hoje já ocorre no caso do homem branco, maior de 30 anos e com nível superior completo. Da mesma maneira, haveria essa

RE 635659 / SP

mesma presunção relativa de porte para uso próprio quando a quantidade apreendida fosse inferior à essa.

Porém, a autoridade policial e seus agentes não estariam impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas caso a quantidade de maconha fosse inferior à faixa que poderia ser de 25,0 a 60 gramas, desde que, de maneira fundamentada comprovassem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, como a já citada forma como o entorpecente estava acondicionado, diversidade de entorpecentes, apreensões de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega “delivery”); locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico ou na constatação do porte para uso próprio.

Em ambos os casos, quantidade de maconha superior a faixa de 25,0 a 60 gramas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior (“risco de inversão do ônus da prova”) ou quantidade inferior, porém comprovação de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes (“risco de impunidade”), obrigatoriamente, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal por tráfico de entorpecentes, garantindo-se ao suspeito a possibilidade de afastar a “presunção relativa” decorrente da quantidade de entorpecente apreendido.

Dessa maneira, fixo a seguinte TESE:

1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, a substância entorpecente “maconha”, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em

RE 635659 / SP

depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior gramas de maconha ou seis plantas fêmeas;

3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes;
4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores a fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionado, a diversidade de entorpecentes, a apreensões de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega “delivery”); locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico;
5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores a faixa de 25,0 a 60 gramas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior gramas ou seis plantas fêmeas, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário.

CASO CONCRETO:

RE 635659 / SP

Quanto ao caso concreto sob julgamento, anoto que o Recurso Extraordinário foi interposto contra acórdão proferido pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema-SP que, ao negar provimento ao recurso, manteve decisão de 1º grau que afastara a tese declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Na origem, a situação fática tratava de acusado, FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, que cumpria pena em regime fechado e, após fiscalização da administração penitenciária que identificou a posse de droga, admitiu ser dono de três gramas de maconha, encontrados por agentes penitenciários.

Pelo Ofício 3844/2009/SIND-VSRJ do Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP foi comunicado à autoridade policial que *“durante procedimento praxe de Revista Blitz realizado nas dependências desta unidade prisional, vieram a lograr êxito ao encontrar no interior da cela 03 do raio 21, 1 (um) invólucro de substância aparentemente entorpecente de cor esverdeada em posse do detento FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA Matrícula N.º: 281.048-9”*. O Laudo de Constatação, acompanhado do exame toxicológico, atestou que se tratava de 3 gramas de maconha.

Em razão desse fato, o Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou denúncia em desfavor do acusado, apontando-o como incurso no art. 28 da Lei 13.343/2006 (fls. 59-61).

Em juízo, o Réu declarou (Termo de Interrogatório de fls. 86) *“...que foi feita uma revista de rotina na unidade na qual se encontrava e foi o interrogando quem acompanhou os policiais que acabaram encontrando uma certa quantidade de maconha num marmitex. Como nenhum dos 33 detentos se manifestou quanto à propriedade da droga, ela ficou sob sua responsabilidade, dizendo que não é viciado e nem usuário de nenhum entorpecente, já tendo sido pesado por outros crimes, nada tendo contra o rol acusatório e até ser preso trabalhava como motorista autônomo”*. Esse relato foi contraditado pelo depoimento dos agentes penitenciários, que afirmaram que o Réu assumiu a propriedade da droga encontrada sem qualquer constrangimento

A sentença proferida em audiência pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Diadema condenou o acusado pelo crime imputado, entendendo estar demonstrada a autoria *“pela confissão extrajudicial do réu, corroborada pelos*

RE 635659 / SP

depoimentos dos dois policiais, e diante da ausência de qualquer outra prova a indicar que o entorpecente pertencesse a outro detento". A reprimenda foi estabelecida nos seguintes termos:

Uma vez demonstradas autoria e materialidade, e afastadas as teses defensivas, passo à fixação da pena, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 da Lei Penal. O réu possui antecedentes criminais (fls. 43). Sua culpabilidade é de leve intensidade. Sua conduta social deve ser tida por consoante a moral média, ante a ausência de prova contrária. Atenta, ainda, aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, fixo a pena-base em 01 mês e 15 dias de prestação de serviços à comunidade, já que a advertência é muito pouco diante da personalidade do réu e nesta Comarca, infelizmente, ainda não existe programa ou curso educativo para que ele compareça, além de não se poder acolher tese Defensiva no sentido de que em virtude do acusado estar condenado a alguns anos de prisão, isso ser suficiente, já que as condenações se acumulam, e não se compensam. Por isso, diante da reincidência comprovada às fls. 39, aumento a reprimenda, totalizando 02 meses de prestação de serviços à comunidade. Não há circunstâncias atenuantes a serem consideradas, e nem há causas de aumento ou diminuição de pena. O réu poderá apelar em liberdade, porque solto durante a instrução criminal, e diante do princípio da inocência. Posto isso, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, contra o réu FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, qualificado à fls. 02, como incurso no art. 28, caput, da Lei nº 11343/2006 e o faço para condená-lo à pena de 02 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades serão fixadas pelo Juízo da Execução, em conformidade com as vagas existentes.

RE 635659 / SP

Interposto recurso de apelação (fls. 110-117), fundada na tese de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, o mesmo, como já mencionado, foi desprovido pela Turma Julgadora o Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema (fls. 140-142), mantida incólume a condenação, e, contra esse acórdão, foi interposto o Recurso Extraordinário em julgamento.

Conforme apresenta o laudo de constatação, com o recorrente foi encontrado um invólucro contendo 3 gramas de maconha e diante das circunstâncias e local da apreensão, bem como da quantidade apreendida, fica caracterizado que a droga se destinava ao consumo pessoal do recorrente, razão pela qual, acompanho o Ministro Relator para, no caso concreto absolvê-lo da conduta que lhe foi imputada.

Diante de todo o exposto, acompanho o eminente relator, e DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente e determino sua ABSOLVIÇÃO.

02/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, como já tive a oportunidade de adiantar, considero as contribuições trazidas pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes de maior valor. Acho que adensaram e contribuíram para a verticalização, para o fundamento deste debate.

Esses dados, de alguma forma, confirmam um pouco aquilo que intuíamos. Até partíamos dessa premissa, mas, agora, com dados bastante concretos, mostrando, inclusive, esse quadro de descriminalização.

Também interessa-me buscar um consenso em relação à questão sobre se vamos caminhar para a ideia da descriminalização de drogas em geral ou só da maconha, como já tinha sido divisado nos votos do Ministro Barroso e do Ministro Fachin. Acho que é uma questão relevante.

Claro que, em meu voto, está contida essa possibilidade, mas, exatamente, por conta da repercussão geral, entendi que era o caso de trazermos uma consideração sobre outras drogas, inspirado até mesmo na experiência bem-sucedida do sistema português, e também sabedor de que, no momento em que encerrarmos este debate, considerando a evolução dos votos até aqui proferidos, se decidirmos que se trata de circunscrever à maconha, certamente virá, imediatamente, uma repergunta a propósito de outras drogas. Vimos, inclusive, no levantamento trazido pelo Ministro Alexandre, que, embora a maconha seja líder no que diz respeito ao uso, a cocaína vem logo em seguida e, hoje, há todos esses desdobramentos, que são, inclusive, de índole extremamente trágica, a questão do *crack*, que causa maiores danos físicos e mentais.

Desse modo, se os Colegas tolerassem e permitissem, e Vossa Excelência também, Presidente, eu indicaria adiamento, um pouco para perfilhar, anotar um pouco essas diferenças, de modo a tentar fazer um alinhamento. Sei que Vossa Excelência tem a preocupação, inclusive, de

RE 635659 / SP

votar neste caso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Prometo que, talvez na próxima semana ou na outra, eu já possa trazer o voto, em uma tentativa de fazer um *per curiam* espírita pelo menos entre aqueles que têm um consenso básico em relação à matéria, mas traria logo. Eu já tentarei liberar para a próxima semana, se for possível.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Certo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, permite-me só um breve comentário?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Primeiro, para elogiar o trabalho imenso realizado pelo Ministro Alexandre, que, com uma pesquisa empírica muito relevante, confirmou o que achávamos por intuição. Considero isso muito importante.

Uma segunda observação feita pelo Ministro Alexandre, que, às vezes, é pouco compreendida, é que a despenalização foi feita pelo Congresso Nacional. Às vezes, há uma percepção equivocada de que estamos inovando, quando, na verdade, estamos ajustando detalhes. Essa foi uma decisão política tomada, há muitos anos, pelo Congresso Nacional.

Em terceiro, enfatizo, na linha de concordância, a importância dada à fixação de um quantitativo de drogas ou de uma faixa que permita uma distinção não discriminatória entre usuário e traficante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso é importante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Penso que esses três pontos são muito importantes e acho muito oportuno o pedido de adiamento do Ministro Gilmar, porque isso talvez permita a construção de uma posição *per curiam*, coletiva, nos nossos consensos.

Muito obrigado!

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, Vossa Excelência me permite?

RE 635659 / SP

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Pois, não, Ministro Luiz Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigado, Presidente!

Serei breve, mas não poderia deixar de enaltecer a iniciativa que o eminente Ministro-Relator, o Ministro Gilmar Mendes, traduz neste Colegiado, que é avançarmos para a construção de julgamentos na modalidade *per curiam* - na medida do possível, obviamente, respeitadas todas as dissonâncias, que, aliás, legitimam o Colegiado e dele são próprias. Não há óbice, pelo contrário, se recomenda esse diálogo, que permita verificar, precisamente, o alcance das consonâncias e das próprias dissonâncias. Nós já temos dialogado sobre isso em alguns casos, inclusive na Segunda Turma, e agora se apresenta uma hipótese em que, quiçá, cheguemos a um bom termo, em que essa ordem de reflexões venha a se materializar.

Portanto, queria louvar a iniciativa do Relator e creio que contará com a aquiescência de Vossa Excelência. A minha, obviamente, é integral, com aplausos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Alguma outra manifestação dos eminentes Pares? Não?

Eu, da mesma forma, como já foi aqui colocado, entendo absolutamente pertinente, extremamente louvável, essa ponderação sua, Ministro Gilmar Mendes, no sentido de adiarmos, em uma tentativa, inclusive, de uma solução *per curiam*. Aliás, já temos dado muitos passos nessa linha e já conseguimos, em um ou outro processo, a partir do debate, construir uma solução coletiva, colegiada, como, a meu juízo, impõe-se e justifica-se. Para isso é que estamos em colegiado.

Publicado sem revisão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (25350/DF, 163657/SP) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA (33073/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA (125605/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER (17120/GO)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE (3803-D/RJ, 003803D/RJ)

AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI, 248102/RJ)

AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA (43056/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) (SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA (19772/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO (129630/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO (58271/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI (0320762/SP)
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGERIO MAIA GARCIA (56255/RS) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (015682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (46056/DF, 456898/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o

Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.09.2015.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, no caso concreto, acompanhava o Ministro Gilmar Mendes (Relator) e dava provimento ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente, determinando sua absolvição, e, quanto à tese (tema 506 da repercussão geral), divergia parcialmente do Relator, propondo-a nos seguintes termos: "1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas,

dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior; 3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes; 4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega `delivery`), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico; 5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores à faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário", o julgamento foi adiado por indicação do Ministro Gilmar Mendes (Relator). Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.8.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Desde logo, antecipando um pouco as minhas considerações, Presidente, eu digo que também aceito a proposta de restrição da tese da repercussão geral ao objeto tratado nos autos do recurso extraordinário, tendo em vista esse espírito de produção *per curiam*, para que, eventualmente, nos limitemos a essa questão da *cannabis sativa*, que é o objeto deste recurso extraordinário, embora eu saiba que, eventualmente, podemos estar colocando o tema pela porta ou pela janela e ele possa voltar por outra variante. É um tema que, certamente, será discutido, mas, até diante mesmo do minimalismo e da necessidade, talvez, dessa cooperação para a definição de quantidade de drogas, tendo em vista a sua diversidade, eu dou essa abertura.

Também, Presidente, rapidamente, eu entendo que é fundamental que se faça essa diferenciação - e esse foi o debate enfaticamente trazido agora pelo Ministro Alexandre de Moraes -, que se busquem parâmetros objetivos para a distinção entre usuário e traficante. E claro, também aqui, nós temos perplexidades.

O Ministro Fachin trouxe a ideia de confiar a uma entidade de poder regulatório da saúde a fixação de quantidade, mas nós temos muitos processos em andamento, nós temos os impactos todos os dias dessas questões. De modo que eu tenderia a adotar a proposta do Ministro Barroso de até 25g ou seis plantas fêmeas, ou a proposta do Ministro Alexandre de Moraes, desde que a gente pudesse ter esse consenso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, se me permite, eu coloquei essa variação de 25 a 60, porque, como Vossa Excelência bem lembrou hoje, em relação ao negro, jovem, analfabeto, com 25 já seria tráfico, em relação ao branco, com mais de 30 anos, com curso superior, só 60 seria tráfico - 59,5.

RE 635659 / SP

Então, acho que se a própria polícia considera que só acima de 59 para brancos - a polícia e a Justiça, é importante sempre colocar isso - porque isso foi sendo criado pela polícia, Ministério Público e Justiça.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - O aparato judicial como um todo, não é?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Então, eu ficaria com 60g.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar e presentes, se me permitem? Na sessão, quando começamos o julgamento, a proposta do meu voto era 100g.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sem nenhuma?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Cem com "c". E a minha ideia era basicamente que com isso nós eliminaríamos as reiteradas prisões de réus primários e de bons antecedentes nas comunidades carentes brasileiras, que eu considero uma péssima política de combate às drogas.

Na ocasião, o Ministro Celso de Mello - esse um órgão colegiado, portanto a gente tenta construir soluções conjuntamente - disse que acompanharia, se nós propuséssemos o modelo de Portugal, que era 25g, e, portanto, tentando buscar essa maioria pelo menos, eu propus 25g, mas para nós enfrentarmos o problema realmente do hiperencarceramento de jovens, eu acho que a gente precisa aumentar em relação aos 25g.

A minha visão, Presidente - e, Ministro Gilmar Mendes, me permita só um breve comentário -, eu acho, e tenho certeza de que todos nós aqui achamos, que as drogas ilícitas são uma coisa ruim e que nós devemos trabalhar para evitar o consumo de drogas. Para deixar claro que a posição do Supremo Tribunal Federal, ao tentar encontrar um caminho

RE 635659 / SP

para lidar com esse problema, não é de apoio ao consumo de drogas, pelo contrário. Nós estamos pensando a melhor forma de enfrentar. Para quem acha que deve legalizar, há um caminho, mas não é disso que nós estamos falando, e para quem acha que é importante reprimir, há outro caminho, que, certamente, não é o de prender menino pobre de periferia.

O caminho seria, acho que estamos todos de acordo, monitorar grandes carregamentos, seguir o dinheiro e policiar a fronteira. De modo que o que nós fazemos não funciona. Então, Ministro Gilmar, eu estaria disposto certamente a elevar os 25g que eu havia proposto como uma possibilidade de consenso ou de maioria.

Eu continuo achando que 100 resolve o nosso problema. Qual é o problema que eu quero resolver? Hiperencarceramento de jovens primários, esse é o problema que eu quero resolver. De modo que eu elevaria para 100g, mas se o consenso se formar em torno de 60, 60 é mais do que 25 e certamente é mais do que zero.

Mas uma preocupação que eu queria dizer por respeito e consideração ao Congresso Nacional: esse é um tema delicado em todo o mundo. E, em muitas partes do mundo, e não só no Brasil, isso acaba sendo decidido no Judiciário. E por que é decidido no Judiciário? Por que os *habeas corpus* desses meninos presos chegam aqui. E nós temos que ter um critério para saber. De modo que não há aqui mínima invasão da esfera legislativa, da esfera de competência do Congresso, porque quem prende são os juízes, e quem julgam os recursos e os *habeas corpus* somos nós. Mas a verdade é que, na África do Sul, na Argentina, na Colômbia, em diversos países, foi o Judiciário que fixou esse critério.

Muito obrigado, Ministro Gilmar. Então, é só para dizer que eu me disponho a elevar a até 100g. Contudo, aí podemos tentar construir um consenso depois que os demais Colegas votarem.

Obrigado!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permite-me, Ministro Gilmar?

A questão da gramatura sempre é complicada. Por isso é que me

RE 635659 / SP

parece que, se fixarmos um critério que já é fixado pela própria Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário para determinada camada da sociedade, ou seja, 59,5g, nós estaríamos um critério já realizado, eu não diria em alguns, é em milhares de boletins de ocorrência.

Por isso, essa proposta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Os 100g não são um critério aleatório, é o que se pratica na Espanha, e dizem que com sucesso. Contudo, esse não será o ponto da nossa divergência, vamos construir um consenso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu só queria fazer um aparte. A lei estabelece alguns critérios que vão nortear o nosso julgamento.

"Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente."

Isso nos auxilia sobremodo. Contudo, realmente, aqui o legislador deixou em aberto uma matéria em que eu não tenho *expertise* nenhuma.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fux, se permite, acho que é importante também colocarmos isso, porque vem sempre aquela ideia e aquela crítica do traficante "formiguinha".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – É.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - No meu voto, eu deixo bem claro que essa diferenciação em relação a analfabetos, jovens, negros, brancos, mais de 30 anos e curso superior se dá, entre 25 e 59, nas mesmas condições em que a única, a única prova do tráfico é a quantidade de droga.

Obviamente, se alguém estiver com 10g, com revólver na cintura, vendendo, com dinheiro, isso é tráfico. Agora, quando só o peso estiver

RE 635659 / SP

em jogo, aí fica uma subjetividade muito grande.

Então, por isso, evitar exatamente essa subjetividade para o sistema penal. Por quê? Lá, por exemplo, aqui um *bunker* de droga, então, o traficante, na hora, vai pega 15g, é pego bem na hora que está vendendo. Aí há outras questões: balança, *delivery* - eu até citei no meu voto. Hoje, nas grandes capitais, igual há iFood, há aplicativo *delivery* de entrega de drogas. Aí claramente é tráfico independentemente do peso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Uma pergunta que eu faria: qual foi a última vez que nós ouvimos falar que um grande barão das drogas foi preso? Só vejo menino pobre preso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Bom, na Primeira Turma, nós tivemos uma experiência ruim, que pegávamos - não sabíamos nem como é que entrava - 1 tonelada de cocaína, 1 tonelada de maconha. E nós ficávamos perplexos com aqueles *habeas corpus*. Por onde é que entrava aquilo tudo?

Acho que basicamente tivéssemos uma experiência de não punir pequenos...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Nós já tivemos casos, na Primeira Turma, de 600 kg de pasta de cocaína, que dá para vender, no mundo, em torno de 3 toneladas. No Brasil, com uma "misturinha" aqui e tal, chega a até 5 toneladas. Aí são grandes traficantes. Porém, o Ministro Roberto Barroso tem razão, para cada um desses são milhares de jovens.

O combate ao tráfico se dá com a inteligência, utilização de inteligência e principalmente nas fronteiras, para evitar que entre. O Brasil não é produtor de cocaína. Peru e Colômbia. O Brasil tem um pouco de produção de maconha no Nordeste, mas a grande produção vem do Paraguai.

Então, com essa decisão, nós vamos estar auxiliando a polícia a poder focar no que realmente interessa, até porque hoje o tráfico de

RE 635659 / SP

entorpecentes está ligado ao tráfico de armas e ao aumento do número de homicídios em todos os estados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) -
Obrigado pelas contribuições, Ministro Barroso, Ministro Fux, Ministro Alexandre.

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Peço desculpas por essa intervenção, Presidente, mas achava que era necessário, tendo em vista já o tempo passado em relação ao meu pronunciamento lá em 2015.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Foi importantíssima essa manifestação de Vossa Excelência, até porque já dá um passo para uma solução *per curiam*, já fazendo uma adequação. Confesso a Vossa Excelência que gostava mais da outra tese, mas também acho que todos nós temos que caminhar para um consenso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Gostava mais de qual tese, Presidente?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Do voto original do Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu deixei claro no meu voto que o caso concreto que motivou o recurso extraordinário envolve maconha. Por isso que eu restringi à maconha, embora a lógica seja a mesma.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Mesma *ratio*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Como é um assunto muito delicado, pareceu-me que andar devagar, mas consistentemente, seria melhor do que ousarmos talvez além do que a sociedade pudesse compreender. Mas eu concordo com o Ministro

RE 635659 / SP

Gilmar e com Vossa Excelência que a lógica é a mesma. Apenas nós estamos dosando para avançarmos com a velocidade possível.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, Ministro Alexandre, deixou tão claro no voto que proferiu que a despenalização foi feita pelo Congresso Nacional em 2016. O que aqui se coloca é a descriminalização, ou seja, que se afastem as consequências penais e eventualmente permaneçam as sanções administrativas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato, Presidente. É essa a observação que eu acho que nós temos sempre que reiterar, porque há uma versão de que o Supremo Tribunal Federal vai descriminalizar a maconha.

Na verdade, isso foi uma opção do Congresso Nacional, uma opção legítima, o Congresso Nacional legislando. E essa opção foi para flexibilizar e não punir criminalmente com sanção privativa de liberdade o usuário, mas acabou resultando num grande prejuízo para o usuário, porque houve uma reação do sistema policial e judicial, que antes tratava determinada conduta como uso porque a sanção era menor; sem a sanção penal, passou a tratar como tráfico. Então, o que estamos aqui definindo é exatamente o que é o uso em determinadas circunstâncias e o que é o tráfico, independentemente se a pessoa é negra ou branca, se é homem ou mulher, se é analfabeto ou tem curso superior, se é jovem ou não tão jovem.

Acho que isso precisa ficar muito claro para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma opção legítima do Congresso, está tentando evitar que haja um tratamento, na prática, desigual em virtude de situação econômica, cultural, racial.

Obrigado, Presidente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E eu só queria mesmo registrar, Presidente, que não faz muito tempo o Ministro Alexandre e eu tivemos uma conversa com o Presidente do Congresso,

RE 635659 / SP

Rodrigo Pacheco, que como todos sabem é um fraterno amigo do Poder Judiciário, tem uma relação muito forte.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - E da área jurídica também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E da área jurídica como um todo, e que estava preocupado com essa suposta invasão de competências do Legislativo. Nós procuramos demonstrar que, ao contrário, estávamos tentando atualizar o sentido da própria norma de 2006.

Conversa semelhante eu tive também com o Presidente da Câmara, o Presidente Lira, e chamei a atenção exatamente para esse propósito e para a distorção, que fica muito clara no voto do Ministro Alexandre de Moraes. É aquela proposta do evangelho, querendo fazer o bem e acaba se fazendo o mal. E, aqui, produziu-se uma distorção, que aprofunda inclusive esse nosso quadro de desigualdade.

Anteontem, salvo engano, eu recebi, no meu gabinete, pessoas que representam as comunidades negras, apresentando essa trágica realidade brasileira da "bala perdida", que ceifa a vida de tantas crianças. Já discutimos até na ADPF da relatoria de Vossa Excelência, objeto de tanta preocupação. E também aqui há esse tratamento discriminatório, exatamente com essas pessoas que vivem e sofrem nessas comunidades.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Na verdade, Ministro Gilmar, como Vossa Excelência mesmo pontuou no voto, a própria teleologia da Lei de Drogas era resolver o problema da dependência química, via saúde pública, justamente para conscientizar contra os efeitos deletérios, mas manteve a criminalização.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Esse é o enfoque do voto. Um dos grandes vetores tem que ser a questão de profilaxia de saúde pública.

RE 635659 / SP

Publicado sem revisão.

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Senhora Presidente, eminentes Pares, examinei atentamente os elementos que constam dos autos e fiz uma detida reflexão quanto aos fundamentos constantes dos relevantes votos proferidos pelos eminentes Ministros que me antecederam.

Tenho também acompanhado os debates nos mais diversos países sobre a temática da criminalização ou descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. Há inúmeros elementos disponíveis no plano global, evidenciando que a questão é sobremaneira complexa e exige bastante cautela.

Realizei um exame verticalizado sobre esse cenário e trago aqui, em prol do debate profícuo e da valiosa experiência que tivemos no julgamento “dos juízes das garantias”, uma síntese da minha compreensão sobre o tema, com abertura, sempre, para rever esses posicionamentos ao longo do julgamento.

Adianto que, neste momento, minha compreensão é de que, de um lado, *(i)* o sistema judicial criminal, fundado na cultura da persecução penal, como transformador de uma lei benéfica ao usuário em norma prejudicial, nas exatas palavras do eminente Ministro Alexandre Moraes, é falho e vem permitindo um encarceramento massivo e indevido, sobretudo de pessoas vulneráveis. **De outro lado, *(ii)* a declaração de**

RE 635659 / SP

inconstitucionalidade do art. 28, da Lei 11.343/2006, com o máximo respeito, poderia até agravar o problema (a) ao retirar do mundo jurídico os únicos parâmetros normativos existentes para diferenciar o usuário do traficante e, ainda, (b) ao descriminalizar o porte para o uso de drogas sem disciplinar a origem e a comercialização das drogas que poderão ser consumidas.

Exponho com mais vagar.

O Congresso Nacional, ao editar a Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), optou por abrandar as sanções cominadas ao simples usuário, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente penas de (i) advertência, (ii) de prestação de serviço à comunidade e (iii) de medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Pouco mais de um ano após a edição da referida lei, mais precisamente em 13 de dezembro de 2007, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de manifestar-se sobre o tema em debate.

Naquela ocasião, ao julgar a Questão de Ordem no RE 430.105 QO/RJ, da relatoria do saudoso ministro do Sepúlveda Pertence, a Primeira Turma assentou que o art. 28, da Lei 11.343/2006, **não resultou em *abolitio criminis***, vale dizer, **não houve descriminalização** das condutas ali previstas.

Concluiu-se, naquele momento, que teria havido uma **despenalização** da conduta descrita no dispositivo impugnado, entendida como uma exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. No ponto exato, a ementa desse acórdão indica o seguinte:

(...) 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo rigor técnico,

RE 635659 / SP

que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado Dos Crimes e das Penas, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

(...)

6. Ocorrência, pois, de despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). (...) (grifei).

O referido julgado constituiu-se no *leading case* de posteriores decisões de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal Federal, à exemplo do HC 148.484 AgR/SP, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma em 24/4/2019; e do HC 178.521 AgR/RJ, da Relatoria do Ministro Luiz Fux, analisado pela Primeira Turma em 2/4/2020.

Ou seja, desde então, a orientação jurisprudencial adotada por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que houve uma **despenalização, e não descriminalização**, da conduta descrita no dispositivo impugnado, entendida como uma exclusão das penas privativas de liberdade para o tipo.

É evidente que essa despenalização da conduta não teve o condão de solucionar ou de melhorar o problema das drogas no país.

Como exposto no substancioso voto proferido pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, há graves discrepâncias na aplicação judicial e extrajudicial do art. 28, da Lei 11.343/2006.

Pessoas pobres, negras, de baixa escolarização, em regra, deixam de receber do sistema de justiça o benefício da despenalização prevista na legislação e referendada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Esses cidadãos (e jurisdicionados) estão sendo

RE 635659 / SP

encarcerados em massa; e o encarceramento indevido serve, muitas vezes, como porta de entrada para organizações e facções criminosas ligadas às drogas.

Diante desse cenário, o que fazer?

A mera descriminalização do porte de drogas para consumo, na minha visão, apresenta problemas jurídicos e ainda pode agravar a situação que enfrentamos nessa problemática do combate às drogas, que é dever constitucional, nos termos do art. 144, II, da Constituição da República.

Não tenho dúvida de que os usuários de drogas são vítimas do tráfico e das organizações criminosas ligadas à exploração ilícita dessas substâncias. Mas, se o Estado tem o dever de zelar pela saúde de todos, tal como previsto no art. 196, da Constituição da República, a descriminalização, ainda que parcial, das drogas poderá contribuir ainda mais para o agravamento desse problema de saúde pública. **A *ratio legis* do art. 28 é justamente a de reduzir esses danos.**

A lógica é que, com a descriminalização, o consumo de drogas aumente ainda mais – afora o fato de que a aquisição das substâncias junto a fornecedores ilegais, muitas vezes ligados a grupos ou facções criminosas, pode colocar em risco a própria vida do usuário.

De outro lado, faz-se importante e necessário sobrelevar o disposto no art. 3º, item 2, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, internalizada no Brasil pelo Decreto 154, de 26/6/91, que estabelece que **cada país “[...] adotará medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, aquisição ou cultivo intencionais de entorpecente ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal [...]”** (grifei).

RE 635659 / SP

Embora esse compromisso internacional, de manter a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal, não seja absoluto, pelos dados que disponho, noto que os países que optaram pela descriminalização do uso de drogas editaram leis específicas para disciplinar conjuntamente a forma de aquisição de tais substâncias. Muitos deles, aliás, estão enfrentando um claro questionamento público. Como por exemplo, nos Estados Unidos, especificamente no Estado da Califórnia.

No Brasil, Comissão de Juristas, capitaneada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, que trabalhou na modernização da Lei de Entorpecentes e do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, entregou ao Presidente da Câmara dos Deputados, em 2019, anteprojeto de lei que estabelece critérios objetivos para separar o usuário do traficante. **Na oportunidade, o relator da proposta, Desembargador Federal Ney Bello, esclareceu que a medida não contempla a liberação, apenas descriminaliza o uso pessoal de uma quantidade “de até dez doses”, mas “sem a legalização e legitimação da venda, do comércio e da produção”. Acrescentou, ainda, que, a depender da substância ilícita, cada dose terá um valor específico, a ser definido pela Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa).**

Por outro lado, a clara necessidade de que precisamos evoluir com a nossa legislação sobre drogas, na minha compreensão e pedindo vênias aos eminentes Pares que já votaram e entendem de modo diverso, não permite, ao menos neste momento, declarar a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei 11.343/2006.

Até porque, como já expus no começo do meu voto, esse dispositivo é o único a conter parâmetros relativamente objetivos para diferenciar na atualidade a situação do usuário e do traficante. O § 2º do art. 28 estabelece que “[para] **determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância**

RE 635659 / SP

apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Assim, ante o exposto, respeitando os entendimentos em sentido contrário, nego o provimento ao recurso extraordinário.

Em relação à fixação de uma tese jurídica neste recurso, proponho a seguinte redação:

É constitucional o art. 28, da Lei 11.343/2006. E, para além dos critérios estabelecidos no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/2006, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso –, para configuração de usuário, com a possibilidade de reclassificação para tráfico, mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas.

Esse é o meu voto, Senhora Presidente.

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VISTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Agradeço, Senhora Presidente! Meus cumprimentos a Vossa Excelência, aos eminentes Pares, ao Subprocurador-Geral da República, membros do Ministério Público Federal, advogados, advogadas, servidores e servidoras.

Como já apontado nos votos, em todos os votos proferidos, Senhora Presidente, a temática é bastante complexa. E como aberta também a divergência, neste momento, pelo Ministro Cristiano Zanin, e considerando, da minha parte, a necessidade de maior detenção sobre o assunto, inclusive análises tanto sob a perspectiva jurídica, quanto outros aspectos sociais considerados à luz dessa temática, conforme já havia antecipado, em diálogo anterior com Vossa Excelência, eu manifesto aqui o meu pedido de vista dos autos, para a análise do caso.

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER

(PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênua ao Ministro André Mendonça, mas por uma razão óbvia e de conhecimento notório, eu não vou cansar Vossas Excelências com a leitura do meu voto, mas vou antecipá-lo, sem prejuízo de juntada do voto escrito. Por óbvio, tenho certeza de que o Ministro André vai devolver ainda a tempo de retomarmos o julgamento. Se tiver condições, naturalmente.

E o interessante é que eu estava a acompanhar o voto do eminente Relator, entendendo que, embora o pedido esteja limitado à questão da maconha, a *ratio decidendi* seria a mesma, e o Tribunal, logo, logo, iria ter de se debruçar sobre a temática das demais drogas. Sem dúvida, um tema de enorme complexidade e interdisciplinar. E daí a beleza do Colegiado.

Hoje o Ministro Gilmar Mendes trouxe um voto reajustado, mas limitado às compreensões já externadas pelo Ministro Luiz Edson Fachin, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pelo Ministro

RE 635659 / SP

Alexandre de Moraes. E eu me convenci, ouvindo Sua Excelência e depois em conversa com os Ministros, de que, nessa temática talvez seja mais adequado mesmo ficarmos num exame mais minimalista e restrito ao pedido, ou seja, à maconha. Eu tenho sempre me pautado nesses julgamentos por observar a jurisprudência da Corte. Mas acho que aqui precisamos dar um passo à frente.

As visitas que eu tenho feito, na condição de Presidente também do CNJ, às unidades prisionais do país me mostraram, me escancaram uma realidade que eu conhecia em teoria, em tese, mas a simples visão muitas vezes, em algumas unidades prisionais, é a visão do inferno. No Rio Grande do Norte, há um local belíssimo onde está a nossa base de lançamento de foguetes, que se chama Barreira do Inferno. Depois que eu fiz a visita a duas unidades prisionais, eu voltei e comentei com o comandante da base que ali deveria ser a Barreira do Céu, porque a Barreira do Inferno eu tinha visto nas unidades prisionais.

As nossas prisões estão cheias de meninos e meninas geralmente negros, pardos, e a imensa maioria está lá em função do tráfico. Eu costumo conversar com eles, só lá no Rio Grande do Norte é que eu não entrei nas celas. As celas não foram abertas, porque realmente

RE 635659 / SP

era uma situação delicada com facções, enfim, mas conversei através da grade. E aqui também, quando eu estive na Colmeia e na Papuda, o que me chamou muita atenção foram as mulheres, mulheres e adolescentes, que, na verdade, ficam levando e transportando.

Então, eu penso que o Supremo Tribunal Federal pode, sim, ajudar nessa solução, sem prejuízo da atuação do Congresso. E aqui preciso repisar o que fez o voto, que eu tenho bem presente (porque foi ainda na semana passada), do Ministro Alexandre de Moraes quando registrou que, na verdade, quem despenalizou para o usuário foi o Congresso Nacional em 2006. Na verdade, mantém-se apenas a criminalização. Então, o Supremo daria um passo no sentido agora, sim, de descriminalizar quando se trata de uso próprio.

Por isso eu reajusto o meu voto, e tenho extensa fundamentação, mas de fato não vou cansar Vossas Excelências. Poderia quem sabe - não é tão grande assim - fazer apenas algum registro.

Publicado sem revisão.

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGERIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO

RE 635659 / SP

PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO
PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS
CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto por FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido, em sede de apelação criminal, pelo Colégio Recursal do Juizado Especial da comarca de Diadema/SP, por meio do qual mantida sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

2. Ao julgamento da apelação, o órgão judiciário *a quo* afastou a inconstitucionalidade arguida ao fundamento de que a proliferação de entorpecentes deve ser coibida pelo Poder Público e que o art. 28 da Lei 11.343/2006 não criminaliza a conduta de *usar*, de modo que não restringe a liberdade individual.

3. Na presente sede recursal, FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, representado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ora recorrente, aponta violação do art. 5º, X, da Constituição da República.

Afirma que o legislador ordinário, ao criminalizar a conduta de portar drogas para uso próprio, transgride o princípio da privacidade, pois somente se mostra legítima punir, na esfera penal, condutas que atinjam bens jurídicos de terceiros.

Na realidade, segundo sustenta, portar entorpecentes para uso pessoal consubstancia *exercício legítimo da autonomia privada*, a evidenciar que não se trata de tutela da saúde pública, mas unicamente da saúde pessoal do usuário, *seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado*.

4. O Plenário desta Suprema Corte deliberou pela existência de

RE 635659 / SP

matéria constitucional e pela repercussão geral do tema.

É o breve relato.

5. Acentuo, desde logo, que o legislador não está dispensado de observar o postulado da proporcionalidade que, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, se irradia por todo ordenamento jurídico. Assim, mostra-se possível a declaração de inconstitucionalidade de diplomas normativos com ele conflitantes, a evidenciar a imprescindibilidade de o Poder Legislativo, no regular exercício de suas atribuições, agir com fidelidade e estrito cumprimento aos seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sendo competência do Poder Judiciário aferir o adimplemento das obrigações dele decorrentes. Nesse sentido (ADI 247/RJ, Red. p/ acórdão Min. *Nelson Jobim*, Tribunal Pleno, j. 17.6.2002, DJ 26.3.2004; ADI 3.688/PE, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, Tribunal Pleno, j. 11.6.2007, DJ 24.8.2007; ADI 855/PR, Red. p/ acórdão Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, j. 06.3.2008, DJe 27.3.2009; ADI 4.125/TO, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 10.6.2010, DJe 15.02.2011, *v.g.*):

“TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE

– **As normas legais devem observar**, no processo de sua formulação, **critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade**, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade.

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS

– **A exigência de razoabilidade** – que visa a inibir e a

RE 635659 / SP

neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – **atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.**”

(ADI 2.667/DF, Rel. Min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, j. 05.10.2020, DJe 19.10.2020)

11. Destaco, de outro lado, que, a despeito de estarmos diante de crime de perigo abstrato, não considero tal circunstância, por si só, fator apto a levar à compreensão pela inconstitucionalidade, na linha da jurisprudência desta Casa (HC 102.087/MG, Red. p/ acórdão Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, j. 28.02.2012, DJe 21.8.2013, *v.g.*). Na realidade, a criminalização de condutas que acarretam perigo abstrato mostra-se medida consentânea com proteção de bens jurídicos coletivos:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresse, tendo em vista os bens e valores envolvidos. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando**

RE 635659 / SP

também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar,

RE 635659 / SP

remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. **A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.**

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA.”

(HC 104.410/RS, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, j. 06.3.2012, DJe 27.3.2012)

RE 635659 / SP

7. Antes de apreciar a questão relativa à compatibilidade do art. 28 da Lei de Drogas com a Constituição da República, necessário, na mesma linha do Ministro *Gilmar Mendes*, Relator, esclarecer alguns pontos que tenho como fundamentais.

A **despenalização** consubstancia afastar a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, o dispositivo legal em questão operou a despenalização, tendo em vista que não é possível a imposição de pena privativa de liberdade, no entanto, ao fixar diversas sanções de natureza penal, manteve a conduta de portar droga para consumo pessoal dentro da esfera **criminal**.

A **descriminalização** significa, por outro lado, remover as consequências de natureza criminal de determinada ação, sem que disso resulte, necessariamente, a **legalização** da conduta, sendo possível a adoção de medidas de cunho administrativo para sua coibição.

Em outras palavras, trazendo para o caso concreto, **a eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 não terá como consequência direta e imediata a liberação ou legalização do uso ou porte de drogas para uso pessoal no Brasil.**

8. A Lei de Drogas, sancionada em 23 de agosto de 2006, buscou – reforçada por suas alterações posteriores – reformular a forma como Estado lida com o usuário de entorpecentes. O Título III desse diploma normativo bem evidencia a opção do legislador de tratar o consumo de drogas como um problema de saúde pública a ser resolvido por meio de técnicas terapêuticas e prevenido por meio do sistema educacional, com a veiculação de campanhas de conscientização sobre os problemas decorrentes do uso de drogas, dentre outros (Lei 11.343/2006, art. 19-A).

Nesse sentido, as disposições iniciais de referido Título III elencam uma série de princípios e diretrizes a serem observados na atividade de prevenção ao consumo de entorpecentes, outras tantas obrigações no que diz com o tratamento, acolhimento e reinserção social e econômica de usuários e dependentes de drogas.

Prescreve o desenvolvimento de programas de atenção ao usuário e

RE 635659 / SP

ao dependente de drogas, bem como estabelece o atendimento e tratamento de tais cidadãos perante a rede pública de saúde, inclusive, com a possibilidade de internação voluntária (Lei 11.343/2006, art. 23-A, § 4º) e involuntária (Lei 11.343/2006, art. 23-A, § 5º).

Da mesma forma, fixa diretrizes para o atendimento de usuários e dependentes de drogas, por meio da qual uma equipe técnica multidisciplinar e multissetorial, formada, em especial, por profissionais da área da saúde, elabora um plano individual de atendimento (Lei 11.343/2006, art. 23-B).

Enfim, toda a teleologia que informa a Lei de Drogas tinha por objetivo resolver o problema da dependência química por meio da saúde pública e de programas educacionais e de conscientização quanto aos efeitos deletérios ocasionados pelos consumo de entorpecentes.

Contudo, de forma contraditória, a Lei 11.343/2006 manteve a criminalização da conduta de portar drogas para o consumo pessoal. Tal antagonismo não passou despercebido pelo Ministro *Gilmar Mendes*, Relator.

Consoante destacado pelo Relator em seu voto, o mero fato de a Lei de Drogas tipificar o porte de drogas para consumo pessoal **potencializa o estigma que recai sobre o usuário** e acaba por aniquilar os efeitos pretendidos pela própria lei no atendimento, tratamento e reinserção social e econômica dos usuários e dependentes de drogas.

Essa incongruência normativa alinhada à ausência de objetividade na distinção entre usuário e traficante, além de incrementar o estigma social sobre o usuário, fomenta a condenação de usuários como se traficantes fossem.

Exemplos não faltam:

- HC 176.422-AgR/SP, o paciente havia sido condenado, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei de Drogas. O paciente, no momento da abordagem policial, portava apenas 06g (seis gramas) de maconha. Nesta Suprema Corte, o Ministro Alexandre de

RE 635659 / SP

Moraes concedeu a ordem monocraticamente, posteriormente confirmada pela Primeira Turma (HC 176.422-AgR/SP, Rel. Min. *Alexandre de Moraes*, Primeira Turma, j. 20.11.2019, DJe 04.12.2019), para restabelecer a sentença de primeiro grau que havia condenado o paciente como incurso no art. 28 da Lei 11.343/2006.

- HC 203.688-AgR/MG, o paciente havia sido condenado, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. O paciente, no momento da diligência policial em sua casa, mantinha em depósito 97,35g (noventa e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de maconha. Neste Supremo Tribunal Federal, após o não conhecimento do *writ* pelo Ministro Nunes Marques, a Segunda Turma deu provimento ao agravo regimental (HC 203.688-AgR/MG, Red. p/ acórdão Min. *Edson Fachin*, Segunda Turma, j. 19.10.2021, DJe 17.12.2021), para restabelecer a sentença de primeiro grau que havia condenado o paciente como incurso no art. 28 da Lei 11.343/2006.

A distinção do contexto fático e quantidade de drogas apreendida nos casos acima citados demonstram a dificuldade do sistema criminal de identificar o usuário em contraposição com o traficante. O usuário acaba, indistintamente, enquadrado como traficante, ainda que aplicável a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

9. Todo esse cenário demonstra, no meu entendimento, não só a incongruência legal ao prescrever medidas a serem adotadas no âmbito do sistema de saúde e ao mesmo tempo criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal, como também a reduzida eficácia normativa da distinção entre usuários e traficantes, em razão da ausência de critérios objetivos que possibilitem a identificação efetiva dessa dessemelhança.

10. É bem verdade, como destacado pelo Ministro *Gilmar Mendes* em seu voto, que o art. 28 da Lei 11.343/2006 já foi objeto de apreciação, embora sob enfoque diverso, pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal ao julgamento do RE 430.105-QO/RJ, Rel. Min. *Sepúlveda*

RE 635659 / SP

Pertence, Primeira Turma, j. 13.02.2007, DJ 27.4.2007. Na oportunidade, em discussão a natureza jurídica do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas), tendo em vista o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-lei 3.914/1941) que estabelece configurar *crime* a infração penal cuja pena prescrita em lei seja de, no mínimo, detenção.

Naquela assentada, a Primeira Turma compreendeu que, a despeito da previsão contida no art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-lei 3.914/1941), o legislador optou por manter a criminalização da conduta de portar consigo entorpecentes para uso pessoal, apesar de tê-la despenalizado, *entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade*.

Quanto ao ponto vale acentuar que a Lei de Introdução do Código Penal, editada sob a égide da Constituição de 1937, conceitua como crime *a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa*. Seguindo tais termos, o art. 28 da Lei 11.343/2006 não poderia ser considerado crime, pois a lei não prescreve a pena de reclusão ou detenção, mas tão somente (i) advertência sobre os efeitos das drogas, (ii) prestação de serviços à comunidade, (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de recusa, (iv) admoestação verbal e (v) multa.

A interpretação adequada do ordenamento jurídico-positivo, entretanto, afasta essa conclusão. A Constituição de 1988 estabelece no art. 5º, XLVI que a lei pode fixar, **dentre outras**, as seguintes consequências pela condenação pela prática de crimes: (i) privação ou restrição da liberdade, (ii) perda de bens, (iii) multa, (iv) prestação social alternativa e (v) suspensão ou interdição de direitos. Ou seja, são múltiplas as decorrências possíveis pela prática de delitos, cabendo ao legislador infraconstitucional estipular, observadas as limitações contidas na Carta Política, as espécies de sanções penais e ao juiz aplicá-las ao caso concreto.

Há a considerar que a Lei de Drogas, além de editada em momento posterior à Lei de Introdução do Código Penal, consubstancia lei especial

RE 635659 / SP

que expressamente consignou a conduta de portar drogas para uso pessoal como crime. Aplicável, pois, na hipótese, os critérios clássicos de interpretação jurídica – *lex specialis derogat generali* e *lex posterior derogat priori* (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 94 e 97) – a evidenciar, uma vez, que o art. 28 da Lei 11.343/2006 encerra a tipificação de um delito.

Desse modo, de rigor reconhecer que o art. 28 da Lei de Drogas encerra a criminalização da conduta de portar entorpecentes para consumo pessoal e as consequência da condenação pela prática desse delito possuem, inequivocamente, natureza penal.

Assim, ressalto que, consoante asseverado no julgado *supra*, a condenação pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas seria circunstância apta a, nos termos do art. 63 do Código Penal, fazer incidir a agravante da reincidência.

11. Destaco, contudo, que o julgado acima não tem encontrado, no âmbito desta Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, ressonância unânime. A verdade é que os Tribunais Superiores, de modo geral, têm superado o entendimento acima explicitado e, em consequência, atenuado os efeitos penais secundários oriundos da condenação por porte de drogas para uso pessoal.

Exemplo dessa mitigação foi o quanto decidido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2018, ao exame do REsp 1.672.654/SP, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, j. 21.8.2018, DJe 30.8.2018. Na ocasião, alterada a jurisprudência prevalecente – que, até então, seguia o entendimento firmado no RE 430.105-QO/RJ –, para, à luz da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e do princípio da proporcionalidade, considerar que a condenação anterior pela prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal não poderia gerar o reconhecimento da agravante da reincidência. Posteriormente, a Quinta Turma acompanhou a mudança operada e a situação se consolidou no âmbito daquele Tribunal (HC 453.437/SP, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, j. 04.10.2018, DJe 15.10.2018, *v.g.*).

A Segunda Turma desta Casa, após a consolidação da jurisprudência

RE 635659 / SP

de ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, passou a adotar compreensão consentânea com referido abrandamento. Ao analisar o RHC 178.512-AgR/SP, Rel. Min. *Edson Fachin*, Segunda Turma, j. 22.3.2022, DJe 20.6.2022, por maioria, à compreensão de violado o princípio da proporcionalidade, a Turma manteve decisão monocrática do Relator por meio da qual concedida ordem de *habeas corpus*, para determinar, ao Juízo de primeiro grau, que se abstivesse de considerar a condenação anterior pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 como circunstância apta ao reconhecimento da reincidência.

Também eu, no âmbito do HC 148.353-TA/DF, endossando fundamentação idêntica, deferi medida liminar, para suspender a execução da pena do paciente até posterior julgamento de mérito daquele *writ* constitucional.

12. Haja vista que a condenação pela prática do crime de portar drogas para consumo pessoal não se mostra fator apto ao reconhecimento da reincidência, não há falar, igualmente, em sua utilização para valorar negativamente a circunstância judicial dos maus antecedentes (CP, art. 59, *caput*).

13. De modo similar, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 1.795.962/SP, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, j. 10.3.2020, DJe 26.3.2020, compreendeu, seguindo a *ratio decidendi* dos precedentes firmados por aquela Corte, que *é mais razoável que o fato de o recorrente estar sendo processado pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seja analisado como causa facultativa de revogação do benefício da suspensão condicional do processo, cabendo ao magistrado proceder nos termos do § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/2006 ou extinguir a punibilidade do recorrente (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995), a partir da análise do cumprimento das obrigações impostas.*

14. É possível concluir, portanto, que, embora topograficamente inscrito no Título III referente às atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e especificamente no Capítulo III atinente aos crimes e às penas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem mitigado, em parte, atenta a

RE 635659 / SP

teleologia que informa a Lei de Drogas e ao princípio da proporcionalidade, consequências penais que advêm da condenação pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, afastando, de forma incisiva, os efeitos secundários dela decorrentes.

Esse é o atual contexto normativo e jurisprudencial.

15. O art. 28 da Lei de Drogas consubstancia delito de perigo abstrato que visa, segundo sustentado por parcela da doutrina e da jurisprudência, a tutela da saúde pública, ou seja, o legislador teria partido do pressuposto de que a conduta de portar drogas para o consumo pessoal, por si só, acarreta dano potencial à saúde pública.

Com a devida vênia, compreendo que existe um equívoco bem claro nessa espécie de raciocínio. O porte de drogas para consumo pessoal não objetiva salvaguardar a saúde pública, mas, sim, tutelar a integridade pessoal do usuário. É que, consoante acentua Maria Lúcia Karam, existe uma incongruência lógica entre a destinação para uso pessoal e a ofensa à saúde pública, *pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal* (KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991, p. 126).

Entender em sentido diverso, a meu juízo, **significa transformar todo usuário de entorpecentes em potencial traficante e criminoso**, autorizando intelecção de que vigora entre nós o direito penal do autor. Nessa linha, Eugenio Raúl Zaffaroni¹ acentua:

“se argumenta que cualquier consumidor es un ‘traficante en potencia’, lo que resulta inexacto especialmente en los casos de drogas que no generan dependencia rígida y, en general, importa una presunción *juris et de jure* de ‘tipo de autor’, lo cual viola la legalidade y la igualdad ante la ley, entre otros

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en la América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p.27.

RE 635659 / SP

derechos, sin contar con que no todo tenedor es consumidor y con que el consumo forma parte de derecho de disposición sobre la propia persona, que no puede ser afectado, pues se trata de bien jurídico del propio consumidor.”

Em síntese: a mera conduta de trazer consigo entorpecentes para o consumo próprio, ao contrário do sustentado, não tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, pois, como visto, a saúde pública só estaria em risco potencial caso partíssemos da premissa – em absoluto aceitável – de que todo usuário (i) é um *traficante em potencial* e (ii) que cometerá delitos para satisfação de seu uso.

As considerações do presente tópico são de grande importância para o deslinde da presente controvérsia jurídico-constitucional. Podemos agora resumir a questão a saber se é legítima a criminalização de conduta que não implica lesão a bens jurídicos de terceiros.

16. A Constituição da República, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, sobre o direito à privacidade, garantiu uma esfera exclusiva para o livre desenvolvimento da personalidade. O processo de conhecimento, formação e expansão da personalidade pressupõe, necessariamente, autonomia para, de acordo com a consciência individual e singular de cada um, realizar as escolhas fundamentais para o desenvolvimento de sua vida (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 101).

É preciso reconhecer, portanto, que a autonomia privada, entendida como a capacidade das pessoas de se autodeterminarem, ou seja, a capacidade dos indivíduos de definirem as regras de regência de sua própria vida particular, consubstancia o núcleo essencial e inviolável do direito à liberdade.

A autonomia privada é, pois, a aptidão para tomar decisões, escolher os caminhos e direções da própria vida, adotar concepções ideológicas, filosóficas ou religiosas, enfim, definir, sob os mais diversos ângulos, as características básicas e individuais de cada um, bem como o itinerário a ser seguido, tudo segundo a consciência particular e única em busca do

RE 635659 / SP

consideram viver bem, sem a possibilidade de interferências indevidas por parte de terceiros (seja de particulares, seja do Estado).

Em linha semelhantes, o Ministro *Luís Roberto Barroso*², em âmbito doutrinário destaca:

“(...) A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a *razão* (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a *independência* (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a *escolha* (a existência real de alternativas). (...) Desse modo, ao contrário da autonomia moral, **a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial.** A liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. **Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas,** como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras.”

Do reconhecimento da autonomia privada advém, umbilicalmente, a admissão de que o ser humano é capaz, por si só, de tomar decisões a respeito dos aspectos particulares e essenciais de sua vida e de segui-las, **desde que não transgrida o direito de outros**, de modo a cada um controlar, na medida do possível, seu próprio destino, sendo, portanto, escritores, produtores, diretores e atores principais de sua própria vida.

Há de se destacar que a autonomia privada abrange o direito de tomar decisões por quaisquer razões, não cabendo a terceiros e ao Estado compelir os indivíduos autônomos a determinados paradigmas mais corriqueiros. Nessa diretriz, Daniel Sarmiento³ ressalta que

2 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81-84.

3 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 156-164.

RE 635659 / SP

“Embora a autonomia privada pressuponha a racionalidade do indivíduo, ela abrange o direito da pessoa de tomar decisões por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiossincrasias incompreensíveis para terceiros. Como na letra de Raul Seixas, ela abarca o direito de "tomar banho de chapéu ou esperar papai Noel". Trata-se da autonomia da pessoa concreta, dotada de razão, mas também de sentimentos, corpo e raízes sociais. Ela pressupõe a vontade livre, mas não predetermina o que move esta vontade.

(...)

O respeito à autonomia privada se baseia na ideia de que as pessoas têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, a partir das suas próprias compreensões sobre o que seja uma "vida boa". Dworkin chamou de "independência ética" essa prerrogativa do indivíduo, que envolve a possibilidade de realizar escolhas fundamentais e de, em alguma medida, estar ao leme da própria existência. O autor relacionou essa independência à responsabilidade pessoal que cada pessoa tem sobre a sua própria vida, que, na sua concepção, é um dos componentes centrais da dignidade da pessoa humana. **Nessa perspectiva, nem o Estado, nem outros particulares ou instituições podem forçar qualquer um a ajustar as suas decisões de vida às compreensões de sucesso e de felicidade de que não comungue.** As pessoas, diz Dworkin, não são átomos isolados, sendo naturalmente influenciadas por outros indivíduos e pela cultura em que estão inseridas. Elas podem se conformar espontaneamente ao *mainstream* das suas sociedades; podem seguir de forma obediente as orientações de alguma coletividade ou organização à qual se filiem, como uma igreja. **Mas não podem jamais ser coagidas a fazê-lo ou punidas quando não se curvarem.”**

A autonomia privada, contudo, não engloba apenas as decisões de

RE 635659 / SP

índole fundamental da vida dos cidadãos. Ao revés, enquadra e protege os atos mais básicos e corriqueiros da vida, como por exemplo, escolha da vestimenta, do corte de cabelo, da profissão, do que comer e beber, do que assistir, de um time de futebol, do local de moradia, dentre outras várias deliberações que são levadas a efeito no dia a dia. Mais um vez, recorro ao magistério doutrinário de Daniel Sarmiento⁴ para ilustrar o ponto:

“A alusão aos "planos de vida", comum no léxico da filosofia política liberal, não deve, porém, conduzir a uma idealização equivocada da pessoa humana, nem tampouco a qualquer leitura limitativa da autonomia que dela poderia decorrer. Não se pode ignorar a natureza humana, imaginando que os indivíduos, como regra, traçam planos existenciais completos e que cada ato das suas vidas seja uma execução dos mesmos. Não é preciso conhecer muito da psicologia humana para saber que não é assim que as pessoas – pelo menos a grande maioria delas – funcionam. Os indivíduos têm, em geral, vários planos diferentes e, muitas vezes, mudam seus projetos no curso da vida. Ademais, pessoas comuns agem cotidianamente pelas mais variadas motivações, que, no mais das vezes, não se ligam a qualquer plano existencial: cortam o cabelo de uma forma e não de outra; escolhem comer frango e não peixe no jantar; decidem ir ao cinema e não ao teatro no sábado à noite. Construir uma teoria sobre autonomia a partir de uma idealização da pessoa humana tão distanciada da realidade seria incorrer em erro parecido ao de Kant. Pior ainda seria empregar tal idealização para estreitar a proteção constitucional da autonomia privada para que abarcasse apenas as grandes decisões existenciais, deixando de fora a maior parte dos atos da vida humana. Mesmo que a forma do corte de cabelo não seja uma decisão fundamental para a maior parte das pessoas, seria gravíssimo, da perspectiva da dignidade humana, se o Estado, à moda da Coréia do Norte ou

4 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 156-164

RE 635659 / SP

do Irã, se arvorasse ao poder de ditar quais estilos de corte e de penteado são admissíveis.”

Nessa ordem de ideias, parece inexistir dúvidas a respeito da existência de um **círculo deliberativo exclusivo**, dentro do qual o **indivíduo toma suas decisões particulares sem a possibilidade de interferências de terceiros**. É por essa razão que João Costa Neto assevera que, a princípio, *não há uma proteção da dignidade humana contra si mesmo, isto é, o Estado não tem o dever de impedir um sujeito de violar sua própria dignidade (se é que isso é possível!)*. Assim, é possível afirmar que inexistente *uma tutela, acrescentou eu, irrestrita contra si mesmo (Schutz vor sich selbst), já que prevalece, em uma tal ordem, a livre escolha (freie Wahl) dos seres humanos adultos (erwachsene Menschen), os quais, à luz de uma Constituição fundamentalmente livre, possuem uma proteção jurídica especial e prioritária* (COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48-49).

17. No entanto, em conformidade com a dogmática dos direitos fundamentais e com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, diversamente do que poderia parecer em um primeiro olhar, **a autonomia privada encontra limites no ordenamento jurídico**, sendo o princípio do dano, sem descuidar de seus problemas intrínsecos, uma diretriz valiosa a ser utilizada como parâmetro.

A delimitação do *dano*, nesse contexto, se revela de grande importância. Não deve ser qualquer *dano* que legitimará a restrição à autonomia privada. Assim, **a ideia de dano deve se vincular impreterivelmente à noção de desrespeito a direitos** (FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1985, p. 31-65).

Ocorre, no entanto, que a mera ocorrência de um dano nem sempre justificará a limitação à liberdade, sendo indispensável, em ocorrendo aparante colisão de direitos fundamentais, recorrer ao princípio da proporcionalidade para aferir a legitimidade da intervenção (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e*

RE 635659 / SP

metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 184-185).

18. Desse modo, na linha dos votos dos Ministros *Gilmar Mendes*, *Edson Fachin*, *Luís Roberto Barroso* e *Alexandre de Moraes*, conquanto válida a política pública de prevenção ao uso indevido de drogas, a criminalização da conduta de portar entorpecentes para consumo pessoal é desproporcional por atingir de forma veemente o núcleo fundamental da autonomia privada.

O Estado, utilizando-se da forma mais incisiva e robusta de seu arcabouço – o direito penal –, ao restringir a autonomia privada, fugiu dos parâmetros mínimos e indispensáveis para limitação de direitos fundamentais.

Isso porque o consumo de drogas estritamente pessoal coloca em risco a saúde individual do usuário, a evidenciar que essa conduta, diversamente do sustentado por parcela da doutrina, se insere na autonomia privada, **especificamente no direito de tomar decisões que se exaurem em seu próprio corpo.**

Disso não resulta que, por se exaurir no âmbito privado, o consumo de drogas não seja um problema público. Na realidade, legitimamente, toda a Lei de Drogas, reitero, bem demonstra que a dependência química e o uso de drogas são questões que se inserem no âmbito das políticas públicas de saúde e de reinserção social.

Assim, delimitada a questão como problema de saúde pública, com a devida vênua dos entendimentos em sentido contrário, tenho por desproporcional a utilização do aparato penal do Estado para prevenção do consumo de entorpecentes. Antes, deveria o Estado utilizar de seu arcabouço sancionatório administrativo, além de adimplir com os deveres impostos pela Lei 11.343/2006 no sentido de desenvolver e propagar, por meio de campanhas pedagógicas e institucionais, material que demonstre e alerte sobre as complicações decorrente do uso de drogas.

19. Ante o exposto, acompanho, na íntegra, o voto do Ministro *Gilmar Mendes*, Relator.

É como voto.

24/08/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

DEBATE

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - A meu juízo, o voto do Ministro Gilmar Mendes e, na mesma linha do voto do Ministro Edson Fachin e agora do Ministro Luís Roberto Barroso, do Ministro Alexandre de Moraes, pedindo toda a vênia ao Ministro Cristiano Zanin, é mais consentâneo com a tese jurídica e com a minha compreensão sobre o tema.

Na realidade, eu estou aqui agora acompanhando o Relator, dando provimento ao recurso extraordinário, como o fez Sua Excelência, e atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei nº 11.343, para excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente e, enfim, absolvê-lo.

Eu vejo que a conclusão do voto do Ministro Gilmar, o qual estou acompanhando, também, a questão que sobeja diz com os critérios objetivos, e eu também estou fazendo a adequação, nessa tentativa de composição das compreensões, ficaria nos 60 g propostos pelo Ministro Alexandre, na linha do voto reajustado e como também o próprio Ministro Luís Roberto não teria qualquer, embora, também se definirem pelos 100g, não tenha nenhuma dificuldade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por ora, a minha posição é 100g, Presidente, mas, depois do debate, vemos o que corresponde à maioria, se ela se formar.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Certo. Pois não, Ministro Alexandre?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, só um esclarecimento, pelo que eu entendi da posição do Ministro Cristiano Zanin, nós podemos separar em dois pontos.

O primeiro ponto seria a questão da descriminalização, que as

RE 635659 / SP

medidas se tornariam administrativas. O eminente Ministro Cristiano Zanin mantém as medidas como penais, apesar de não existir a possibilidade de pena privativa de liberdade.

Contudo, no segundo ponto, o Ministro Cristiano Zanin acompanha a todos quanto à necessidade de fixação, independentemente do peso, mas a necessidade de fixação de um critério objetivo baseado no peso, nesses casos, para usuário e traficante.

Creio que é isso que entendi.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exato. Para além dos requisitos, dos parâmetros do § 2º do art. 28, também fixar uma quantidade que possa diferenciar, em princípio, o usuário do traficante.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É, porque foi exatamente também no meu voto. Eu mantenho aqueles critérios da lei - balança, local -, e fixo a gramatura. Eu acho isso importante, porque, na questão da diferenciação entre usuário e traficante, penso que todos estamos de acordo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Estamos de acordo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas Vossa Excelência não considera crime...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, não, nessa segunda questão.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Não, é que a primeira é básica, não é? Vamos descriminalizar ou não? O eminente Ministro Zanin não descriminaliza.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ele não

RE 635659 / SP

descriminaliza, mas ele separa o usuário do traficante.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exatamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sim, num segundo momento, a tese, inclusive, é de uma clareza.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Isso, eu sigo essa linha de acrescentar esse critério, para além daqueles que já estão no § 2º do art. 28, a quantidade de drogas para separar o usuário do traficante.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Que se contém na tese.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Isso. E, aí, estou aberto, inclusive, a repensar e a ajustar essa quantidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que pode haver, Ministro Zanin - para pensarmos juntos -, talvez uma distinção importante em tratar como crime ou como sanção administrativa para fins de primariedade ou não. De modo que, se prevalecer a posição de Vossa Excelência, o usuário deixa de ser primário. E isso pode ter consequências penais relevantes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Há uma outra questão - eu não quero aqui me prolongar, mas obviamente o eminente Ministro Cristiano Zanin, criminalista, sabe -, a lei não foi muito técnica, porque, quando a gente aprende a diferença, por exemplo, de contravenção e crime, contravenção é porque a pena é prisão simples ou multa; e crime, a pena é de detenção ou reclusão. Não existe crime se a pena não for de detenção ou de reclusão.

RE 635659 / SP

Quando o legislador trouxe e manteve como crime, mas sem pena de reclusão, sem pena de detenção e sem pena de prisão simples, na estrutura do Direito Penal, não é um crime propriamente. Ficou, no âmbito do Direito Penal, a aplicação dessas sanções.

E o que também é interessante: o descumprimento dessas medidas também não acarreta a prisão. Ficou algo, diríamos, fora da teoria do Direito Penal, porque, se nós apresentássemos dentro da teoria do Direito Penal, não é nem crime e nem contravenção, porque não tem pena privativa de liberdade, nem a prisão simples.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Alexandre, e eu vejo também nesse debate em que estamos pensando juntos os problemas, ao criminalizar, você dificulta a procura da assistência médica, a procura do sistema de saúde pública. Se você procura o sistema de saúde pública como usuário de drogas, se isso for considerado crime, o hospital é obrigado a reportar. E, portanto, também do ponto de vista de saúde pública, a criminalização pode ser um problema.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, em sede doutrinária, acho que todos os doutrinadores falam em despenalização promovida pelo próprio legislador, ele despenalizou.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu cito no meu voto, há países na Europa que transformaram o usuário (também não era uma pena privativa de liberdade, eram sanções assim), mas transformaram em questões administrativas e multas altas em euro. E isso acabou ampliando, em alguns países, em 100 a 150% a autuação, porque o aí o Poder Público ia atrás das multas. Então, do ponto de vista do combate, foi até mais eficaz.

Contudo, a questão, realmente - acho que isso nós teremos de debater -, é que crime propriamente não é, mas a competência é do juízo penal.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exatamente, porque, na verdade, segundo o entendimento, inclusive até agora, do Tribunal, não houve *abolitio criminis*. Então, a competência continua sendo a justiça criminal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - E da própria polícia para fiscalizar, e não de autoridades administrativas.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Da própria polícia, exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Bem, mas eu também queria, Presidente, primeiro, cumprimentá-la pelo voto e pela importância da discussão que nos propiciou também neste caso com a sua retomada de julgamento, prioridade na pauta, mas chamar a atenção para um ponto que nós já discutimos, que é essa diferença que se coloca - e isso já talvez desde 2006, desde a aplicação da lei, como chamou a atenção o Ministro Alexandre -, entre o programa normativo e, vamos chamar grotescamente, e o âmbito normativo ou essa realidade.

A leitura que se faz - e aí, inclusive, para a gente usar também expressões fortes, que traduzem exatamente a experiência que Vossa Excelência acaba de viver nos vários presídios -, é dessa criação desse sistema de um *apartheid*, porque o preto pobre, jovem, ele, na verdade, se estiver com... E nós temos vários casos que chegam na Turma, nós discutimos isso com frequência. Alguém vai dizer "não, é algo literopoético recreativo". Não, o sujeito está preso provisoriamente por porte de 2g, seja de cocaína, seja de maconha. Esse é um dado da nossa realidade. Ministro Fachin, Ministro Kassio, Ministro André, nós vivenciamos isso; e Vossa Excelência deu aí os exemplos também já da execução penal em muitos casos.

Portanto, há essa decalagem, esse fosso, entre o programa normativo, que teve esse viés, e a realidade. Faz parte talvez até da ideologia judiciária que se assentou e que tem consequências deletérias

RE 635659 / SP

em todo esse sistema.

Nós já sabemos, já foi falado aqui, a marca que significa, já do ponto de vista penal, dizer "não, essa pessoa não é doente, ela é um traficante ou um usuário de droga, um utente de droga". Ele já passa a entrar no catálogo de criminosos, para todos os efeitos. Isso tem uma imensa consequência entre tratar o tema como um tema de saúde pública, que merece o tratamento, e tratar o tema como um tema criminal.

Então, esse ponto que Vossa Excelência agora ressaltou é fundamental, é preciso que a gente tenha plena consciência disso. E aí o outro passo que muitas vezes se cumula, que é: se se trata de determinadas pessoas, ou mesmo na descrição da lei, está em determinado local, porque é uma das referências que a lei faz, que o parágrafo faz, está em determinado local, "ah, então é caso de tráfico". E o local nós podemos imaginar qual é. Em muitos casos, são as comunidades pobres, onde essas pessoas estão inseridas, vivem, moram, etc.

Então, parece-me que nós temos uma imensa responsabilidade, porque essa discussão, que, obviamente, é extremamente delicada, tem um efeito holístico sobre todo o sistema.

O Ministro Alexandre trouxe dados sobre o incremento de prisões após a lei. Veja, a lei veio com esse viés liberalizante, mas houve um incremento das prisões. Portanto, trocou-se o sinal da lei, não se fez sequer esse *distinguishing* que agora o Ministro Zanin propõe de ter-se uma segurança em relação a isso. E talvez até essa mistura dentro, vamos chamar, dessa ideologia, fosse um pouco conveniente. No final, cumpre-se um pouco o desiderato, uma certa produtividade, mas com consequências terríveis para essas pessoas. E com consequências outras que já também afloraram aqui.

Essas pessoas que caem no sistema penitenciário têm que fazer opção pelas facções existentes. Vossa Excelência sabe muito bem. E, a partir daí, passam a merecer proteção e são soldados desse sistema.

Nós temos que refletir um pouco sobre tudo isso nesse contexto em que estamos decidindo, porque isso tem consequências enormes para todo o sistema, para os direitos individuais, como a gente vem

RE 635659 / SP

apontando.

E, de fato, o legislador não pode transformar fatos determinados, corriqueiros, em crimes. Isso que a Ministra Rosa acaba de dizer.

Amanhã, eu decido dizer que comer gordura ou ser obeso, seja lá o que for, é crime. Não, não é razoável, mas o Estado tem direito de dizer "não coma isso, evite açúcares, faça exercício a bem da saúde pública". Mas dizer "ah, não fazer exercício é crime"? Não. Então nós temos que olhar um pouco isso nesta perspectiva.

Agora, esse consórcio que se faz, este *mixtum compositum* dos conceitos, ora o sujeito é usuário, ora é traficante, ou está em ambas as posições, isso é extremamente grave, porque reforça inclusive o arbítrio do Estado. Isso é muito grave. E tem todas essas consequências que nem vou reiterar. Veja, aumenta o número de presos, aumenta a dependência, vulnera essas pessoas que já estão extremamente vulneráveis.

O Ministro Alexandre trouxe esses dados empíricos impressionantes. Se a gente fosse entrar em um debate antropológico e sociológico sobre essa questão, por que que essas pessoas pobres de periferia são presas? Talvez porque não tenham acesso a advogado também, porque têm acesso a defesa, sabem articular por terem instrução baixa, que é um dos critérios também que Vossa Excelência lista.

Lembro-me que certa feita dei aula para um grupo de alunos de todos os locais aqui da cidade num curso que fazíamos no IDP. E fui lá para encerrar o curso. E um menino aqui do Paranoá, pequeno, ainda do secundário, disse: Ministro, o senhor pode explicar por que toda hora que a gente está voltando da escola passa um carro da polícia e já nos coloca no camburão? Era de cor. Isso explica um pouco tudo isso, se quisermos aprofundar.

Então, é preciso pensar um pouco nisso e tentar objetivar e trabalhar um pouco nessa perspectiva. Por isso, Presidente, fico muito honrado com o seu acompanhamento.

Eu também acho que é inevitável que discutamos o passo seguinte, por isso eu até tinha proposto a forma, mas reconheço a complexidade. Inclusive o Brasil tem uma realidade que outros países não têm. O

RE 635659 / SP

Ministro Barroso lembrava há pouco a questão do *crack* que afeta o cérebro e que justificaria...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - É uma questão extremamente delicada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É extremamente delicada, mas de fato me parece ser importante que a gente discuta.

E aqui, só para encerrar, do ponto de vista teórico, para tranquilizar os espíritos.

Nessa perspectiva de programa normativo e âmbito normativo, muitas vezes a gente trabalha na perspectiva do chamado processo de inconstitucionalização quando há um divórcio nesse sentido, como nós vimos aqui. Se essa legislação tivesse sido aplicada de uma forma razoável, nós não estaríamos aqui debatendo. Esse divórcio que ocorreu, que fez com que o âmbito normativo praticamente revogasse a norma - porque é isso, a prática, na verdade, revogou a norma -, é que nos está levando a fazer essa asserção, asseverando a inconstitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Gilmar, e sobretudo num país onde o cigarro e o álcool não constituem crime. Acho que é importante frisar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa é uma observação importante, Presidente. O cigarro como um produto lícito, porém com campanhas de esclarecimento, cláusula de advertência, proibição de venda para menores, teve uma redução expressiva no consumo. E da maconha criminalizada o consumo cresceu. Acho que isso também deve gerar alguma reflexão.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - E o álcool, não é? E, agora, uma lei que viesse configurar como crime a

RE 635659 / SP

ingestão de whisky? Apesar dos efeitos nocivos do álcool, absolutamente conhecidos. Então tem que haver campanhas de esclarecimento, enfim.

Ministro Gilmar, eu vou lançar o resultado provisório, mas no que temos aqui, Vossa Excelência, quanto aos critérios objetivos, estava acompanhando o voto do Ministro Luís Roberto, mas o Ministro Luís Roberto passou de 25g para 100g.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, oralmente, modifiquei para acompanhar o voto, o critério.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sim. Vossa Excelência passou para 60g; o Ministro Roberto passou para 100g.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Ele fará o ajuste no momento oportuno.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Alguém fará o ajuste, vamos ver.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (25350/DF, 163657/SP) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA (33073/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA (125605/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER (17120/GO)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE (3803-D/RJ, 003803D/RJ)

AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI, 248102/RJ)

AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA (43056/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) (SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA (19772/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO (129630/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO (58271/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI (0320762/SP)
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGERIO MAIA GARCIA (56255/RS) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (015682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (46056/DF, 456898/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o

Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.09.2015.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, no caso concreto, acompanhava o Ministro Gilmar Mendes (Relator) e dava provimento ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente, determinando sua absolvição, e, quanto à tese (tema 506 da repercussão geral), divergia parcialmente do Relator, propondo-a nos seguintes termos: "1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas,

dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior; 3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes; 4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega `delivery`), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico; 5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores à faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário", o julgamento foi adiado por indicação do Ministro Gilmar Mendes (Relator). Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas - tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas"; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o

voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Frederico Santos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Hoje vamos retomar o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, o Tema 506 da RG, que envolve a controvertida questão das drogas.

No mundo, como todos sabem, todos os que se interessam pelo assunto, os países estão percorrendo dois caminhos diametralmente opostos. Em alguns países, vem-se intensificando a repressão e, em outros países, vem-se fazendo uma experiência com a legalização.

Esse é um debate muito importante, que precisa ser feito no Brasil, porém, queria deixar claro que não é isso que estamos fazendo aqui. Não está em discussão hoje, no Supremo Tribunal Federal, minimamente, a questão da legalização de drogas. Essa é uma compreensão equivocada, que foi difundida, às vezes, por desconhecimento e, às vezes, intencionalmente.

Em deferência, inclusive, às muitas pessoas - parlamentares e pessoas da sociedade civil - que me procuraram, antes de iniciar o julgamento com o voto do Ministro André Mendonça, que ouviremos todos com interesse e atenção, eu gostaria de prestar o esclarecimento devido. Eu o fiz por escrito, porque gostaria de ser absolutamente preciso, para desfazermos os mal-entendidos e as incompreensões acerca dessa matéria e do papel que o Supremo desempenha.

Está em discussão o art. 28 da Lei de Drogas, que diz o seguinte:

"Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal," - essa é a expressão chave aqui - "drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;

RE 635659 / SP

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo."

Isso é o que diz a lei, o art. 28 da Lei de Drogas, que estamos aqui discutindo.

A Lei de Drogas não prevê pena de prisão para quem porte drogas para consumo pessoal. Não é o Supremo Tribunal Federal que está fazendo isso, é a própria lei, aprovada de longa data pelo Congresso Nacional, uma lei que vige desde 2006. A legislação brasileira não prevê pena de prisão para o usuário de drogas, legislação aprovada pelo Congresso, sancionada pelo Presidente da República e em vigor.

Prestado esse esclarecimento quanto ao objeto do que estamos discutindo, presto ainda outros esclarecimentos. No recurso extraordinário em julgamento, o Supremo Tribunal Federal depara-se com duas questões.

A primeira delas está relacionada à discussão sobre se, após a despenalização realizada pelo Congresso Nacional - despenalização significando que não há pena de prisão -, o porte de maconha para uso pessoal deve ser tratado como crime, punido com medidas penais, ou como um ilícito, a ser desestimulado com sanções administrativas, como essas que acabo de ler, que constam do art. 28. Não se trata, portanto, de legalização.

O consumo de drogas ilícitas no Brasil continuará a ser ilegal. As drogas não estão sendo - nem serão - liberadas, no país, por decisão do Supremo Tribunal Federal. Legalizar é uma definição que cabe ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário.

A segunda questão - que todos estamos considerando como a questão central aqui - é definir um critério objetivo para auxiliar os policiais e todos os integrantes do sistema de Justiça - juízes, promotores, procuradores - a diferenciarem o usuário do traficante. O tráfico de drogas é crime e continua a ser crime sancionado com a pena de prisão, entretanto, se não definirmos uma quantidade de maconha - que é o caso concreto - que deve ser considerada como de uso pessoal, essa definição

RE 635659 / SP

continuará nas mãos da autoridade policial em cada caso.

Se foi despenalizado o consumo pessoal e se se continua penalizando o tráfico, é preciso ter um critério para distinguir uma coisa da outra.

Já assistimos esse filme da subsistência da não distinção clara entre tráfico e consumo e sabemos quem morre no final: o homem negro e pobre, portando 10g de maconha, será considerado traficante e enviado para a prisão; já o homem branco, de bairro nobre, com 100g da droga, será considerado usuário e liberado. O que está em jogo aqui é evitar a aplicação desigual da lei, em razão da cor e das condições sociais e econômicas do usuário. Essa é uma tarefa do Poder Judiciário.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, demonstrou empiricamente o que todos sabíamos intuitivamente: a diferença com que se tratam as pessoas nos bairros afluentes e nos bairros da periferia.

Gostaria de acrescentar que, em respeito e muita consideração às pessoas que me procuraram - sobretudo os parlamentares que recebi ontem, representantes das bancadas parlamentares evangélica e católica, que registraram sua contrariedade com a legalização das drogas e pediram o adiamento do julgamento -, além de me dispor a ter novas rodadas de discussão com os parlamentares, comprometi-me a desfazer, neste julgamento, a má compreensão e a desinformação sobre o tema. É o que estou fazendo agora, cumprindo a palavra assumida com eles. Esclareço: o que está sendo decidido aqui não é a liberação das drogas, não é a legalização. Droga é ruim, e o tráfico de drogas deve ser combatido. A lei definiu que o usuário não vai para prisão, por isso é preciso que o Judiciário, para evitar a discriminação de pretos e pobres, diga a quantidade de drogas compatível com o uso.

É disso que estamos tratando aqui: basicamente, essencialmente, definir qual a quantidade de drogas a ser considerada, como regra geral - não absoluta, por depender das condições concretas -, como tráfico e a quantidade não considerada como tráfico.

Concluo, prezados Colegas, Senhores Advogados e público que nos assiste, dizendo: o debate aqui tem implicações muito profundas. A

RE 635659 / SP

questão das drogas, como disse, é divisiva em todo o mundo pelas dificuldades em enfrentar o problema.

Gostaria de deixar assentadas as premissas fáticas e filosóficas da minha compreensão, que está alinhada com a posição majoritária que se vem delineando, mas ouviremos cada um.

A primeira dessas premissas fáticas, para deixar claro e inequívoco: drogas são uma coisa ruim; as drogas ilegais são uma coisa ruim - tenho dois filhos, educados em uma cultura de não consumir drogas, e não desejaria isso para nenhuma família. O consumo de drogas ilícitas tem efeitos potencialmente deletérios, e por isso o papel do Estado e da sociedade deve ser:

1. Desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico.

O que estamos procurando fazer é encontrar a maneira mais eficaz de lidar com esse problema, de modo a proteger a saúde pública e diminuir a violência associada ao tráfico.

2. A guerra às drogas fracassou. Esse é um fato. Desde a década de 1970, adotou-se uma política dura de repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Foram despendidos bilhões de dinheiros com o enfrentamento policial e militar das drogas, com dezenas de milhares de mortos e centenas de milhares de pessoas encarceradas. Apesar disso, o consumo só fez aumentar e a violência e a criminalidade associadas ao tráfico explodiram em diferentes partes do mundo, especialmente na América Latina e, particularmente, no Brasil. É preciso ceder aos fatos: o que estamos fazendo não está dando certo. Temos que ser capazes de discutir, sem preconceitos, sem superstições, a melhor política de drogas. Seja quem defenda a repressão, seja quem defenda a legalização, a premissa de que não está funcionando é elementar e constatável a olho nu. Precisamos fazer um debate aberto e corajoso sobre a melhor forma de lidar com esse problema.

3. A terceira premissa é que a política de repressão total não tem sido capaz de realizar o objetivo maior que é a proteção da saúde pública. Na

RE 635659 / SP

verdade, os recursos todos acabam sendo drenados para a repressão policial e para o aprisionamento dessas pessoas. A finalidade de uma política pública de drogas no Brasil deve ser quebrar o poder do tráfico, diminuir o hiperencarceramento de jovens primários e de bons antecedentes presos com pequenas quantidades de droga, que vão engrossar as fileiras das facções criminosas e do crime organizado, e permitir o efetivo tratamento dos dependentes.

Prezados amigos, prezados Colegas, prezados advogados e público em geral, vou usar uma expressão cara ao Ministro Gilmar Mendes: é disso que se trata. Não estamos discutindo legalização, não estamos modificando os atos normativos editados pelo Congresso; estamos, essencialmente, dizendo qual quantidade separa porte pessoal de tráfico. É simples assim.

Há uma distinção nas posições assumidas até aqui. Pela posição do Relator, a norma do art. 28 e as sanções do art. 28 continuam valendo, mas são consideradas sanções administrativas e não sanções penais. Essa é a posição do eminente Relator. Há a divergência de quem considera que se deve manter o caráter penal dessa sanção. Na prática, as consequências são pequenas, porque as sanções são as mesmas que li do art. 28. Os que defendem a posição do Relator o fazem no sentido de que, se se mantiver o caráter penal, a eventual apreensão dessa pessoa faz com que ela perca o caráter de primário. Para o indivíduo, perder o caráter de primariedade tem consequências práticas na vida útil, inclusive, se ele precisar apresentar um atestado de bons antecedentes, vai constar que ele não é mais primário. Para muitos efeitos, isso vai prejudicar as pessoas. Essa é a visão do Relator. A outra visão guarda deferência para com a posição do Relator que tratou como crime. No fundo, é mais uma questão terminológica do que propriamente substantiva - salvo essa consequência que mencionei -, porque as sanções são as mesmas.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO
(AJUSTE)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Agora, faço apenas um levantamento dos votos já manifestados para encaminhar a votação. O Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes e pela Ministra Rosa Weber, restringe a declaração de inconstitucionalidade à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso, que é a *Cannabis sativa*, a maconha. Nossa decisão se refere exclusivamente à maconha, não estamos opinando sobre outras drogas. Estamos cuidando de maconha porque este é o caso concreto, uma pessoa que foi encontrada com 3g de maconha. O Ministro Gilmar Mendes, no reajuste, propõe a fixação dos seguintes critérios quantitativos para presunção de usuário: 60g e 6 plantas fêmeas.

No meu voto originário, que havia inaugurado a ideia de fixação de uma quantidade, eu havia proposto - aqui um bastidor de um órgão colegiado - 100g. Porém, em conversa interna com o querido Ministro Celso de Mello, ele me disse: "eu acompanharei, se seguirmos o modelo de Portugal, que é 25 gramas". Nas circunstâncias de um órgão colegiado, para ter o apoio do Ministro Celso de Mello, que era muito importante, em meu voto formal constou 25 gramas.

Contudo, agora, neste momento, reajusto para me alinhar à posição que tem a adesão do Relator, do Ministro Alexandre, da Ministro Rosa Weber e, agora, a minha adesão.

O Ministro Luiz Edson Fachin também restringiu à maconha. Na verdade, foi quem iniciou o encaminhamento de restringir à maconha, mas, em seu voto inicial, não fixou uma quantidade, entendendo que esse era um papel do Congresso Nacional.

O Ministro Cristiano Zanin adotou a quantidade do meu voto originário, que era 25 g e 6 plantas fêmeas, mas manteve o caráter penal

RE 635659 / SP

do art. 28.

Penso ter sido fiel na reprodução dos votos manifestados até aqui.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, uma brevíssima observação. Eu só vou deixar claro que, na construção que fizemos, a despeito de deixar de considerar infração penal, nós reconhecíamos, eventualmente, a situação de ilícito extrapenal da conduta, com a apreensão de entorpecente e aplicação de sanções, que nós listávamos: a de advertência sobre os efeitos da droga - o art. 28, I - e a medida educativa de comparecimento a programa educativo, tal como Vossa Excelência já o fez. Exatamente o art. 28, I e III, da Lei de Drogas. Entretanto, não estendíamos para outras medidas restritivas, porque elas tinham conotação penal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Isso. Ministro Gilmar, e eu, pessoalmente, e penso que os demais que acompanharam estamos tentando mudar um pouco o foco da repressão penal para a proteção da saúde pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Esse é o ponto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E sugerimos - há até um apelo ao legislador -, no voto, medidas profiláticas de tratamento, tal como se dá no modelo português, passar para o âmbito da saúde pública.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Isso. E fazer campanhas. Sem uma comparação com o cigarro, porque o cigarro é um produto lícito, mas, em relação ao cigarro, campanhas de esclarecimentos, exigências de informação e outras providências fizeram com que o consumo caísse drasticamente, ao passo que, infelizmente, o consumo de drogas continua a subir.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eminente Presidente, Ministro Luís Roberto Barroso, minha saudação a Vossa Excelência e aos eminentes Ministros e Pares na pessoa não só do Relator, mas também Decano, o Ministro Gilmar Mendes. Também uma saudação especial à Ministra Cármen Lúcia, nossa Vice-Decana; ao Professor Paulo Gonet Branco, Procurador-Geral da República; aos Senhores Advogados; às Senhoras Advogadas; aos Servidores; às Servidoras e àqueles que nos acompanham. Uma boa tarde!

Senhor Presidente, eu tenho algumas questões preliminares quanto ao objeto da discussão.

Com a devida vênia a Vossa Excelência, e me valendo para pedir vênia a Vossa Excelência, o voto oral trazido por Vossa Excelência e que consta publicado em alguns *sites* de notícia - e que eu tenho impresso - aponta no item 3:

"Para compreensão geral, uma breve unificação da terminologia é conveniente. Descriminalizar significa deixar de tratar como crime. Despenalizar significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas. Este é o sistema em vigor atualmente. Legalizar significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa."

Eu convirjo com Vossa Excelência que nós não estamos tratando de legalizar. Então, que se estirpe qualquer dúvida a respeito disso. Despenalizar, o Congresso já o fez, pois deixou de tratar como crime. E eu me valho aqui do relatório do Deputado Paulo Pimenta, que foi relator da matéria à época. Ele diz:

"Nesse sentido, procuramos, no Substitutivo, separar o usuário ou dependente do traficante. (...) Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário ou dependente."

Ou seja, despenalizou. Prossegue ele:

RE 635659 / SP

"Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade (...)."

Então, o Congresso, de fato, já despenalizou. O que significa isso? Não se priva da liberdade o usuário que porta droga.

Porém, a minha divergência é que, por hora, nós estamos tratando de duas questões. Uma, como bem apontou Vossa Excelência, é a necessidade de se estabelecer um critério objetivo para distinguir tráfico e uso. E aí há várias possibilidades de gramaturas que nós podemos estabelecer. A segunda questão é, de fato, a descriminalização, que, salvo se houver um reajuste de votos e nós só formos debater a questão da quantidade para diferenciar, eu entendo que nós estamos tratando da descriminalização também.

Eu resgato os debates havidos na última sessão, logo após o voto do Ministro Cristiano Zanin:

"O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, só um esclarecimento, pelo que eu entendi da posição do Ministro Cristiano Zanin, nós podemos separar em dois pontos.

O primeiro ponto seria a questão da descriminalização, (...)

Contudo, no segundo ponto, o Ministro Cristiano Zanin acompanha a todos quanto à necessidade de fixação, independentemente do peso, mas a necessidade de fixação de um critério objetivo baseado no peso, nesses casos, para usuário e traficante.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exato. (...)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ele [Ministro Cristiano] não descriminaliza, mas ele separa o usuário do traficante."

Adianto que seguirei essa mesma linha do Ministro Cristiano Zanin de não descriminalizar. Porque, salvo, repito, se houver um reajustamento dos votos anteriores, entendo que nós estamos, sim, tratando de descriminalização.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O ponto que observei, Ministro André - nós não temos divergência de substância -, é que todos nós que já votamos acompanhando o Relator e mantemos as penas do art. 28. Talvez, despenalizar nem seja a palavra certa, porque nós mantemos a pena. Nós só dizemos que elas não são de natureza penal e, sim, administrativa.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Mas isso é descriminalizar. Eu estou tirando o ilícito penal, passando para um ilícito administrativo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Certo. Mas com qual consequência prática que não seja quebrar a primariedade desse jovem? Geralmente são jovens.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, primeiro: há, sim, a retirada de uma pena, que é a prestação de serviço à comunidade. Sob a minha ótica, tem uma finalidade propedêutica e preventiva importante. Esse é um primeiro aspecto.

Quanto à questão da reincidência, se o ponto é esse, eu acho que nós não precisaríamos partir para esse caminho.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não é a reincidência. É que, para um jovem pobre que está procurando emprego, se constar da certidão de antecedentes dele que não é mais primário, ele terá uma dificuldade a mais na vida, numa vida que já é difícil.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Quanto a isso, eu também não teria divergência. O art. 28, § 4º, diz que, em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput*, ou seja, em caso de perda da primariedade...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu não estou falando de reincidência, estou falando para a vida normal. Quer dizer, ele quer um emprego, vão pedir a certidão dele de bons antecedentes e vai constar um registro penal por drogas. Por via de consequência, a vida dele está prejudicada.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Desculpe-me, Presidente. Toda a discussão que nós tivemos - e eu fui o primeiro a votar lá atrás, nós estamos falando de julgamento que começou em 2015, portanto, já lá se vão alguns anos -, era, fundamentalmente, se inspirar, de alguma forma, até no Direito comparado, no Direito português, que faz um *distinguishing*, de maneira muito clara, entre a questão posta na esfera penal e a questão posta em outras esferas. E por isso, inclusive, no sistema português, se fez uma separação para não mandar esse usuário, normalmente jovem usuário, como disse o Presidente, para uma delegacia, nem tratá-lo como penalmente responsável pelo simples uso de uma baixa quantidade de drogas. Mas o sistema permite internação. Por isso que, inclusive, no voto, que é muito mais alongado, se falava de medidas recomendáveis que o próprio Congresso poderia tomar.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Uma dúvida, Ministro Gilmar. Não vamos mandar para a delegacia, nós vamos mandar para onde? Que autoridade administrativa vai cuidar disso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Essa é a proposta do modelo. O Ministro Alexandre trouxe aqui...Veja, eu não quero cometer uma interrupção em relação ao seu voto. Mas o Ministro Alexandre trouxe, aqui, os dados, inclusive, em série, de delegacias da capital que adotam critérios díspares.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Quanto a isso, eu estou extremamente de acordo com tudo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Para considerar alguém como usuário ou traficante.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Isso é maléfico.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Produzindo, portanto, uma Babel. Aqui, a proposta é dizer: aquele que for usuário precisa de tratamento.

Nós temos o usuário de drogas leves, que deve ser advertido, eventualmente, em diálogo com a família; nós temos usuários que podem precisar de internação. E por isso o sistema permite. Por isso, também, se faz, aqui, um apelo ao legislador para que se faça até a internação,

RE 635659 / SP

tratamento, porque, claro, recentemente o Ministro Alexandre foi Relator de uma situação envolvendo pessoas na Cracolândia. Não era esse o objeto do debate, mas nós sabemos que pessoas se tornam usuários e completamente dependentes.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Esse é um debate legítimo, Ministro Gilmar, a única questão é que nós estamos definindo uma descriminalização. Pelo menos sejamos honestos em admitir isso. É uma tese de um lado, é uma tese de outro, mas é isso do que nós estamos...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim, mas deixa de ser infração penal, continuando a ser um ilícito aqui administrativo. Por isso que, inclusive, propus uma interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - O que, com a devida vênia, é uma descriminalização.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É porque, assim, a palavra produz um efeito, Ministro André, talvez seja menos uma questão semântica e mais uma questão de percepção. Quando se fala descriminalização, parece que nós estamos dizendo que não tem problema. E não é isso o que nós estamos fazendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não é isso, não é recreio.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas veja, nós entendemos a posição de Vossa Excelência, e eu lhe devolvo a palavra para a continuação.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Até porque eu justifico isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu quero aqui, até porque eu trouxe a proposta de tese.

O Ministro André está correto. Nós não estamos legalizando, ou seja, dizendo que não poderá haver consequências, mas nós estamos descriminalizando. Então, é importante o debate, a minha posição é contrária à do Ministro André, mas eu preciso me manifestar nesse

RE 635659 / SP

sentido, porque o primeiro item da minha tese é exatamente isto: não tipifica o crime previsto no art. 28. Então, nós não estamos legalizando como o Presidente disse.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Com o que eu concordo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas estamos descriminalizando. Não é mais crime.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É um ilícito, mas não é crime, não é um ilícito criminal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não é crime.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Estamos mantendo como ilícito administrativo, podendo o legislador, inclusive, fazer todo um tratamento, e daí a necessidade de que as autoridades de saúde pública passem a focar essa temática.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro André e Ministro Alexandre, é fato que, tecnicamente, estamos descriminalizando, tanto que eu falei que o nosso problema é um pouco mais de sonoridade das palavras. Ao falar descriminalizar, gera-se a confusão que eu tentei desfazer ao início, porque descriminalizar pode parecer que é legalizar. Então, nós estamos dizendo que deixa de ter uma sanção penal e passa a estar sujeito a medidas administrativas. Esse é o fato.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu acho que os votos caminharam, na sua maioria, salvo o do Ministro Zanin, nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Essa questão é importante pelo seguinte: ao descriminalizar, a polícia não pode entrar no domicílio de alguém que esteja com maconha para uso próprio, porque não é mais flagrante delito. Então, é importante quem nos ouve saber qual a consequência.

O que também, se a maioria seguir a questão colocada pelo Ministro Gilmar, não permite que a pessoa fume maconha dentro do cinema.

RE 635659 / SP

Então, são coisas diversas.

Agora, a polícia não poderá invadir domicílio legalmente como pode no caso de ser crime, de estar em depósito o crime, não será mais flagrante delito, por isso que é descriminalização.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nem haverá uma liberação para o sujeito instituir, como em Amsterdã, um *coffee shop* para fumar maconha. Não é disso que se cuida.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por gentileza, Presidente.

Ministro Gilmar, então, Vossa Excelência está mudando a natureza da infração de infração penal para ilícito administrativo. Vossa Excelência se referiu ao legislador fazer a conformação de como é que se vai proceder com relação ao usuário: se vai ter tratamento, adverte, faz uma audiência...

Agora, Vossa Excelência não fixa a quantidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não fixo? A quantidade [ininteligível].

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Nós convergimos, em princípio, para 60 gramas. É isso o que está na mesa por enquanto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Houve tanta discussão sobre isso, que nós ficamos de fazer ajuste. Ministro Alexandre trouxe considerações, Ministro Barroso se inspirou até na constituição do Ministro...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A minha proposta era de 100 gramas, que é na Espanha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E aqui eu só queria chamar a atenção que há recomendações para o CNJ para tomar providências quanto ao juízo competente em relação a essa matéria, que não seria nesse caso juiz penal, mas um juiz cível, e medidas relativas ao

RE 635659 / SP

SUS para tratar o tema no contexto da saúde pública.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro André, sei que cada um que aparteia não deixa Vossa Excelência começar o voto.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu não ia abordar isso, mas nos últimos dias a terminologia ficou no ar para mim.

Pois não, Ministra Cármen.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas porque Vossa Excelência fez uma indagação ao Senhor Presidente sobre as consequências de ilícito penal com ilícito civil, que seria, por exemplo, só a reincidência. Não. Apenas também fazendo uma achega ao que o Presidente já respondeu, o Ministro Relator também, por exemplo, com base na caracterização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 como ilícito penal, a jurisprudência do Supremo se firmou no sentido de que haveria caracterização da posse como falta grave para aquele que, mesmo que já esteja no regime semiaberto, no regime aberto, como é falta grave, isso importa para outros dados da vida dele. Isso tem importância e foi jurisprudência nossa que firmou. Apenas essa achega.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Agradeço, Ministra Cármen. E até para trazer alguns esclarecimentos sobre esse ponto, é uma questão, digamos assim, um pouco lateral no meu voto, mas importante de abordar. O STJ tem um compilado de jurisprudência sobre a Lei de Drogas. No item 7 desse compilado, ele diz que as contravenções penais puníveis com pena de prisão simples não geram reincidência e, a partir disso, mostrando-se desproporcional que condenações anteriores pelo delito do art. 28 da Lei nº 11.343 configurem reincidência, uma vez que não são puníveis com penas privativas de liberdade.

Há um julgado no âmbito da Segunda Turma, Relator Ministro Luiz Edson Fachin, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário em HC 178.512, em cujo acórdão consta:

"REINCIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. ILEGALIDADE."

RE 635659 / SP

Então, já por maioria, eu fui vencido, eu e o Ministro Nunes Marques, nesse julgamento, mas, até em função do estudo que fiz para o presente julgamento, eu entendo, adiantando, que essas questões todas nós poderíamos salvaguardar, independentemente de declarar a inconstitucionalidade do art. 28.

Ou seja, o único efeito que eu entendo plausível dessa reincidência seria para fins da própria nova aplicação no âmbito do art. 28. Não poderia ter nenhum outro efeito, além de, ora prestação de serviço à comunidade, ora uma medida educativa. Eu faço um reforço dessas medidas em caso de reincidência. Mas não haveria extrapolação, seja para a questão de tráfico de drogas, para questões de primariedade em outros ilícitos, para questões de cerceamento de direitos outros, ou restrição a direitos em relação ao usuário. Ou seja, daria um tratamento mitigado à questão da primariedade ou não, restrita ao art. 28 e sem nenhum efeito externo em relação a isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Só fiz essa menção, Ministro, exatamente porque essa é a jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal, até aqui.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - A senhora tem razão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Caracterizada exatamente com base na natureza do ilícito como consideramos. Claro que a jurisprudência pode mudar e, principalmente, a partir de conclusão aqui. Se for a de Vossa Excelência, será mantida, ainda que, para tanto, precise se formar outra jurisprudência, ou, se a tese vencedora for a do Relator, essa jurisprudência terá sido superada. Apenas por isso fiz a referência.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Agradeço imensamente, porque esses esclarecimentos acho que não só me ajudam na delimitação do objeto do meu voto, da matéria tratada, mas ajudam a sociedade a também compreender o que nós de fato estamos tratando hoje.

RE 635659 / SP

Senhor Presidente, eminente Pares, indo ao voto propriamente dito, há uma imagem na sociedade, falsa, e isso acho que é unânime de todos, todos já se manifestaram, de que maconha não faz mal. Até se fala em uso recreativo da maconha. Várias matérias de imprensa, falas nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Que não faz mal?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Sim. Há pessoas que não têm essa dimensão precisa. Não é o que nós pensamos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não. Acho que há um certo consenso médico de que algum tipo de dano causa, talvez menos do que o cigarro. Essa é a discussão. Mas algum tipo de dano causa.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - O que eu vou trazer, à luz do meu voto, é justamente que causa danos, danos sérios e maiores que os do cigarro. Eu entendo que isso é importantíssimo para nós melhor delimitarmos a quantidade. Conforme a gradação dos riscos à saúde, eu também tenho que melhor mensurar a questão da quantidade.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

I – RELATÓRIO

1. Meus cumprimentos aos eminentes Pares, ao Presidente Ministro Luís Roberto Barroso, ao Procurador-Geral da República, eminente Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco e aos advogados aqui presentes.

2. Retomamos, nesta oportunidade, o julgamento do Tema nº 506 do ementário da Repercussão Geral, em que se discute, à luz do art. 5º, inc. X, da Constituição da República, **a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.**

3. Após o voto reajustado do e. Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativas à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo e. Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do delegado de polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do e. Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: *“I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal*

RE 635659 / SP

fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas”; e do voto antecipado da e. Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do eminente Relator, pedi vista dos autos para analisar a questão com profundidade.

II- DO NECESSÁRIO PRÓLOGO: UM PANORAMA SOBRE A QUESTÃO DAS DROGAS

4. Antes de ingressar na análise da compatibilidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, com a Constituição da República, entendi pertinente colher alguns dados científicos e estudos elaborados por organismos internacionais para situar e aprofundar o debate sobre esta complexa e intrincada questão de saúde pública, que vem tomando proporções gigantescas, com a criação de bolsões de adictos vivendo em miséria nas ruas das cidades e dilacerando famílias em todo o mundo, sobretudo as mais humildes.

5. Faço referência, como ponto de partida, à valiosíssima contribuição que recebi do Prof. Dr. Jorge Hallak, Livre-Docente da Faculdade de Medicina da USP, Coordenador do Grupo de Estudos em Saúde do Homem, do Instituto de Estudos Avançados daquela Universidade, acerca, especificamente, da maconha e de outros produtos dela derivados.

5.1 Com base em inúmeros estudos científicos autorizados, o insigne professor, em coautoria com a Dr^a Ana Cecilia Petta Roselli Marques, médica psiquiatra, Doutora em Ciências pela UNIFESP, membro do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD) e supervisora do Programa Periscópio (política municipal de drogas da cidade de Tarumã/SP); o Dr. Sergio Nicastrì,

RE 635659 / SP

médico psiquiatra, Doutor em Medicina pela USP, Mestre em Saúde Pública pela Universidade John Hopkins (EUA), membro da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD); e o Prof. Dr. Arthur Guerra de Andrade, professor titular de psicologia médica e psiquiatria da Faculdade de Medicina do ABC, professor associado do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e coordenador do Programa Redenção (Cracolândia) da Prefeitura Municipal de São Paulo (2017-2022), apresentaram uma série de efeitos danosos do uso da maconha.

5.2 O material por eles produzido, o qual constará como anexo ao meu voto (e será compartilhado com os eminentes Pares), para além de ser extremamente grave e preocupante, demonstra bem que a proteção jurídica trazida pelo art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, transcende a pessoa que decide fazer uso de drogas, no caso específico, da maconha, para tomar perspectiva coletiva, atingindo toda a sociedade. Transcreverei apenas alguns trechos do que apontam os referidos *experts* sobre o consumo da droga e seus efeitos:

“Quando [a maconha é] consumida inalada, age por meio da liberação de componentes canabinoides, que se ligam nos receptores canabinoides que fazem parte do Sistema Endocanabinóide (ECS). Muitos papéis já foram atribuídos a esse sistema, entre eles a homeostase cerebral e da reprodução masculina. O principal princípio psicoativo e com potencial dependógeno, é o $\Delta 9$ -THC, que é muito mais abundante e ativo que o $\Delta 8$ -THC, ambos com concentração entre 12 e 39% para as plantas cultivadas e até 99% no caso dos cigarros eletrônicos. Também contém outros canabinoides, como o canabidiol (CBD) e o canabinol (CBN), cuja concentração varia de 0,1 a 0,8% na planta mais ou menos estável, pois o principal foco dos produtores é o aumento da concentração do THC. O efeito psicoativo do CBD e CBN não é tão bem expresso como os do THC e tem sido utilizados em pesquisas para fins medicinais.

Somente com aquecimento suficiente, queima ou

RE 635659 / SP

desidratação o ácido tetrahydrocannabinol contido na planta pode sofrer o processo de descarboxilação e formar a forma psicoativa THC, agindo por meio da sua ligação aos receptores canabinoides. Portanto, a inalação da maconha para quaisquer fins, recreativos ou medicinais tem uma grande chance de causar dano e deve ser proibida ou evitada.

Para cada unidade dos canabinoides potencialmente benéficos, existem mais de 60 que são psicoativos e com potencial dependógeno, incluindo-se o delta-9-tetrahydrocannabinol (Δ^9 -THC) e o delta-8-tetrahydrocannabinol (Δ^8 -THC), e que são de 15 vezes (considerando-se 12% de THC e 0,8 de CBD e CBN, melhor hipótese) até 100 a 390 vezes (considerando-se 17% a 39% de THC e 0,1 de CBD e CBN, hipótese mais realista) mais presentes no cigarro de maconha.

Estima-se, conservadoramente, que 9% das pessoas que experimentem esta droga desenvolvam dependência. Reconhecer o transtorno por uso de substância é importante, pois ela pode aumentar o risco de transtornos psiquiátricos graves como esquizofrenia, outras psicoses, bipolaridade, depressão, ansiedade, transtornos da personalidade e distúrbios na esfera sexual e reprodutiva. Não perceber reforça a crença sobre o “baixo risco da maconha” e pode minimizar os seus efeitos nocivos.

Fumar maconha, transformar em alimentos ou cosméticos, como se fosse um produto qualquer, vai além do usuário, pode atingir a família e a sociedade. O número de crianças intoxicadas por ingestão acidental que chegam na emergência; os acidentes no trânsito; os adolescentes sob efeito da substância, expostos ao relacionamento sexual inseguro e como consequência, uma gravidez indesejada, ou a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis; a escalada para o uso de outras drogas de abuso; o envolvimento em situações de violência ou relacionamento abusivo; o prejuízo cognitivo e a síndrome amotivacional, a queda acentuada da fertilidade masculina e do libido com biotransformação anômala dos hormônios esteroidais com

RE 635659 / SP

graves consequências na vida sexual e reprodutiva, além da cognitiva.

Comprometimento na vida escolar, universitária e acadêmica, laboral, familiar e social, entre outras repercussões observadas nos estudos, vem aumentando. Estudos randomizados e longitudinais com crianças acompanhadas até a idade adulta confirmaram o aparecimento de vários transtornos no grupo de usuários como a dependência, uma doença crônica que se desenvolve no cérebro, adquirida, grave e suas consequências.

Os maiores prejuízos relacionados ao uso são os transtornos mentais, cognitivos e estruturais do sistema nervoso central. **O uso crônico de maconha tem sido associado com o aumento das taxas de ansiedade, depressão, bipolaridade e esquizofrenia, com uma única inalação sendo responsável por desencadear esquizofrenia em 13% dos casos e que vai se perpetuar pela vida toda em indivíduos que sem este gatilho, nunca a manifestariam.**” (destaques acrescidos).

6. Especificamente sobre o risco que correm os adolescentes e os adultos jovens, assim lecionam os professores:

“A adolescência é um momento de maior vulnerabilidade e muitos fatores podem favorecer a experimentação e a manutenção do uso de substâncias. Fatores de risco como o baixo rendimento escolar, o grupo de amigos usuários, o envolvimento em atos de delinquência, a desestrutura familiar, entre outros, contribuem para a iniciação e manutenção do uso de maconha, assim como de escalada para outras substâncias.

Quanto mais cedo, frequente e prolongado o uso, maior a vulnerabilidade para problemas. Estudos mostram que os indivíduos têm iniciado o uso bem mais cedo e a concentração de $\Delta 9$ -THC, principal componente da planta com poder dependógeno, aumentou muito.

A maconha dos anos 1960 difundida no festival de Woodstock (EUA), tinha algo ao redor de 2 a 3% de THC total,

RE 635659 / SP

hoje a concentração chega a ser de 5 a 12 vezes maior do que há 60 anos, e 30% maior do que há 20 anos, demonstrando um claro direcionamento para plantas mais psicoativas e que irão criar maior dependência nos usuários e os torna mais suscetíveis a desenvolverem complicações médicas, como por exemplo, um surto psicótico ou esquizofrênico.

(...)

Precocidade do envolvimento com esta droga e o longo tempo de exposição à mesma resultam em mais graves consequências cognitivas futuras, em comparação com o uso desta droga iniciado na vida adulta, possivelmente interrompa a poda da massa cinzenta ou a mielinização da substância branca, especialmente no córtex pré-frontal, principal sede das funções executivas superiores.

Um outro estudo da Nova Zelândia, conduzido em parte por pesquisadores da Duke University, mostrou que pessoas que começaram a fumar Maconha na adolescência e que tinham transtornos pelo seu uso, perderam em média 8 pontos de QI, entre as idades de 13 e 38 anos e mesmo cessando o uso quando adulto. Suas habilidades não retornaram totalmente.

O uso da maconha está associado com piora da qualidade seminal e com perda progressiva de função dos espermatozoides e dos testículos, comprometendo significativamente o potencial reprodutivo pela geração excessiva de radicais livres de oxigênio, desbalanço hormonal e diminuição do volume testicular.

O uso precoce antes dos 18 anos de idade, está relacionada com cognição mais pobre, incluindo a atenção, capacidade executiva, QI verbal, e uma redução de desvio padrão sobre o QI em larga escala, mesmo após a abstinência prolongada.

O uso frequente de maconha entre os jovens multiplica por 5 vezes a chance de apresentar depressão e ansiedade ao longo da vida (OR=5,6) e estes sintomas podem, além da ação direta da maconha, estar associados a eventos psicossociais, por exemplo, à adoção de um estilo de vida baseado na

RE 635659 / SP

contracultura e eventos circunstanciais, fracasso ou abandono escolar, desemprego e crime; que podem levar a taxas mais elevadas de transtornos mentais.

Uso persistente de maconha por crianças e adolescentes foi associada com uma redução de até 6 pontos de QI, com declínio evidente para aqueles que desenvolveram dependência na adolescência, e entre aqueles que, com 38 anos, consumiram esta droga menos do que uma vez por semana.

A hipótese que o uso precoce de maconha está associado ao aumento de anomalias morfométricas, eletrofisiológicas e cognitivas entre usuários adultos foi confirmada.

Início precoce em mulheres associou-se a níveis educacionais mais baixos, QI baixo e mães com baixa escolaridade baixa e alterações na memória episódica.

Usuários ocasionais de maconha (que fumavam uma vez ao mês) de ambos os sexos mostraram alterações na cognição (atenção, flexibilidade cognitiva, a estimativa de tempo e processamento visuoespacial).

A maconha é mais prejudicial para o desenvolvimento neuropsicomotor quanto mais cedo ocorrer o início de seu uso, quanto mais anos de uso, quanto maior a concentração de THC e se houver exposição intrauterina.” (destaques acrescidos).

7. A opinião da comunidade científica caminha no mesmo sentido dos relatórios de organismos internacionais sobre a questão das drogas, em que se destaca o aumento no uso da substância (maconha) a nível mundial e os danos dela decorrentes. Tomo a liberdade de destacar alguns achados do Relatório Mundial de Drogas de 2022 do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (*United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC*):

“Ao mesmo tempo, a proporção de pessoas com transtornos psiquiátricos e suicídios associados ao uso regular de cannabis aumentou, juntamente com o número de hospitalizações. Cerca de 40% dos países relataram a cannabis

RE 635659 / SP

como a droga relacionada ao maior número de transtornos relacionados ao uso de drogas.” (p. 5)

(...)

“(…) o número de usuários [de maconha] continua a aumentar. A cannabis permanece a droga mais amplamente utilizada em todo o mundo. Em 2020, mais de 4% da população global com idade entre 15 e 64 anos (209 milhões de pessoas) havia usado cannabis no ano anterior. A prevalência do uso de cannabis no último ano aumentou 8%, de 3,8% em 2010, enquanto o número de pessoas que usaram cannabis no último ano aumentou 23%, de 170 milhões em 2010, em parte devido ao aumento da população global.” (p. 16)

(...)

“Com essas dinâmicas - aumento da exposição a produtos de cannabis de alta potência e uso regular e frequente de cannabis - os danos relacionados ao uso de cannabis estão cada vez mais evidentes na população em geral na Europa Ocidental e Central.

Houve um aumento significativo nas admissões ao tratamento relacionadas ao uso de cannabis e comorbidades psiquiátricas. Entre 2010 e 2019, na União Europeia, a taxa de pessoas que iniciaram tratamento com cannabis como droga principal aumentou de 27 para 35 a cada 100.000 da população adulta. Em 2019, cerca de 35% de todas as pessoas que ingressaram em serviços especializados de tratamento de drogas na União Europeia foram para tratamento do uso de cannabis.

Mais da metade dos clientes de primeira vez estavam usando a droga diariamente. A cannabis também foi a substância mais comum relatada em salas de emergência, onde estava presente em 26% dos casos de toxicidade aguda por drogas, geralmente ao lado de outras substâncias.” (p. 24)

(...)

“Em um estudo caso-controle realizado em 11 locais no Brasil, Inglaterra, França, Itália, Holanda e Espanha envolvendo pacientes apresentando o primeiro episódio de psicose e

RE 635659 / SP

população adulta dos mesmos lugares, **o uso de cannabis foi associado a uma probabilidade três vezes maior de transtorno psicótico em comparação com indivíduos que nunca haviam usado a droga; o uso diário de cannabis de alta potência (mais de 10% de THC) aumentou o risco de transtorno psicótico em mais de quatro vezes em comparação com o risco para aqueles que nunca usaram cannabis.**” (p. 24)

(...)

“Como exemplo em nível de país, **observou-se um aumento no uso de cannabis e um aumento muito maior nos danos relacionados à cannabis na Alemanha. O uso de cannabis no último ano aumentou, especialmente desde 2013, em 50%. Enquanto isso, as admissões relacionadas a transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de cannabis aumentaram consideravelmente entre 2000 e 2018, assim como as admissões relacionadas à dependência e abstinência de canabinoides, que aumentaram mais de oito vezes, e as admissões para transtornos psicóticos relacionados à cannabis, que quadruplicaram.**

O aumento no número de casos de internação relacionados à cannabis na Alemanha foi atribuído a muitos fatores, incluindo o debate sobre a legalização da cannabis; emendas à Lei de Entorpecentes e outras regulamentações em 2017 que expandiram as opções para os médicos prescreverem produtos à base de cannabis sob certas condições; e aumento da disponibilidade de produtos à base de cannabis com alto teor de THC (e baixo teor de CBD) e canabinoides sintéticos.

Todos esses fatores podem ter contribuído multiplicativamente para o aumento no número de casos de internação devido a transtornos relacionados ao uso de cannabis, mais do que apenas contribuindo para o aumento no número de pessoas que usam cannabis na Alemanha.” (p. 24-25) (2022). World Drug Report 2022: Drug Market Trends Cannabis Opioids. Recuperado de https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_3.pdf f.” (destaques acrescidos).

RE 635659 / SP

8. Relevante registrar, ainda, a partir do exame dos estudos científicos, de relatórios de organismos internacionais e de países que promoveram passos no caminho da legalização, que, a despeito de essas medidas já terem sido adotadas em alguns países, **ainda não há estudos conclusivos que apontem, de modo categórico, que os propalados efeitos benéficos do processo de legalização da maconha e de outras drogas se confirmaram na realidade ou que superaram os malefícios da liberação da droga.**

8.1 Somente essa circunstância, a meu sentir, com a vênua dos que entendem de modo contrário, já recomendaria o aprofundamento das reflexões e pesquisas sobre a conveniência e utilidade na adoção de tais medidas antes de sua adoção efetiva. Essa avaliação, ainda, encontraria melhor lugar na seara legislativa, em que podem ser debatidas com a sociedade civil e com especialistas todas as nuances e medidas de cautela exigidas para a questão. Com efeito, medidas liberatórias do consumo e venda de drogas trazem consequências imediatas, em diversos setores da atuação estatal, que devem ser endereçadas pelas autoridades a partir de políticas conglobantes e transversais.

9. Sobre as consequências já identificadas nos países que adotaram medidas de legalização, tomo como base de análise, novamente, as pesquisas compiladas no *“World Drug Report 2022: Drug Market Trends Cannabis Opioids”* pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. A partir dos dados contidos no citado relatório, nota-se **ter ocorrido, nos países que implementaram medidas de legalização, uma ampliação do consumo da maconha, assim como uma percepção da diminuição do dano causado pela droga.** Transcrevo trechos do Relatório Mundial de Drogas de 2022 que assim indicam:

“A pesquisa da UNODC mostrou que as percepções dos danos causados pela cannabis diminuíram em áreas onde a droga foi legalizada.” (p. 5).

RE 635659 / SP

(...)

“O uso de cannabis e a frequência do uso de cannabis aumentaram nos países e jurisdições estaduais que legalizaram o uso não medicinal de cannabis.” (p. 34)

(...)

“O uso de cannabis no Canadá e no Uruguai também aumentou após a legalização, embora não com a mesma taxa de aumento ou para o mesmo nível de uso que nos Estados Unidos. No Uruguai, o uso de cannabis começou a aumentar a partir de níveis muito mais baixos do que nos outros dois países.” (p. 35)

(...)

“Observa-se que a percepção do dano do uso de cannabis entre mulheres grávidas pode estar diminuindo em consonância com a legalização, e em alguns estados, os estabelecimentos de cannabis foram capazes de "recomendar" cannabis para mulheres grávidas para aliviar sintomas relacionados à gravidez.

Nos Estados Unidos, o uso de cannabis entre mulheres em idade reprodutiva (15-44 anos) e entre mulheres grávidas aumentou significativamente, embora menos entre as grávidas do que entre as mulheres que não estão grávidas. Dados combinados de pesquisas do período de 2016 a 2018 do Sistema de Monitoramento de Avaliação de Riscos na Gravidez, coletados de 36.391 mulheres nos Estados Unidos, mostraram que residir em um estado com uso não medicinal de cannabis legalizado estava significativamente associado a uma maior prevalência de qualquer uso de cannabis antes, durante e após a gravidez. Por exemplo, no Colorado, o uso de cannabis entre mulheres antes e durante a gravidez e no pós-parto aumentou consideravelmente desde a legalização.” (p. 37-38)

(...)

“Uma ‘confluência quádrupla simultânea’ de aumento da prevalência de uso, aumento da intensidade de uso (em termos de frequência e quantidades), aumento do teor de THC nos produtos de cannabis e aumento de hospitalizações

RE 635659 / SP

devido ao uso de cannabis e transtornos relacionados ao seu uso provavelmente interagem multiplicativamente no contexto do estudo do impacto da legalização. Nos Estados Unidos, os casos de exposição à cannabis de 2010 a 2017 aumentaram após a legalização do uso não medicinal de cannabis em jurisdições estaduais. No Colorado, as visitas ao pronto-socorro e hospitalizações relacionadas à cannabis (incluindo o tratamento de transtornos e dependência do uso de cannabis) aumentaram consideravelmente desde 2013, mas mostraram uma estabilização geral desde 2018. Nas visitas ao pronto-socorro, os pacientes podem apresentar ansiedade, ataques de pânico, intoxicação pública, vômitos e outros sintomas não específicos que podem ser precipitados pelo uso de produtos de cannabis com diferentes teores de THC. Isso é especialmente o caso com produtos de cannabis comestíveis de alto teor de THC, que levam mais tempo para alcançar efeitos psicoativos máximos, que uma pessoa não consegue regular. Seguindo a mesma tendência que no Colorado, na Califórnia, após a abertura do mercado de vendas no varejo, as visitas ao pronto-socorro e as internações por uso primário de cannabis aumentaram 56 por cento de 2016 a 2019. No Canadá, de 2015 a 2018, houve um aumento de 30 por cento na mudança percentual anual de casos relacionados à cannabis relatados pelo Programa Canadense de Relatórios e Prevenção de Lesões Hospitalares.”

(...)

“Pesquisas mostram que a depressão está associada ao uso de cannabis e à frequência do uso de cannabis. As taxas de suicídio nos Estados Unidos aumentaram entre 2002 e 2018, especialmente entre pessoas de 18 a 34 anos, e as taxas permanecem mais altas em estados que legalizaram a cannabis do que em estados que não o fizeram. No Colorado, a proporção de suicídios em que a cannabis estava presente, para os quais havia dados toxicológicos disponíveis, aumentou mais de três vezes entre 2006 e 2018. Em contraste, a proporção de suicídios em que o álcool estava presente

RE 635659 / SP

aumentou apenas ligeiramente, de 35 por cento para 40,6 por cento no mesmo período.

No geral, nos Estados Unidos, o transtorno do uso de cannabis no último ano, o uso diário de cannabis e o uso não diário de cannabis estavam associados a uma maior prevalência de ideação suicida, planos e tentativas de suicídio no último ano entre adultos jovens de 18 a 23 anos de ambos os sexos, com prevalência significativamente maior entre mulheres do que homens.

Um estudo em um ambiente de unidade de emergência hospitalar canadense observou que no período pós-legalização (2018), houve um aumento significativo no uso de cannabis (de 28 por cento para 37 por cento) entre pacientes que procuraram consultas com um psiquiatra, especialmente entre pacientes com idade entre 18 e 24 anos.

No entanto, não houve diferença estatisticamente significativa em termos de diagnósticos de transtorno psicótico antes ou após a legalização, mas houve um aumento na proporção daqueles diagnosticados com um transtorno de personalidade no período pós-legalização (aumento de 39,6 por cento para 44,9 por cento).

Conforme o uso de cannabis e padrões prejudiciais aumentaram nos Estados Unidos, a associação entre o uso de cannabis e a depressão também aumentou significativamente entre 2005 e 2016. Uma pesquisa nacional mostra que indivíduos com depressão têm maiores chances de uso de cannabis no último mês e uso diário ou quase diário de cannabis em comparação com aqueles sem depressão.” (p. 38-39).” (destaques acrescidos).

10. Além dos relatórios de organismos internacionais, entendi pertinente, para verticalizar a compreensão sobre a questão, pesquisar dados oficiais de órgãos estatais nacionais de países que promoveram medidas de legalização de drogas. Dessa busca, foi possível localizar dados mais seguros sobre o caso do Canadá, que promoveu a legalização da comercialização e consumo da maconha a partir do *Cannabis Act* (C-

RE 635659 / SP

45), que entrou em vigor em 17/10/2018.

10.1. Com efeito, a partir de dados da Agência Nacional de Estatística do Canadá, precisamente do relatório “Cannabis in Canada”¹, identificou-se que, **em 2017, ano que antecedeu a legalização, 14,8% da população com 15 anos ou mais de idade, reportou ter consumido maconha nos três meses que antecederam a pesquisa. Após a legalização, contudo, esse número experimentou um aumento fora da curva, saltando para 20% em 2018 e para 22% em 2021.**

11. Esse dado oficial estatal corrobora as conclusões alcançadas pelos organismos internacionais, dentre os quais destaco a ONU, no sentido de que **as medidas de legalização das drogas estão relacionadas ao aumento do consumo dos entorpecentes.**

12. Outro argumento que vem sendo colocado em dúvida pelos estudos científicos e pelos organismos internacionais que cuidam da questão, em especial o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas, é o de que a legalização da *cannabis* e outras drogas teria o efeito de eliminar ou reduzir drasticamente o comércio ilegal da droga e os problemas a ele associados. Essa realidade, até o momento, não tem sido verificada conforme a expectativa que se tinha. Transcrevo trechos do Relatório de 2022 do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime que tocam essa temática:

“O mercado ilegal de cannabis continua a existir ao lado dos mercados legais em jurisdições que legalizaram a cannabis. Enquanto os mercados de cannabis estão se desenvolvendo e ganhando uma parcela crescente do mercado por meio de fontes “legais” em jurisdições onde a cannabis foi

1 Statistics Canada. (2023). Research to Insights: Cannabis in Canada (Catálogo nº 11-631-X). Recuperado de <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-631-x/2023001/article/00001-eng.htm>

RE 635659 / SP

legalizada, o mercado ilegal também continua a existir.

Em 2021, quase metade dos canadenses obtiveram sua cannabis para uso não medicinal de uma fonte não licenciada ou ilegal, e no quarto trimestre de 2021, cerca de 40 por cento dos gastos domésticos em produtos de cannabis foram de fontes não licenciadas.

No Uruguai, até fevereiro de 2022, cerca de 69.000 pessoas dos 158.000 usuários no último mês (estimados em 2018) estavam acessando cannabis através do mercado legal de cannabis. Assim, o mercado legal fornecia cannabis para menos da metade dos usuários regulares de cannabis.

Em 2019, o mercado ilegal de cannabis foi considerado responsável por cerca de três quartos das vendas de cannabis na Califórnia. Em outros estados, como Washington, Colorado e Oregon, entre outros, onde não há estimativa do tamanho ou extensão do mercado ilegal, esses mercados parecem ter continuado a operar ao lado dos mercados legais/regulamentados de cannabis. Os mercados ilegais continuam a existir devido, entre outras razões, às disparidades de preços entre fontes legais e ilegais devido à tributação, ao fato de que algumas jurisdições dentro dos estados optam por não adotar medidas de legalização da cannabis e devido a indivíduos ou grupos que cultivam cannabis não licenciada em propriedades públicas ou grupos de crime organizado que traficam cannabis para fora do estado.” (p. 47-48)

(United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2022). World Drug Report 2022: Drug Market Trends Cannabis Opioids. Recuperado de https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_3.pdf).“

13. É possível concluir, assim, a partir das pesquisas científicas e relatórios até então produzidos, que a questão do enfrentamento às drogas é, no mínimo, complexa e multifatorial, não se verificando, no momento, respostas conclusivas sobre o tema, quadro que recomenda, sem dúvida, cautela, sobretudo judicial, e maior tempo de estudo e

RE 635659 / SP

deliberação.

13.1 Isso porque, da análise que faço do material que cataloguei, com a vênia dos que têm compreensão diversa, não diviso segurança nos dados que atestem, categoricamente, que a mudança do panorama atual, com o avanço de medidas que caminham na direção da legalização das drogas trariam mais benefícios, individuais e sociais, do que malefícios. Nesse ponto, importante destacar que a descriminalização é, na prática, um passo no caminho para a completa legalização da droga.

14. A conclusão por mim alcançada encontra ressonância nas recomendações da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (INCB), órgão de monitoramento da implementação das convenções internacionais de controle de drogas da Organização das Nações Unidas. A partir do recente *“Relatório da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes para 2022: Conclusões e recomendações aos Governos, às Nações Unidas e a outras organizações internacionais e nacionais relevantes”*, é possível extrair que:

“É difícil medir o impacto da legalização na saúde pública, na segurança pública e na economia. Pode-se observar que, no tempo relativamente curto desde a implementação, a legalização não conseguiu superar os problemas mais urgentes, como o aumento das taxas de consumo, a criminalização de um número excessivo de pessoas que usam drogas, o crescente mercado ilícito e a expansão do crime organizado. Nas jurisdições que legalizaram a cannabis, o consumo permanece mais alto do que nas jurisdições que não o fizeram, e a prevalência parece aumentar mais rapidamente do que nas comunidades que não legalizaram a cannabis, com consequências notáveis para a saúde e sociedade.

A legalização não conseguiu dissuadir os jovens de consumir cannabis. Os mercados ilícitos foram parcialmente reduzidos, mas persistem e prosperam. O tráfico de drogas por grupos criminosos organizados foi parcialmente substituído

RE 635659 / SP

por uma indústria legal de cannabis em expansão que visa lucrar aumentando as vendas. Em termos gerais, **pode-se constatar que as jurisdições que legalizaram não alcançaram todos os objetivos que buscavam por meio da legalização.**

A legalização também levanta preocupações com relação à saúde pública, especialmente quando os produtos de cannabis são anunciados de forma que atraiam crianças ou jovens. Isso está relacionado a uma percepção decrescente dos riscos do uso de cannabis. A alta potência de produtos de cannabis, como concentrados e comestíveis, também levanta preocupações com a saúde pública.

A Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes ressalta que medidas para permitir o uso de substâncias controladas, incluindo cannabis, para fins não médicos e não científicos são inconsistentes com o artigo 4, parágrafo (c), da Convenção de 1961, conforme alterada, que exige que os Estados partes adotem medidas legislativas e administrativas necessárias, sujeitas às disposições da Convenção de 1961, conforme alterada, para limitar o uso de drogas narcóticas exclusivamente a fins médicos e científicos.

O artigo 3, parágrafo 1 (a)(i), da Convenção de 1988 exige a criminalização da produção, fabricação, extração, preparação, oferta, oferta para venda, distribuição, venda, entrega sob qualquer termo, corretagem, expedição, expedição em trânsito, transporte, importação ou exportação de qualquer droga narcótica ou qualquer substância psicotrópica contrariamente às disposições da Convenção de 1961, conforme alterada, ou da Convenção de 1971. O artigo 3, parágrafo 1 (a)(ii), da Convenção de 1988 exige a criminalização do cultivo de plantas de cannabis com o objetivo de produção de drogas narcóticas contrariamente às disposições da Convenção de 1961, conforme alterada.”

(International Narcotics Control Board (INCB). (2022). Report of the International Narcotics Control Board for 2022: Conclusions and recommendations to Governments, the United Nations and other relevant international and national

RE 635659 / SP

organizations (Capítulo IV). Recuperado de https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2022/Annual_Report_Chapters/070_Chapter_IV.pdf.“ (destaques acrescentados).

14.1 Conclui-se, assim, ainda como ponto de partida, que a questão concernente aos efeitos das medidas tendentes à legalização da maconha ainda se situa em um campo de ampla controvérsia científica e política e — acrescento — moral.

III – DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

15. Após um breve panorama da questão das drogas em nível global e de análise de algumas consequências, até então catalogadas, das medidas de legalização do consumo e venda de entorpecentes, passo a voltar os olhos para a questão constitucional debatida nos presentes autos.

16. O primeiro ponto que gostaria de ressaltar é que, a meu sentir, não cabe a esta Suprema Corte reelaborar a política sobre drogas instituída pelo Poder Legislativo por meio da Lei nº 11.343, de 2006. É importante deixar bem evidenciada essa premissa, pois, ao longo deste julgamento, ouvimos, inclusive de alguns *amici curiae*, inúmeras críticas acerca do mérito das opções legislativas contempladas na lei de 2006.

17. Algumas dessas críticas, embora legítimas, talvez tenham errado de endereço, pois o *locus* democrático e constitucional para promover eventuais ajustes ou revisões na política sobre drogas adotada em nosso país, segundo penso, não é o Supremo Tribunal Federal, mas o Congresso Nacional.

18. Com a devida vênia de todos os que porventura discordam da atual legislação que rege a política de drogas no Brasil — e é legítimo fazê-lo —, este julgamento não é uma “*oportunidade*” para se promover

RE 635659 / SP

uma “revisão geral” dessa política, por mais que cada um de nós — e aqui refiro-me não somente aos eminentes Pares, mas aos inúmeros *amici curiae* e a todos os segmentos da sociedade brasileira — tenhamos nossas opiniões a respeito do tema.

19. Essas opiniões podem estar ancoradas em dados empíricos, como os que lastrearam o belíssimo voto-vista trazido pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, podem ter como referência as experiências alienígenas, podem estar ancoradas em visões ideológicas ou em simples conjecturas, mas o fato é que o que se está julgando nesta oportunidade não é a política sobre drogas instituída pelo Congresso Nacional em 2006.

20. E isso pelo singelo fato de que, em atenção ao princípio da separação dos Poderes, cabe ao Poder Legislativo, no lícito exercício representativo da soberania popular, fazer as leis deste país, inclusive as que versem sobre a política sobre drogas. A questão do uso de drogas, aliás, tem múltiplas implicações sobre segurança pública, saúde coletiva e sobre a própria família brasileira — *com especial ênfase na nossa juventude, como aponta o art. 227, § 3º, VII da Lei Maior*² —, de modo que a avaliação das diversas condicionantes e o sopesamento da adequação das diferentes medidas a serem implementadas devem ser realizados, a meu sentir, por meio de debate qualificado e informado no âmbito do Congresso Nacional.

2 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.”

RE 635659 / SP

21. Reforço, neste particular, o que já foi anteriormente frisado por Vossa Excelência, eminente Presidente Luís Roberto Barroso, acerca de eventuais confusões ou mal-entendidos sobre o alcance deste julgamento. **Não se está aqui a debater a despenalização do porte de drogas para consumo pessoal, pois isso já foi feito em 2006 pelo Congresso Nacional.** A despenalização do porte de droga, no sentido de que não sofrerá, o usuário, violação ao seu *status libertatis*, ou seja, não será preso pelo tão só fato de portar droga para consumo pessoal, foi uma das opções legislativas legitimamente feitas em 2006.

22. Com efeito, **o que ora se debate é a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, ou seja, se o artigo que tipifica o crime do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, é constitucional e, portanto, deve subsistir, no Brasil, a figura típica que indica ser delituosa a conduta de ter consigo drogas para consumo pessoal.**

22.1 Aliás, esses são os termos do que decidiu o Plenário da Corte ao admitir a afetação do caso ao regime da repercussão geral, em que assim se definiu: *“recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada”* (grifos nossos).

23. Feita essa distinção, cabe apontar que, a despeito de, neste momento, não se discutir a possibilidade de imposição de medida de privação de liberdade para quem porta drogas para uso pessoal, o que já foi excluído pelo legislador em 2006, **remanesce para debate neste momento a questão da completa descriminalização dessa conduta, o que consiste em tema profundamente divisivo e de grande relevância para a sociedade brasileira, cuja definição por esta Suprema Corte terá efeitos sobre a dinâmica do uso e comércio de entorpecentes em todo o país.**

RE 635659 / SP

24. Quanto à parte técnica, de índole constitucional, não se trata, a meu ver, repito, de saber se a política preconizada na Lei nº 11.343, de 2006, é boa ou ruim. Se tem sido eficaz ou ineficaz. Se os congressistas devem reformulá-la ou não, ainda que, repito, todos possamos ter nossas legítimas opiniões a respeito. Não me descuro, de todo modo, que a avaliação da norma infraconstitucional passa por um raciocínio mais amplo, relacionado não só às balizas do legislador infraconstitucional sobre as drogas, mas a toda Política Nacional. Isso porque o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, é parte de um “*castelo de cartas*” construído para a regulação e enfrentamento das drogas no país.

25. Nada obstante, reitero que o foco da discussão é a validade constitucional do artigo 28 dessa lei, que tipifica, mas sem prever a sanção de privação da liberdade, o porte de drogas para consumo pessoal. Delimitado o problema constitucional proposto pelo Plenário desta Corte, e sem qualquer deslusto às legítimas opiniões acerca de modelos legislativos diversos para o tratamento desse sensível tema, atendo-me ao quanto necessário para o deslinde da questão juridicamente controversa.

IV – DA POLÍTICA SOBRE DROGAS IMPLEMENTADA PELA LEI Nº 11.343, DE 2006

26. A Lei nº 11.343, de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). O legislador optou por segmentá-la em dois grandes eixos, o que se depreende já a partir da ementa adotada. No primeiro, o tema é tratado sob a perspectiva prioritária da saúde humana — coletiva e individual —, com a fixação de “*medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*”. No segundo eixo, o foco se volta mais diretamente para a segurança pública, com o estabelecimento de “*normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*”.

27. A consulta ao Diário da Câmara dos Deputados revela alguns

RE 635659 / SP

aspectos interessantes consignados no Relatório do Deputado Federal Paulo Pimenta, então Relator do Projeto de Lei nº 7.134, de 2002, que viria a se tornar a Lei nº 11.343, de 2006. Destaco do aludido documento os seguintes trechos:

“Voto do Relator

Com relação à constitucionalidade, tivemos o cuidado de retirar do projeto disposições que poderiam ter sua validade atacada, como mostraremos adiante.

As proposições não apresentam vícios de injuridicidade e a técnica legislativa foi apurada no Substitutivo que apresentamos.

Em análise de mérito, cumpre fazer uma breve abordagem sobre a questão das drogas no país.

A demanda e a oferta de drogas, no Brasil, são consideradas questões de Estado, em razão de seus impactos negativos nas instituições nacionais e nas relações sociais em suas diversas modalidades. Afetam, dentre outros, a saúde, a segurança, o trabalho, a previdência social, o bem-estar individual, a família e, até mesmo, alguns aspectos da soberania nacional.

(...)

O uso indevido de drogas implica, quase sempre, em contato precoce com o mundo da ilegalidade e da violência e deixa, por vezes, um legado de sofrimento e vulnerabilidade social para o indivíduo e sua família.

(...)

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas ao traficante, igualmente tratados, na Lei nº 6.368, 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

RE 635659 / SP

e para sua família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social.

(...)

Sendo assim, encaminho novo Substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.134, 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 possibilidades concretas de ser implementada.

A proposta que apresento a esta Casa está alinhada aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, com destaque para as Convenções das Nações Unidas, respeita a Carga Magna do País e, acima de tudo, resguarda os direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, procuramos, no 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.

(...)

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressaltamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal. (...).” (Diário da

RE 635659 / SP

Câmara dos Deputados, 12 de fevereiro de 2004. Acesso em 2 de março de 2024. Disponível em https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12FEV2004.pdf#page=)).

28. Depreende-se da leitura que a Lei nº 11.343, de 2006, desde seu nascimento, continha a preocupação de separar as figuras do traficante de bens ilícitos entorpecentes daquela correspondente a seu consumidor. Nos dizeres do deputado, humaniza-se pelo preceito secundário a conduta de quem porta droga ilícita para consumo próprio, em comparação com aquele que a comercializa.

V – DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343, DE 2006

29. A alegação de inconstitucionalidade do dispositivo focado baseia-se na suposta violação da intimidade e da vida privada de quem decide autonomamente fazer uso de drogas, bem como na ofensa ao princípio da proporcionalidade, cuja envergadura constitucional esta Corte já há muito vem reconhecendo.

30. O exame da alegada inconstitucionalidade passa, portanto, pela verificação do escopo da norma, isto é, quais os bens juridicamente relevantes que esse dispositivo busca tutelar e, na sequência, analisar se a proteção desses bens poderia ser feita de outro modo pelo legislador, sem a suposta violação da intimidade e da vida privada do usuário, mediante a criminalização da conduta.

31. Conforme exposto anteriormente, o eixo temático no qual repousa o art. 28 da Lei de Drogas, nada obstante a sua natureza jurídica, é a tutela da saúde, tanto a pública (dimensão coletiva) quanto a individual. Embora a terminologia adotada pelo legislador adote a expressão “*penas*”, o dispositivo ostenta evidente e genuína preocupação com a pessoa do usuário ou dependente. Essa conclusão decorre não

RE 635659 / SP

somente da ausência da sanção privativa de liberdade, mas também da expressa vinculação das sanções previstas à perspectiva de tratamento e recuperação do agente. Transcrevo:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(...)

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

(...)

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

32. Nota-se, portanto, que o bem jurídico tutelado pela norma em questão é, primeiramente, a saúde individual do usuário ou dependente. **Mas não se esgota nisso.** Uma conduta penalmente relevante cujas sanções somente podem ser (i) advertência sobre os efeitos das drogas; (ii) prestação de serviços à comunidade em locais vinculados à prevenção do consumo ou recuperação de usuários e dependentes; e (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo; a meu ver, **tem por escopo proteger não apenas a saúde do indivíduo, na perspectiva da prevenção e recuperação/reinserção social, mas também (i) a família — base da sociedade e que desfruta de “especial proteção do**

RE 635659 / SP

Estado”, conforme art. 226, caput, da CRFB, de 1988 —; (ii) os jovens e adolescentes, em observância ao mandamento constitucional expresso pelo art. 226, § 3º, inc. VII — que estabelece como “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem” “direito a proteção especial”, nela incluída o estabelecimento de “programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins” —; e (iii) toda a sociedade, impactada, exemplificativamente, nos sistemas públicos de saúde e segurança.

33. Nota-se, portanto, que a finalidade do dispositivo é bem mais ampla do que apenas tutelar a saúde individualmente considerada do usuário ou dependente. Está-se a falar de direitos fundamentais como educação, trabalho, incolumidade no trânsito, defesa da família, do adolescente e dos jovens, previdência social, assistência social etc. E isso sem adentrar no segundo eixo da Lei de Drogas, que trata da repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, obviamente fomentada pelo uso das drogas e que, lamentavelmente, alimenta a criminalidade organizada mais violenta. A interconexão de todos esses bens e valores fundamentais me leva a concluir que a norma albergada no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, não diz respeito apenas ao usuário ou dependente.

34. Aliás, se tem algo que este julgamento escancara são os dramas familiares, o sofrimento coletivo que a dependência química promove no seio da família de quem se vê aprisionado pelo vício. O uso da droga pode até ser um ato individual, mas as consequências sempre serão sofridas de forma coletiva, primeiramente pela família, depois pelo círculo de amigos e, por fim, pela sociedade, e isso em vários aspectos, desde a questão do fomento ao crime organizado, passando pela queda de produtividade, gastos públicos com o SUS e o sistema previdenciário, etc.

35. É preciso enfatizar, digo eu, que não há qualquer benefício, não

RE 635659 / SP

há qualquer glamour, não há qualquer ato de heroísmo rebelde ou romântico na decisão de fazer uso de drogas ilícitas. A própria expressão “*uso recreativo*” é altamente enganosa. O fim dessa “*recreação*” é por todos conhecido: no mais das vezes doença, sofrimento, lágrimas e tristeza. Quem duvida disso pode conhecer as cracolândias espalhadas por todo o país. Na letra da Legião Urbana de Renato Russo “*parece cocaína, mas é só tristeza*”.

36. Por tudo isso, não consigo vislumbrar a alegada inconstitucionalidade do dispositivo por violação à intimidade ou à vida privada. É cediço que, diante de interesses coletivos superiores, claramente protegidos pela Constituição, o interesse individual pode e deve ceder. Assim ocorre com o uso de cinto de segurança, assim ocorre com a proibição de dirigir sob efeito de álcool. Todas essas limitações individuais são proporcionais e estão dentro de uma concepção de um padrão de razoável convivência no seio da sociedade.

37. Aliás, no caso concreto, o argumento já seria totalmente descartado de partida, pois a parte recorrente encontrava-se sob a custódia do Estado, preso pela prática de crime diverso, quando houve a detecção da droga. Nessa condição, me parece que o argumento de violação da intimidade e da vida privada seria de todo improcedente, pois a fiscalização das celas, antes de um direito, é um dever da polícia penal.

38. Ademais, para depreender que o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, viola o art. 5º, inc. X, da Constituição da República, seria necessário estabelecer como premissa a existência de um direito subjetivo ao entorpecimento por parte do usuário ou dependente. Ora, pelos indiscutíveis malefícios ao usuário e à sociedade causados pela dependência, me parece impossível conceber a existência de tal direito, sob ângulo individual.

RE 635659 / SP

39. Em aprofundado estudo sobre os elementos da Dignidade da Pessoa Humana³, o eminente Presidente, Ministro Luís Roberto Barroso, destaca a dignidade também como valor comunitário, que trata do exercício dos direitos fundamentais do indivíduo de modo necessariamente concatenado com os demais. *In litteris*, “o que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados”, de modo que o exercício da autonomia da vontade, em vista da dignidade de todos os demais indivíduos, cede espaço para “proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes”, bem assim para “a proteção de valores sociais”.

40. Haja vista o sem-número de males à saúde física e mental, com consequências nas mais variadas facetas da sua vida em comunidade, não é demasiado cancelar que a proibição do porte de substância ilícita entorpecente, bem como o consumo de substância ilícita, seja desproporcional, face ao direito individual à autodeterminação do jurisdicionado.

41. Com relação à cogitada violação da proporcionalidade, seja pela inidoneidade do meio utilizado, seja pela proibição de excesso, peço vênia aos Ministros que assim reconheceram, mas também não vislumbro qualquer desproporcionalidade ou excesso legislativo no art. 28 da Lei de Drogas.

42. Conforme exposto no tópico referente à exposição da Lei nº 11.343, de 2006, o legislador manifestou expressa preocupação no sentido de distinguir o usuário do traficante.

43. É bem verdade, e isso trabalharei mais adiante neste voto, que parece ter faltado estabelecer um critério distintivo de natureza objetiva, mas, a despeito disso, o relatório do projeto substitutivo da Câmara dos

3 (Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.)

RE 635659 / SP

Deputados, ao final aprovado, demonstra o tratamento específico que a legislação conferiu ao usuário/dependente, no sentido de retirá-lo do eixo da repressão e inseri-lo no da prevenção e recuperação. Tanto é assim que não há, repito, previsão de pena privativa de liberdade, ainda que mantida a criminalização da conduta, sob o viés da educação, recuperação e reinserção social.

44. Ressalto, nesse particular, que os debates legislativos chegaram a cogitar a descriminalização do porte para consumo pessoal, porém **prevaleceu naquela ocasião o entendimento de que o Brasil havia se comprometido perante a ordem jurídica internacional com a tipificação da referida conduta**, embora, reitero, sob a perspectiva maior de prevenção do que de repressão.

45. A menção feita à Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, reiterada pela Primeira Turma desta Corte no julgamento do RE nº 430.105/RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), precedente já citado neste julgamento, não é sem razão. O artigo 3 dessa Convenção, ao tratar dos delitos e sanções, dispõe:

“ARTIGO 3

Delitos e Sanções

(...)

2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

(...)

4 – (...)

c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes

RE 635659 / SP

poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinquente.

(...)

6 – As Partes se esforçarão para assegurar que qualquer poder legal discricionário, com base em seu direito interno, no que se refere ao julgamento de pessoas pelos delitos mencionados neste Artigo, seja exercido para dotar de eficiência máxima as medidas de detecção e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de se exercer um efeito dissuasivo à prática desses delitos.”

(Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991).

46. Constato, portanto, que a norma impugnada guarda total coerência com a Convenção a que o Brasil se obrigou a cumprir, inclusive quanto à substituição da pena privativa de liberdade “*pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social*”. O art. 28 da Lei de Drogas, a meu juízo, passa tanto pelo crivo da constitucionalidade quanto pelo da convencionalidade, não havendo que se falar em “*excesso*” do legislador.

47. As críticas quanto à adequação da medida legal mais encontradas são as que se voltam à abordagem policial ostensiva, com a apreensão das drogas do usuário, em pequenas quantidades. A questão da intimidade ou da vida privada passa ao largo dessa situação, que pode se solucionar com maior objetivação da norma do art. 28, bem como com a estrita

RE 635659 / SP

observância do devido processo legal, no que tange ao controle da atuação dos agentes de segurança pública.

48. Ainda com relação ao suposto direito ao entorpecimento, trago à colação, da obra de Leonardo Martins, *“Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas. Vol. I”*, um interessante julgado da Corte Constitucional alemã (# 6. BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*) Controle Concreto / Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 09/03/1994). Transcrevo os comentários feitos pelo citado autor:

“Nessa decisão, o TCF [Tribunal Constitucional Federal] julgou conjuntamente várias Representações Judiciais (Controle Normativo Concreto) e uma Reclamação Constitucional que questionavam, basicamente, a constitucionalidade da tipificação penal, entre outros, da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da planta cannabis sativa L do § 29 I, nº 5 BtMG (Lei de Entorpecentes).

Os tribunais representantes e os reclamantes alegaram violações, principalmente, do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG, mas também do Art. 3 I GG (igualdade: por causa da legalidade de outras substâncias que segundo seu entendimento seriam tão ou até mais nocivas à saúde pública, tais como a nicotina e o álcool) e até mesmo do Art. 2 II 1 GG (integridade física – cf. abaixo, na fundamentação da decisão).

O TCF julgou presentes as condições processuais da maioria das Representações Judiciais e da Reclamação Constitucional para então, no mérito, confirmar a constitucionalidade dos dispositivos questionados pelas referidas Representações Judiciais e julgar improcedente a Reclamação Constitucional.

O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria, de maneira definitiva; ou seja, depois de interpretado e aplicado o limite da ordem jurídica constitucionalmente compatível previsto no próprio Art. 2 I in fine GG, **o direito ao entorpecimento ou o direito de “ficar em êxtase”** (*Recht auf*

RE 635659 / SP*Rausch*).

Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, o que o TCF parece aceitar apenas em tese e concessivamente, **a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez que fora considerada proporcional em sentido estrito** (cf. sob tópico “C. I.” das razões da decisão).

Com veemência, o TCF rejeitou a tese defendida por alguns tribunais que ofereceram as Representações, segundo a qual a proibição significaria uma intervenção no Art. 2 II 1 GG (integridade física) c.c. Art. 1 I 2 GG (dever estatal de tutela), porque a proibição faria – no entendimento daqueles tribunais que propuseram o controle normativo concreto – com que os potenciais usuários da droga considerada mais leve passassem a consumir outras drogas legais como o álcool: “O dever estatal de tutela restaria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de cannabis não fosse criminalizada, [só] porque outras drogas não subordinadas à Lei de Entorpecentes poderiam [...] causar maiores danos à saúde” (sob “C. II.”).

Finalmente, o TCF não viu uma violação do mandamento de igualdade do Art. 3 I GG, porque a indústria, o comércio e a posse de outras substâncias nocivas à saúde, como nicotina e álcool, não são criminalizados. Primeiro, porque junto à seleção de fatos aos quais o legislador liga uma consequência jurídica negativa, ele teria, segundo o TCF, uma ampla margem discricionária, valendo aqui somente uma proibição de arbítrio, ou seja, a vedação de uma diferenciação totalmente irracional.

Em segundo lugar, e como consequência do primeiro fundamento, o preceito da igualdade não ordenaria a proibição ou permissão de quaisquer substâncias nocivas com a mesma intensidade. A “lista positiva” do Anexo à Lei poderia ser, em qualquer momento, complementada, assim como exceções poderiam ser previstas. Como critério para a introdução de substâncias na lista, o legislador poderia, entre outros, partir do

RE 635659 / SP

significado cultural da substância em pauta.

A comparação com a nicotina já seria inapropriada, assim julgou o TCF, pelo simples fato de a nicotina não entorpecer (não levar ao “*Rausch*”, i.e., àquela sensação de prazer ou êxtase capaz de mudar a percepção sensorial) como o faria o princípio ativo THC da planta *cannabis sativa* L.

Por sua vez, a comparação com o álcool, uma droga que, como se sabe, altera a percepção sensorial, sendo que um elevado estado de embriaguez pode ser considerado muito mais intrépido (comprometendo, por exemplo, totalmente a capacidade motora e, conseqüentemente, também a capacidade para direção de automóveis) do que o estado de entorpecimento alcançado pelo uso de *cannabis*, foi refutada pelo TCF com o seguinte problemático argumento: o álcool gozaria de uma longa tradição no círculo cultural europeu, seria usado como alimento, estimulante e até em ritos religiosos, como no caso do vinho. Ao contrário disso, a *cannabis* seria, por sua vez, usada com o escopo exclusivo de se alcançar o “*Rausch*”.

No caso do uso do álcool, como seu efeito inebriante é conhecido, sendo seu consumo submetido a maior “controle social”, a ameaça à coletividade que dele partiria seria menor. No mais, de qualquer sorte, em face da tradição apontada, nem o legislador alemão, nem o europeu poderiam proibir de forma eficaz a relação com o álcool (C. III).”

(MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.).

49. Assim, a própria Corte Constitucional alemã deixou ao talante do magistrado e do Ministério Público a possibilidade de se arquivarem processos relacionados ao consumo próprio. Esse é o sistema que vige no Brasil. **Respeita-se a opção do legislador pela criminalização, porém, não se pune ou se reputa insignificante a conduta, o que está em linha**

RE 635659 / SP

com a despenalização da conduta, tal qual constante da Lei de Drogas no Brasil.

50. Nesse aspecto, a experiência de outros países, como a Espanha, em cujo ordenamento se aplica multa de até 30 mil euros — como lembrou o eminente Relator — é significativa a intervenção estatal sobre direitos fundamentais, não só na vida privada do usuário, mas inclusive em seu patrimônio.

51. Argentina, Chile e Luxemburgo, ainda assim, determinam a presença do usuário perante um juiz, num processo judicial. Ou seja, mesmo fora da esfera penal, o consumidor da droga, igualmente, será abordado por um agente público, será submetido a um processo judicial perante uma autoridade e, ainda assim, estará sujeito a punições de ordem educativa ou preventiva. Se na balança ainda estiver em disputa a autodeterminação e a autoapresentação do indivíduo, o resultado do juízo de proporcionalidade remanesce o mesmo.

52. De mais a mais, estou de pleno acordo com o voto do e. Min. Cristiano Zanin, quando Sua Excelência vislumbrou que a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, retiraria do ordenamento jurídico o único critério estipulado pelo legislador para orientar o juiz a determinar se a droga se destinava ou não a consumo pessoal (art. 28, § 2º). E que isso poderia inclusive agravar o quadro de insegurança jurídica e disparidade das decisões judiciais.

53. Ao se fazer esse “*corte pelos extremos*”, a *persecutio criminis* fica restrita a dividir os indivíduos entre traficantes e não traficantes. Enquanto a previsão do art. 28 como figura autônoma em relação ao art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, abre espaço para identificação penal do usuário com todas as suas implicações, mais brandas e de natureza pedagógica.

RE 635659 / SP

54. Ademais, como já pude expressar durante este voto, eventual reorientação na Política Nacional de Drogas demandaria a interlocução com outros Poderes, uma análise mais vertical dos estudos relacionados ao tema e maior participação de entidades dedicadas à questão, além da participação do próprio jurisdicionado.

55. Como pontuei acima, este não me parece ser o *locus* e o momento para tais discussões. A descriminalização abrupta, conforme ressaltai a partir da análise dos estudos e relatório internacionais produzidos até o momento sobre o tema, tem gerado o efeito de diminuição da percepção dos indivíduos sobre a danosidade da conduta de consumir drogas, o que tem resultado no aumento do consumo de drogas nos países que promoveram medidas de legalização em sentido amplo (processo do qual a descriminalização é uma das etapas).

56. Concluo, assim, que, por não vislumbrar qualquer violação à intimidade, à vida privada ou à proporcionalidade, o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, não padece de nenhum desses vícios de inconstitucionalidade.

57. Não obstante, a partir das reflexões trazidas pelo e. Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que a ausência de critério objetivo para diferenciar usuário do traficante pode ensejar seletividade do sistema a partir de preconceitos e estigmas, compreendo que pode estar em curso um processo de inconstitucionalidade por omissão em andamento, a recomendar a atuação da Poder Legislativo no sentido de estabelecer parâmetros mais bem definidos para diferenciação entre aquele que utiliza a droga para consumo pessoal e aquele que tem por propósito sua venda.

VI- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE TESE

58. Ante o exposto, **acompanho a divergência inaugurada pelo e.**

RE 635659 / SP

Ministro Cristiano Zanin para negar provimento ao recurso extraordinário.

59. Proponho, ainda, a seguinte tese:

I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006;

II - Fica estabelecido o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional estabelecer critérios objetivos para diferenciar aquele que porta drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006) do traficante de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006), parâmetros que não impedirão que, no caso concreto, seja afastada a presunção mediante fundamentação idônea da autoridade competente.

60. Adiro, ainda, ao último tópico do dispositivo do voto do e. Ministro Dias Toffoli, no que toca à proposição para que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso das drogas.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Só para ter claro, Ministro André, Vossa Excelência então julga improcedente o pedido de inconstitucionalidade, mas fixa a quantidade que representará a distinção entre porte e tráfico em 10 gramas.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Improvimento no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - No caso concreto eram 3 gramas.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não provimento, mas ele estava dentro da prisão, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Então, no caso concreto, nega provimento.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Nego provimento. Eu acolho como usuário ali, mas negando provimento para diferenciar.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - No caso concreto - e na vossa frase, Ministro André, creio que está implícito -, ele estava com 3 gramas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Dentro da prisão, não é, Ministro Fachin?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas na sua afirmação não havia dentro da prisão, Vossa Excelência se referiu a 10 gramas.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Sim, mas eu explicitarei agora que estava dentro da prisão, por isso nego provimento.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É que eu ouvi a tese antes.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Ah, perdão.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão da Turma Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, ao fundamento da constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, manteve a condenação do réu pela prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal.

A parte recorrente, com base no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta violação do art. 5º, X, da Carta da República.

Argumenta, em síntese, que o crime (ou a infração) previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e privacidade, expressamente previsto no art. 5º, X, da Lei Maior, e, por consequência, afronta, também, o da lesividade, valor basilar do direito penal.

O Supremo reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada, relativa à “tipicidade do porte de droga para consumo pessoal”. Eis a ementa do acórdão:

Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

RE 635659 / SP

Discute-se, aqui, a constitucionalidade – à luz do art. 5º, X, da Carta de 1988 – do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que considera crime a conduta consistente em **adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.**

Ou seja, a questão jurídica posta nos autos reside naquilo que se convencionou chamar de “descriminalização do porte de drogas para consumo próprio”. O argumento central do recorrente está em defender que a posse e o uso de drogas, em si, constituem atos circunscritos apenas aos interesses privados do próprio usuário, de modo que a intervenção estatal, por meio da criação de um tipo penal, é excessiva e viola o direito à intimidade e à vida privada das pessoas.

Pedindo vênias aos que pensam de modo diverso, a tese recursal está no plano sutil do debate ético-filosófico e político, concernente à descriminalização (ou não) do porte de drogas para consumo, e não apresenta consistência jurídica, por si mesma, para sustentar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal que vigora há mais de uma década e meia e sobre a qual esta Corte já teve, inclusive, oportunidade de se manifestar.

A propósito do tema, no julgamento da questão de ordem no RE 430.105, Relator o ministro Sepúlveda Pertence, *DJe* de 27 de abril de 2007, o Supremo firmou a orientação de considerar-se crime a posse de droga para consumo pessoal, afastando a ocorrência da *abolitio criminis* em relação ao tipo semelhante descrito na lei revogada (Lei n. 6.368/1976). Confira-se:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um

RE 635659 / SP

crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

[...]

6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107).

Da leitura do precedente conclui-se que, no presente recurso, se postula uma reorientação radical da jurisprudência da Corte, sem que tenha havido, nos mais de quinze anos de vigência do julgado, qualquer alteração fática ou jurídica relevante apta a justificar a revisão da matéria.

Com efeito, as condutas descritas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 ostentam natureza de crime, encontrando-se inseridas no capítulo da lei relativo aos crimes e às penas (Capítulo III). As medidas sancionatórias somente podem ser aplicadas por magistrado com competência criminal – e não por autoridade administrativa –, observado o devido processo legal. Por tratar-se de delito de menor potencial ofensivo, a persecução penal se desenvolve em procedimento específico no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 11.343/2006, art. 48, § 1º), podendo o processo ser evitado por meio da realização de acordo com o Ministério Público (Lei n. 9.099/1995, art. 76).

RE 635659 / SP

Convém ressaltar que o legislador nacional não se mostrou alheio à situação peculiar do usuário de drogas, pois o diploma ora impugnado promoveu importante inovação no campo da política criminal brasileira adotada em relação aos dependentes químicos, ao suprimir a pena privativa de liberdade do preceito secundário do tipo incriminador – ou seja, o legislador “despenalizou” as condutas previstas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

A conduta de possuir entorpecente para uso pessoal e as demais previstas nos verbos nucleares do tipo penal passaram a ser punidas tão somente com medidas diversas da privação da liberdade, tais como: (i) advertência sobre os efeitos das drogas; (ii) prestação de serviços à comunidade; e (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Verifica-se, assim, que o legislador adotou política criminal voltada, claramente, para o desencarceramento, diante do grave e atual problema da lotação nos presídios, além de conferir primazia aos aspectos preventivos, pedagógicos e informativos em torno dos malefícios das drogas para a saúde dos dependentes químicos, de modo a afastar ou minimizar a estigmatização dessas pessoas, prestigiando a atuação do Estado no campo da assistência e da reinserção social.

É claro que se pode debater, no plano legislativo, a busca por soluções ainda mais brandas para a questão, isto é, um tratamento mais adequado a ser conferido à matéria, notadamente sob o enfoque de todos os aspectos acima mencionados. Pode-se debater, ainda, no Poder Legislativo, ambiente adequado para a definição da política criminal voltada para a proteção da saúde pública, a busca de soluções mais rigorosas para as condutas tipificadas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, havendo, inclusive, projetos de lei em tramitação no parlamento com essa finalidade.

RE 635659 / SP

O debate sobre a “descriminalização do porte de drogas para consumo próprio”, até o presente momento, ainda não foi finalizado pela sociedade brasileira, havendo respeitáveis compreensões acerca de seu cabimento ou da manutenção do ilícito criminal.

Assim, tenho que a decisão quanto a *abolitio criminis* da previsão contida no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 deve ser tratada pelo Poder Legislativo em sua função típica, não se configurando excepcional hipótese de violação inequívoca de direitos fundamentais a autorizar a atuação deste Tribunal.

Somente o Parlamento poderá realizar as alterações sistêmicas legislativas necessárias e correlatas no caso da opção pela descriminalização.

Quanto ao ponto, destaco, por pertinentes, as considerações críticas de Luis Pietro Sanchís:

En pocas palabras, las constituciones del neoconstitucionalismo parecen querer asfixiar la libertad política del legislador y con ello la propia democracia; y esto porque dicen demasiado a propósito de demasiadas cosas y con frecuencia de manera demasiado imprecisa o indeterminada, dejando en manos de un cuerpo elitista (los jueces) la última palabra sobre cuestiones discutidas y discutibles que deberían ser acordadas por las generaciones del presente a través del legislador democrático.¹

Vale registrar, aliás, que se encontra em tramitação no Parlamento Proposta de Emenda à Constituição que prevê a inclusão do inciso LXXX ao art. 5º da Constituição Federal nos seguintes termos: “A lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com

1 *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta, 2013. p. 34.

RE 635659 / SP

determinação legal ou regulamentar.”

Na justificativa para a proposição, ressaltou-se que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme dispõe o art. 196 da Constituição Federal. Nesse contexto, a prevenção e o combate ao abuso de drogas é uma política pública essencial para a preservação da saúde dos brasileiros.

Reconhecendo a complexidade da matéria e os danos que as drogas causam às famílias brasileiras, a Constituição Federal de 1988 tratou do tema em vários dispositivos. No art. 5º, equiparou o tráfico aos crimes hediondos (inciso XLIII) e autorizou a extradição de cidadãos naturalizados que tenham se envolvido nesse crime (LI). No capítulo da Segurança Pública, incumbiu à Polícia Federal, sem prejuízo das demais forças, “prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (art. 144, § 1º, II)

Ainda na seara processual penal, determinou, no art. 243, a expropriação de terras utilizadas para o plantio de drogas e a apreensão de quaisquer bens e valores decorrentes do tráfico.

Pedindo vênia novamente às posições em sentido contrário, não considero que a moldura abstrata do direito fundamental à intimidade tenha o alcance de proibir a tipificação penal pelo legislador.

Os direitos à privacidade e à intimidade não se revestem de caráter absoluto, devendo ceder passo, observada a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), diante da necessidade de preservação de outros bens jurídicos caros ao Constituinte, como, no caso, a **saúde** e a **segurança pública**, sem as quais não há garantia do direito à vida e à liberdade.

Consoante vem decidindo esta Corte, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de **caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante interesse público** ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades

RE 635659 / SP

legitimam, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (MS 23.452, Plenário, ministro Celso de Mello, julgamento em 16 de setembro de 1999, DJ de 12 de maio de 2000).

O direito à saúde se encontra previsto no art. 196 da Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença** e de **outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, **proteção** e recuperação.

Nessa perspectiva, o modelo de política criminal adotado em nossa legislação, na parte concernente à tipificação prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tem nítido escopo de **redução dos danos à saúde dos usuários de substâncias entorpecentes**, objetivando, ainda, ao tutelar a saúde pública, coibir o tráfico de drogas em todas as suas proporções.

A tese de que a norma impugnada implicaria violação aos direitos à intimidade e à liberdade do usuário de drogas parece enfraquecer-se ainda mais, *permissa venia*, diante da realidade objetiva de que o **uso de droga, isoladamente considerado, não constitui crime**. O texto do art. 28 tipifica, sim, como crime, as condutas consistentes “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, ou trazer consigo” drogas para consumo pessoal. O objetivo do legislador foi, claramente, o de **afastar o perigo e o dano decorrentes da circulação da droga** no meio social, residindo precisamente nessa perspectiva a proteção ao bem jurídico da saúde pública.

É legítima, portanto, sob esse enfoque, a opção política do legislador ordinário de criminalizar as condutas definidas pelos verbos nucleares do tipo penal do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, com os efeitos secundários da condenação daí advindos, e de definir pena diversa da privativa da

RE 635659 / SP

liberdade para o crime, desde que respeitadas – como na espécie – certas regras previstas no texto constitucional (art. 5º, XLVI e XLVII), nos termos do julgamento Plenário desta Corte já citado (RE 430.105 QO, Relator o ministro Sepúlveda Pertence):

1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – **não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII – realcei).**

Em adição, está longe de ser tranquilo o argumento no sentido de que o uso de drogas não prejudica ninguém mais além do próprio usuário. A observação atenta da realidade revela que, embora o uso de entorpecentes implique realmente severos danos diretos ao próprio usuário, a verdade é que também seus familiares e a sociedade em geral acabam sofrendo danos indiretos de não pequena extensão.

Pesquisa realizada pela Unifesp entre 2012 e 2013, por exemplo, revelou que mais da metade das famílias de viciados em drogas tem capacidade de trabalho afetada:

Segundo o estudo, o dependente químico afeta as atividades diárias e o psicológico dos familiares: 58% das famílias com algum usuário de drogas têm afetada a habilidade de trabalhar ou estudar, 29% das pessoas estão pessimistas quanto ao seu futuro imediato e 33% têm medo que seu parente beba ou se drogue até morrer, ou alegam já ter sofrido ameaças do familiar viciado.²

2 Pesquisa mostra como drogas desestruturam família de dependentes. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/12/pesquisa-mostra-como-drogas-desestruturam-familia-de-dependentes.html#:~:text=Segundo%20o%20estudo%2C%20o>

RE 635659 / SP

Também não é consistente com a experiência que a simples descriminalização traga benefícios imediatos para o indivíduo e para a sociedade.

Pelo contrário. Estudo elaborado pelo Ministério da Saúde aponta, com fundamento em vasta literatura médica, inúmeros efeitos danosos da maconha para a saúde dos usuários. Vejamos:

Doenças mentais

O transtorno por uso de maconha é responsável por uma proporção substancial de pessoas que procuram tratamento para transtornos por uso de drogas, devido à alta prevalência global do seu consumo (Connor *et al.*, 2021). Ele afeta aproximadamente 10% dos 193 milhões de usuários de maconha em todo o mundo, e costuma ser complicado por comorbidades de saúde mental e outros transtornos por uso de substâncias psicoativas.

A dependência de maconha está entre as dependências de drogas ilícitas mais comuns, mostrando que a cada dez pessoas que usaram maconha na vida, uma se torna dependente em algum momento (Ribeiro *et al.*, 2005; Fergusson e Horwood, 2000). Segundo o último LENAD, quase 40% dos adultos e 10% dos adolescentes usuários de maconha são dependentes, sendo mais de 1% da população masculina brasileira, dependente desta droga (Laranjeira *et al.*, 2014).

Estudos epidemiológicos fornecem evidências fortes o suficiente para garantir uma mensagem de saúde pública, de que o uso de maconha aumenta o risco de transtornos psicóticos, o desenvolvimento de esquizofrenia e traços de personalidade esquizotípicos, quadros maníacos (não apenas em pacientes com diagnóstico de transtorno bipolar do humor), ansiedade, depressão, e comportamento suicida (Walsh *et al.*, 2017; Moore *et al.*, 2007; Lagerberg *et al.*, 2014; Davis *et al.*, 2013;

%20dependente,ou%20se%20drogue%20at%C3%A9%20morrer%2C. Acesso em: 5 mar. 2024.

RE 635659 / SP

Tijssen *et al.*, 2010; Gibbs *et al.*, 2015; Patton *et al.*, 2002; Gobbi *et al.*, 2019; Leite *et al.*, 2015; Hjorthøj *et al.*, 2021; Bechtold *et al.*, 2016; Yücel *et al.*, 2016; Hindley *et al.*, 2020; Livne *et al.*, 2022; Di Forti *et al.*, 2019; Kuhl *et al.*, 2016; Ganesh *et al.*, 2020; Tikka e D'Souza, 2019; Radhakrishnan *et al.*, 2014; Wilkinson *et al.*, 2014; Pope *et al.*, 2021; Johnson *et al.*, 2021).

Além disso, estudo longitudinal realizado com grande amostra populacional da Finlândia revelou que o uso de maconha na adolescência pode aumentar o risco de automutilação, independentemente da psicopatologia do usuário e do uso de outras substâncias. (Alexander *et al.*, 2021).

O uso crônico de maconha também tem sido associado a uma série de deficiências cognitivas, como diminuição de atenção, memória e atividades responsáveis pelo planejamento e execução de tarefas (Carey *et al.*, 2015; Auer *et al.*, 2016; Gruber *et al.*, 2012; Oliveira *et al.*, 2020), levando a uma deterioração desses domínios cognitivos, e prejudicando a percepção da realidade e de tomada de decisões. Além disso, leva a uma disfunção de desempenho associado à aprendizagem, que impede o reconhecimento das consequências negativas do uso da droga (Carey *et al.*, 2015), e leva ao declínio de até 8 pontos no QI (quociente intelectual) – fator que mede a inteligência com base em resultados de testes específicos (Madeline *et al.*, 2012; Jackson *et al.*, 2016).

Iniciar o consumo de maconha na infância ou adolescência acelera a perda de memória. Dados sugerem que adolescentes que usam maconha algumas vezes por semana, durante dois a três anos, desenvolvem problemas de memória semelhantes aos relatados em usuários adultos, que começaram na idade adulta, e têm consumido a droga regularmente por pelo menos 20 anos (Solowij *et al.*, 2011).

O início precoce do consumo de maconha pode levar ao agravamento dos prejuízos em todos os domínios do funcionamento cerebral. As evidências científicas trazem que a exposição ao longo da vida do uso de maconha tem uma forte associação com a deterioração do desempenho no nível

RE 635659 / SP

comportamental destes usuários (Kroon *et al.*, 2019), e que para aqueles com início durante a adolescência, a cessação do uso de maconha não restaurou totalmente o funcionamento neuropsicológico (Meirr *et al.*, 2012; Broyd *et al.*, 2015).

[...]

Doenças físicas

Para além dos efeitos neurotóxicos, as doenças físicas resultantes do consumo de maconha vêm sendo alvo de estudos, há mais de duas décadas. A maconha fumada tem um alto potencial cancerígeno e está relacionado à baixa resistência imunológica a infecções (Hall e Solowij, 1998; Boutaleb *et al.*, 2021). Seu consumo está associado ao aumento de sintomas de bronquite crônica, asma, enfisema, e infecções respiratórias, entre outras alterações nos diferentes sistemas orgânicos (Bui, Simpson e Nordstrom, 2015; Mozaffarian *et al.*, 2016), sendo até mais graves do que aquelas decorrentes do uso de cigarro de tabaco (BLF, 2012).

Para além das doenças respiratórias, o uso de maconha é um possível fator de risco para o desenvolvimento de pancreatite aguda (Barkin *et al.*, 2017) – ocorrendo principalmente em pacientes jovens com idade inferior a 35 anos –, além de sintomas cardiovasculares e gastrointestinais (Monte *et al.*, 2019), estando significativamente associado a um risco aumentado de mortalidade por doença cardiovascular, especialmente entre aqueles que iniciaram o seu uso antes dos 18 anos de idade (Sun *et al.*, 2020).

Recentes estudos, que trazem novos dados sobre a associação do uso de maconha ao desenvolvimento de doenças, mostram que os componentes da maconha são capazes de induzir alterações no material genético, causando cânceres e doenças hereditárias (Reece e Hulse, 2021), inclusive em crianças (Reece e Hulse, 2021).³

No Estado de Oregon, em 2020, promulgou-se medida que

3 Os riscos do uso da maconha e de sua legalização. Brasília, DF: Ministério da Cidadania, 2022. PDF, p. 18-21.

RE 635659 / SP

descriminalizou o uso de diversos tipos de drogas (Medida 110); medida, sem dúvida, por excelentes intenções na tentativa de tratamento mais adequado a seus usuários, que, contudo, em pouco mais de três anos, caminha para ser revogada. Em artigo publicado pelo jornal *The Guardian* em março deste ano, lê-se:

Oregon desfaz lei inovadora de descriminalização das drogas

A Medida 110, uma experiência aprovada em 2020, é revista à medida que o Estado enfrenta a crise do fentanil e o crescente consumo público de drogas.

Destaco do texto as informações pertinentes:

[...]

Os legisladores do Oregon tomaram medidas para reintroduzir penalidades criminais para a posse de drogas pesadas, encerrando, na verdade, a experiência inovadora de descriminalização de três anos do estado.

Em 2020, quase 60% dos eleitores moveram-se para descriminalizar a posse de pequenas quantidades de drogas ilícitas com a aprovação da Medida 110, mas a nova lei tornou-se cada vez mais controversa à medida que o estado lutava com a crise do fentanil e o crescente consumo público de drogas.

Os legisladores chegaram recentemente a um acordo bipartidário para desfazer um aspecto fundamental da lei e tornar a posse menor uma contravenção, ao mesmo tempo que alocaram milhões de dólares para programas de tribunais especializados, bem como para tratamento de saúde mental e dependência química.

[...]

Oregon viu um aumento de 1.500% nas mortes por overdose desde o início da pandemia, o mais acentuado aumento no país, de acordo com dados federais recentes. Em 2022, quase 1.000 pessoas morreram no estado por overdose de opiáceos. Mas a investigação não mostrou até agora qualquer

RE 635659 / SP

correlação entre o aumento das overdoses e a descriminalização.

Ainda assim, a crise de saúde pública, juntamente com a escassez de habitação a preços acessíveis que tem alimentado os sem-abrigo, tornou-se mais visível e os residentes e proprietários de empresas têm ficado cada vez mais exasperados. Os residentes da cidade *relatam ter visto* pessoas fumando abertamente fentanil nos centros da cidade, enquanto pequenas cidades que tinham taxas historicamente baixas de sem-abrigo estão agora a ver acampamentos.

“O que se desenvolveu nos últimos três anos não foi o Shangri-La utópico que nos foi prometido com a Medida 110”, disse Christopher Parosa, o promotor distrital de Eugene, em um fórum comunitário este ano, “mas sim um pesadelo distópico que é semelhante a um filme sombrio de Hollywood.”

*A aprovação ocorreu após semanas de debate tenso sobre as mudanças propostas para a Medida 110 e a crise de dependência e o aumento das overdoses no Oregon, e incluiu horas de depoimentos de autoridades, defensores, autoridades locais e residentes diretamente afetados”.*⁴

Desse exemplo se extrai que o debate acerca da descriminalização do uso de drogas é extremamente complexo e multifacetário, a recomendar que seja tratado primordialmente pelo Legislativo. Além disso, guardadas as devidas diferenças entre os países, penso haver pontos similares e convergentes, os quais me permitem concluir que a matéria demanda profunda reflexão e debate, próprios à seara daquele Poder, bem assim, e sobretudo, bastante cautela. **Em Oregon, conquanto não se possa afirmar que haja efetiva relação de causalidade entre o aumento quase exponencial do número de mortes por overdose, além do aumento da criminalidade e de pessoas drogaditas, o contrário também não se confirmou. Ou seja, a descriminalização do uso de drogas não resolveu, em absoluto, a crise de saúde pública.** Prova disso é que o Oregon

4 Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2024/mar/02/oregon-overturn-drug-decriminalize-law>. Acesso em: 5 mar. 2024.

RE 635659 / SP

revogou sua inovadora medida 110 pouco mais de três anos após a promulgação e caminha para retomar o aspecto sancionatório do uso de drogas.

Cabe salientar, no ponto, acerca das experiências reveladas com a descriminalização, o caso de Portugal, que tem tomado as manchetes dos jornais nos últimos meses. Desde 2001, naquele país, deixou de ser crime o porte de drogas para uso próprio. Acontece que as autoridades portuguesas, em especial as da cidade do Porto, estão preocupadas com o aumento do uso de entorpecentes, inclusive perto de escolas e em locais públicos. Rui Moreira, Presidente da Câmara do Porto, enfatizou a contradição da descriminalização do uso de drogas em face da proibição de outras práticas até menos nocivas:

Atualmente, é proibido fumar tabaco junto a uma escola ou a um hospital. É proibido fazer publicidade a gelados e a doces com açúcar. E, ainda assim, é permitido às pessoas injetarem-se ali.⁵

Em artigo publicado no aclamado *The Washington Post*, em julho do ano passado, noticiou-se que Portugal busca rever sua política quanto à descriminalização do uso de drogas. Ainda, fatos bastante relevantes merecem ser divulgados:

[...] A produção de cocaína está em níveis globais. As apreensões de anfetaminas e metanfetaminas explodiram. A pandemia plurianual aprofundou os encargos pessoais e fomentou um aumento no uso. Só nos Estados Unidos, as mortes por overdose, alimentadas por opiáceos e fentanil sintético mortal, ultrapassaram os 100.000 em 2021 e 2022 – ou o dobro do que eram em 2015. De acordo com os Institutos Nacionais de Saúde, 85 por cento da população prisional dos

5 Disponível em: <https://www.jn.pt/5395545748/situacao-da-droga-no-porto-nas-paginas-do-washington-post/#:~:text=A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumo%20e,Faiola%20e%20Catarina%20Fernandes%20Martins>. Acesso em: 4 mar. 2024.

RE 635659 / SP

EUA tem um transtorno por uso de substâncias ativas ou foi presa por um crime envolvendo drogas ou uso de drogas.

[...]

Um inquérito nacional recentemente divulgado sugere que a percentagem de adultos que consumiram drogas ilícitas aumentou para 12,8 por cento em 2022, acima dos 7,8 em 2001, embora ainda abaixo das médias europeias. A prevalência do consumo de opiáceos de alto risco em Portugal é superior à da Alemanha, mas inferior à da França e da Itália. Mas mesmo os defensores da descriminalização aqui admitem que algo está errado.

As taxas de overdose atingiram os máximos dos últimos 12 anos e quase duplicaram em Lisboa entre 2019 e 2023. Amostras de esgotos em Lisboa mostram que a deteção de cocaína e cetamina está agora entre as mais altas da Europa, com taxas elevadas nos fins de semana sugerindo um consumo intenso em festas. No Porto, a recolha de detritos relacionados com drogas nas ruas da cidade aumentou 24 por cento entre 2021 e 2022, com este ano a caminho de ultrapassar em muito o anterior. A criminalidade – incluindo roubos em espaços públicos – aumentou 14 por cento entre 2021 e 2022, um aumento que a polícia atribui em parte ao aumento do consumo de drogas.

[...]

Alguns lugares que foram os primeiros a adoptar políticas liberais em matéria de drogas agiram no sentido de restringir leis permissivas ou recuaram em relação a mudanças mais radicais. Amsterdã – uma cidade há muito famosa por seus cafés com maconha – instituiu no mês passado uma nova proibição de fumar maconha em locais públicos. Na Noruega, um plano semelhante ao de Portugal para descriminalizar as drogas fracassou em 2021, e o país optou por uma abordagem mais fragmentada.

“Quando você recua pela primeira vez na fiscalização, não há muitas pessoas ultrapassando a linha que você removeu. E o público pensa que está a funcionar muito bem”, disse Keith

RE 635659 / SP

Humphreys, antigo conselheiro sênior de políticas sobre drogas na administração Obama e professor de psiquiatria na Universidade de Stanford. “Depois corre a notícia de que existe um mercado aberto, limites às penas, e começa-se a atrair mais consumidores de drogas. Então você tem uma cultura de drogas mais estável e, francamente, isso não parece mais tão bom.”

[...]

João Goulão – chefe do Instituto Nacional de Portugal sobre o Consumo de Drogas e arquitecto da descriminalização – admitiu à imprensa local em Dezembro que “o que temos hoje já não serve de exemplo para ninguém”. Em vez de culpar a política, contudo, ele culpa a falta de financiamento.

Após anos de crise econômica, Portugal descentralizou a sua operação de supervisão de drogas em 2012. Uma queda no financiamento de 76 milhões de euros (82,7 milhões de dólares) para 16 milhões de euros (17,4 milhões de dólares) forçou a principal instituição de Portugal a externalizar o trabalho anteriormente realizado pelo Estado a grupos sem fins lucrativos, incluindo as equipes de rua que interagem com pessoas que usam drogas. O país está agora a avançar para a criação de um novo instituto destinado a revigorar os seus programas de prevenção das drogas”.⁶

Em Nova Iorque, os reflexos extremamente negativos do consumo de drogas em público mostram-se também latentes. Segundo o periódico norte-americano *New York Post*, foram flagrados, na “West 43 rd Street”, viciados fumando cachimbos de crack, traficantes de drogas comercializando seus produtos ao alcance dos olhos dos policiais, pessoas caídas aos cantos nas calçadas e dezenas de migrantes sem rumo vagando pela região. Aponta, ainda, a matéria que William Bratton, comissário da polícia local, disse que “muitas pessoas estão preocupadas com o colapso

6 Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/2023/07/07/portugal-drugs-decriminalization-heroin-crack/>. Acesso em: 4 mar. 2024.

RE 635659 / SP

da Times Square”.⁷

Essas realidades levantam outras questões delicadas relacionadas à própria implementação da descriminalização, acaso ela seja acolhida: a quantidade de drogas estipulada para consumo próprio; o tipo de substância liberado; e os locais considerados lícitos para o uso – além de muitos outros pontos que a imaginação não consegue antever, mas que mostram claramente que não se trata de uma questão afeta exclusivamente à intimidade ou à privacidade dos usuários.

Ora, tudo aponta no sentido de que o debate sobre essa questão não é, de maneira alguma, de cunho exclusivamente jurídico ou mesmo de controle de constitucionalidade, mas, sim, uma controvérsia atinente ao próprio desenho da política criminal em relação às drogas, matéria permeada por desacordos relevantes no seio da sociedade e por escolhas tipicamente políticas envolvidas.

Outro ponto que me preocupa diz respeito aos reflexos internacionais da eventual mudança, por decisão judicial, da posição brasileira em relação às políticas antidrogas. A história da regulamentação das políticas antidrogas no campo internacional demonstra que o posicionamento de cada país não pode ser tomado de forma isolada, e o Brasil tem sido ao longo do tempo um importante ator no campo das relações internacionais que dizem respeito às políticas antidrogas.

As convenções antidrogas da Organização das Nações Unidas (ONU) – a Convenção Única de Narcóticos, de 1961, a Convenção de Drogas Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção contra o Tráfico Ilegal de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 – guiam as políticas antidrogas à força das convenções internacionais, e, em alguma medida,

⁷ *Times Square tem a própria “cracolândia”*. Disponível em: <https://revistaoeste.com/mundo/times-square-tem-a-sua-propria-cracolandia/>. Acesso em: 4 mar. 2024.

RE 635659 / SP

subordinam as políticas nacionais referentes às drogas. Todas elas se revestem de inequívoca força e autoridade, uma vez que foram ratificadas por 160 nações. Os acordos impõem limites sociais, culturais e mesmo morais **ao comércio e consumo** das substâncias psicoativas, definindo as linhas que distinguem o que é lícito e ilícito.

No campo da macrocriminalidade no exterior, vale ressaltar a experiência do Chile. Segundo matéria jornalística publicada no jornal *Gazeta do Povo*, com o aumento do uso da maconha, o Chile passou a sediar máfia chinesa na América Latina. A matéria aponta que, “Segundo informações da ONG *Insight Crime*, que investiga o crime organizado na América Latina, a gangue, conhecida como clã Bang, fez fortes incursões para o país sul-americano, nos últimos anos, **beneficiando-se do crescente comércio de maconha** e dos estreitos laços comerciais com a China”.⁸

Uma mudança da posição brasileira, com a devida vênua, tem que se dar por deliberação do Parlamento em articulação com o Poder Executivo.

Ora, não há dúvida de que o tráfico de drogas, em suas variadas proporções, acaba sendo financiado pelos usuários finais. Assim, o legislador penal, atuando em espaço de conformação que lhe reservou o Constituinte para a tutela legítima da saúde e da segurança pública, adotou modelo de política criminal em que conservou o caráter ilícito – de natureza penal – das condutas consistentes em adquirir, guardar e portar drogas para uso pessoal, conferindo-lhes, porém, tratamento ameno, ao prever, no preceito secundário, a aplicação de medidas de cunho preventivo, informativo e pedagógico voltadas para a redução dos danos à saúde dos dependentes químicos e ao tecido social.

Acrescento que o delito em questão constitui crime de perigo abstrato, tendo o legislador estabelecido presunção *juris et de jure* dos

8 Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/com-disparo-do-uso-de-maconha-chile-vira-sede-de-mafia-chinesa-na-america-latina/>. Acesso em: 4 mar. 2024.

RE 635659 / SP

danos decorrentes de sua prática para a saúde pública, independentemente de prova em sentido contrário.

Observa Nelson Hungria, a propósito, que o perigo abstrato é aquele em que a lei institui presunção *juris et de jure*, decorrente de certa premissa fática, pouco importando que não se realize, no caso concreto, por alguma circunstância excepcional, o dano efetivo. Já o perigo concreto é o que se verifica realmente, dependendo de tal verificação (ocorrência) a existência do crime.⁹

Portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma penal incriminadora, além de caracterizar, no presente caso, interferência desproporcional do Poder Judiciário na esfera da política criminal voltada à tutela da saúde pública, constitui, inequivocamente, fator apto a potencializar a crescimento do delito de tráfico de drogas.

A multiplicação do tráfico ocorreria não apenas com quantidades reduzidas de entorpecentes (destinadas ao usuário e ao “pequeno traficante”), mas também naqueles elos das cadeias criminosas em que os agentes lidam com substâncias ilícitas em proporções maiores, o que se mostra, ao fim e ao cabo, extremamente pernicioso e deletério para a sociedade.

Sabe-se que o princípio da proporcionalidade previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, se desdobra em três subprincípios: (i) adequação: compatibilidade entre o fim pretendido pelo Estado e os meios por ele utilizados para atingir seus objetivos; (ii) necessidade: o Estado deve adotar, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações imponham aos direitos dos administrados e; (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que é o próprio juízo de ponderação caracterizado pela existência de equilíbrio entre a intervenção para quem a sofre e os objetivos perseguidos pelo

⁹ *Comentários ao Código Penal*, Título VIII, v. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 15.

RE 635659 / SP

legislador.

Cabe lembrar, ainda, que o princípio da proporcionalidade apresenta duas vertentes: a da proibição de excesso e a da proibição de proteção deficiente. Assim, se, por um lado, impõe ao Estado que não intervenha desnecessariamente na esfera dos direitos fundamentais, determina, por outro, que ele proteja, de forma suficiente, certos bens jurídicos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Tendo como norte o postulado da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, penso que a política criminal adotada na Lei n. 11.343/2006, em seu art. 28, mostra-se adequada e compatível com a proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

A criminalização das condutas consistentes em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, e a previsão, no preceito secundário da norma penal, de medidas de cunho preventivo, pedagógico e informativo voltadas para a preservação da saúde do usuário constituem nítido e inequívoco fator inibitório do consumo, circulação e, por consequência, do tráfico de drogas, protegendo, em última análise, a saúde pública.

Afastada a violação ao dispositivo constitucional invocado e ao postulado da proporcionalidade, há de se conferir prevalência ao princípio da presunção de constitucionalidade do dispositivo questionado, decorrente do princípio da separação dos poderes e necessário à preservação da ordem democrática.

Conforme leciona, em sede doutrinária, o ministro Luís Roberto Barroso, “o princípio de presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da

RE 635659 / SP

atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável”.¹⁰

Na mesma esteira, Daniel Sarmento pontua que, “em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevaletentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, **só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional**”.¹¹

A reverência às opções políticas adotadas pelo legislador vem sendo a prática do Supremo, a exemplo da orientação firmada nos seguintes precedentes: ADI 6.031, Plenário, ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 16 de abril de 2020; e ADI 3.446, Plenário, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 31 de julho de 2020.

De fato, a judicialização da política criminal de tratamento do porte de drogas para consumo próprio, com a definição de contornos distintos daqueles traçados pelo legislador, resulta na supressão do próprio processo de debate político da questão na sociedade, por meio das Casas Legislativas, excluindo do jogo político os posicionamentos contrários à linha adotada pelo Poder Judiciário. O déficit democrático em situações como essa me parece inegável.

A solução intermediária, que descriminaliza o porte de drogas para consumo próprio, mas mantém as punições administrativas para o usuário instituídas pelo legislador, é contraditória, com todas as vênias.

10 *Interpretação de aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 180.

11 *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 114.

RE 635659 / SP

Vale salientar, a propósito, que inexistem, a rigor, diferenças ontológicas entre o ilícito cível-administrativo e o penal, consoante observou Nelson Hungria:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas leis podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sobre um mesmo plano, sobre um só *mapa mundi*”. No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou de culpa. **A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença puramente de grau ou quantidade.**¹²

Se o direito à intimidade impede que o legislador crie o tipo penal, pela mesma razão ele obstará, também, a tipificação da infração administrativa, pois não se poderia ver nenhuma ilicitude no exercício de um direito fundamental, com a devida vênias aos que pensam de modo diverso.

A única solução possível, para manter-se coerente com essa ampla extensão do direito à intimidade, seria **considerar inteiramente lícita – e, portanto, impunível** – a conduta de portar drogas para uso próprio, o que poderia induzir consequências imprevisíveis sobre o consumo de substâncias entorpecentes em locais públicos, especialmente em escolas e outros locais frequentados por crianças e adolescentes.

Outra contradição lógica que se verifica em qualquer solução abolicionista para o consumo de drogas é que o tráfico, que alimenta aquele, continua sendo um crime equiparável aos hediondos, por força de

12

Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7.

RE 635659 / SP

regra constitucional expressa (CF, art. 5º, XLIII). Vale dizer: vender a droga constitui ilícito criminal grave, mas comprar para uso próprio, não. Na prática, identificar e isolar essas condutas se torna quase impossível, em certos contextos, até porque ambas se encontram situadas no âmago de uma mesma e única relação estabelecida entre o vendedor (traficante) e o comprador (usuário). A descriminalização do elo final da cadeia do tráfico, em relação ao usuário, produz graves incertezas na aplicação das regras jurídicas, quer pela Polícia, quer pelo próprio Judiciário, que podem ser exploradas habilmente para livrar verdadeiros traficantes da persecução penal. Prática comum, inclusive, no cometimento do crime de tráfico, é a de fracionar as quantidades de drogas em pequenas proporções, que supostamente caracterizariam a hipótese de aquisição para consumo, a fim de que o traficante seja tratado, no campo penal, como usuário de drogas.

De fato, a descriminalização do uso – diferentemente da legalização total da produção, comércio e consumo de drogas – leva sempre à disfuncionalidade e ao hibridismo no sistema jurídico, o qual se torna muito difícil de administrar na prática. Nos países em que se deu, em alguma medida, a própria legalização da produção, do comércio e do consumo das drogas, pelo menos há coerência sistêmica, pois o consumidor comprará um produto lícito. Em tais países, podem ser criadas cadeias de comércio e estruturas organizacionais pelo Poder Público para acompanhar todo o desenvolvimento da política pública de monitoramento do consumo de drogas. Em outras palavras, tudo se passa no campo da licitude.

Já no sistema misto proposto pelos adeptos da descriminalização apenas do porte para consumo próprio, cria-se um modelo bifronte que, por um lado, deve policiar e punir a produção e o comércio das drogas, mas, por outro, deve admitir que a droga encontrada com o usuário se tornou lícita pelo simples fato de ser destinada a consumo próprio. Tal modelo é evidentemente ilógico, ao pressupor uma separação fictícia

RE 635659 / SP

entre o consumidor e o produtor, e, na prática, acaba favorecendo o tráfico porque cria um mercado consumidor legítimo para uma mercadoria ilícita, em um sistema jurídico – como o nosso – em que o tráfico de drogas constitui – reitere-se – crime hediondo.

Por fim, não vislumbro, *permissa venia*, a existência de uma relação de causa e efeito – demonstrada empiricamente – entre o aumento da proporção de presos por tráfico de drogas, aí incluídas as prisões em flagrante, e a política antidrogas introduzida pela Lei n. 11.343/2002.

De fato, houve de 2007 até 2013 um aumento na proporção de presos por tráfico de drogas, realidade que coincide com o período de vigência da Lei n. 11.343/2002, consoante demonstrado no judicioso voto proferido pelo ministro Alexandre de Moraes. Mas essa convergência não permite afirmar, conclusivamente, que tal aumento seja decorrente da política legislativa adotada. Como enfatizam os estatísticos, **correlação não quer dizer causalidade**.

O aumento das prisões decorrentes da prática do crime de tráfico de drogas constitui, segundo penso, fenômeno complexo e multifatorial, ligado ao desenvolvimento da macro criminalidade no plano internacional e no Brasil. Entre as causas do aumento da criminalidade nesse campo está, inclusive, o fato de o Brasil ter passado de “país-corredor” do tráfico de maconha e cocaína – entre América do Sul e Europa, passando pela África – para “país-consumidor”, figurando, inclusive, entre os maiores consumidores de maconha do mundo e o 2º de cocaína, atrás somente dos Estados Unidos da América, consoante ressaltou o eminente ministro Alexandre de Moraes em seu voto. Essa realidade é a confirmação eloquente de que o aumento do consumo de drogas alimenta o tráfico. E a descriminalização do porte de drogas incrementa o consumo.

Por outro lado, a existência de uma denominada “discricionariedade

RE 635659 / SP

judicial” na aplicação dos conceitos delineados na lei para identificação de uma conduta delituosa como tráfico ou como aquisição de droga para consumo pessoal é ínsita à própria atividade judicante. Caberá ao Judiciário verificar, diante das circunstâncias, peculiaridades e matizes do caso concreto, à luz das provas produzidas, se a conduta do agente se ajusta ao tipo penal do tráfico ou do porte para consumo próprio, competência que vem sendo exercida com critério no plano infraconstitucional pelos magistrados de primeiro grau, pelas Cortes Estaduais e Federais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, na condição de intérprete maior da legislação infraconstitucional.

O legislador previu, inclusive, balizas para orientar a atividade de interpretação e aplicação do direito positivo, estabelecendo que, “para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Ora, a técnica consistente no uso de conceitos indeterminados, como “natureza e quantidade da substância apreendida”, “circunstâncias sociais e pessoais”, além de considerações atinentes “ao local”, “à conduta” do agente, “aos antecedentes” e às “condições em que se deu a ação”, se encontra também no domínio da competência legislativa preordenada a orientar os aplicadores da lei aos casos concretos, não havendo inconstitucionalidade alguma na opção política adotada.

Assim, até mesmo a eventual redução do que se convencionou chamar de “discricionariedade”, seja na aplicação da lei, na realização do flagrante, na dedução da pretensão punitiva e, por fim, no julgamento, incumbe ao legislador, não autoriza que o Judiciário a este se substitua e ingresse no campo da própria confecção da política legislativa aplicável à repressão do tráfico de drogas.

RE 635659 / SP

Devemos, diante disso, ter extrema prudência para analisar os impactos e consequências sociais de nossas decisões, mormente neste assunto, que tangencia tanto o aspecto criminal, que deve proteger a sociedade e seus cidadãos de graves crimes relacionados às drogas, quanto também outro aspecto de política criminal e saúde pública no que diz respeito ao tratamento adequado dos usuários de drogas.

Vê-se, do quanto já exposto, que há um debate em diversos países ao redor do mundo quanto à descriminalização do uso das drogas. E, ao que pude observar, alguns países que foram pioneiros na descriminalização hoje buscam rever suas políticas públicas. Portugal, como já mencionei, é um claro exemplo disso.

Ou seja, guardadas as devidas diferenças entre os países, tenho que há pontos similares e convergentes, principalmente, nos graves problemas sociais e, quiçá, em suas soluções; os quais me permitem concluir que a matéria demanda profunda reflexão e debate, próprios à seara do Legislativo. Em tal arena, o povo, por seus parlamentares, pode discutir as diversas razões, necessidades e consequências da descriminalização do uso de drogas, em respeito, aliás, ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto em nossa Constituição.

Não há, ainda, com as mais respeitadas vênias aos judiciosos votos em sentido diverso, a meu sentir, omissão legislativa que reclame a intervenção do Judiciário. Ao contrário, é preciso ponderar que a atual Lei n. 11.343/2006, em si, já revogara a Lei n. 6.368/1976, que era, sob muitos aspectos, mais rigorosa que a atual. Ou seja, o próprio legislador já se atentou para uma nova ótica no tratamento.

Cabe ao Judiciário, e, portanto, a esta Suprema Corte, sempre agir de forma prudente, em deferência ao equilíbrio e harmonia com o Legislativo e o Executivo, características que permeiam todo nosso sistema legal.

RE 635659 / SP

Por todas essas razões, concluo que não há inconstitucionalidade no tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Na pior das hipóteses, existe uma solução controversa, que pode não ser a melhor, na avaliação subjetiva de determinado intérprete e aplicador da lei, mas que está dentro do campo de competência do legislador e objetivamente representa uma resposta compatível com a Constituição para o grave problema do consumo de drogas.

Presidente, já encerrando meu voto, queria apenas trazer um pouco da minha experiência de vida. Cresci em um conjunto de Cohab em Teresina. Talvez seja um argumento pueril, mas quiçá não tenhamos a dimensão do quão isso é fundamental para a família brasileira. Tenho dito que todos nós, Ministros desta Suprema Corte, tentamos transformar o nosso país em um país melhor. Todos somos bem-intencionados, todos estamos querendo o melhor para o nosso país.

Fiquei bastante impressionado com os votos em sentido diverso, com a sensibilidade da tentativa de mudança do sistema carcerário. Mas há uma ótica que também vale a pena ser apreciada. Pensando na família brasileira pobre, são mais de 80% que se preocupam com sua sobrevivência, se possuem ou não um emprego ou com o que vão comer. O nível de educação de pais e mães do Brasil, em se tratando de diálogo com os filhos sobre drogas, é quase inexistente. A família não tem condição de dialogar, a escola já não tem mais, e o Estado não tem como socorrê-las. Na realidade, no dia a dia da família brasileira que possui um filho viciado ou um iniciático em droga, ainda que seja uma droga leve, o grande argumento, para aqueles que não têm a instrução que nós temos para dialogar com seus filhos, é que é ilícito: “Meu filho, não faça isso, porque isso é ilícito.” Esse é o único argumento que pais e mães pobres brasileiros têm.

Sei que existem várias razões, e todas elas são boas. Sei que

RE 635659 / SP

chegaremos a um bom termo e espero que a gente consiga ajudar o nosso país, mas, neste momento, peço a mais respeitosa vênica a todos para manter com a família brasileira esse importante argumento.

Senhor Presidente, pedindo a mais respeitosa vênica, nego provimento ao recurso extraordinário e encaminho meu voto no mesmo sentido do ministro Cristiano Zanin.

É como voto.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Presidente, já encerrando meu voto, queria apenas trazer um pouco da minha experiência de vida.

Cresci em um conjunto de Cohab em Teresina. Talvez seja um argumento pueril, mas quiçá não tenhamos a dimensão do quão isso é fundamental para a família brasileira.

Tenho dito que todos nós, Ministros desta Suprema Corte, tentamos transformar o Brasil em um lugar melhor. Todos somos bem-intencionados, todos estamos querendo o melhor para o nosso país. Fiquei bastante impressionado com os votos em sentido diverso, com a sensibilidade da tentativa de mudança do sistema carcerário.

Mas há uma ótica que também vale a pena ser apreciada. Pensando na família brasileira pobre, são mais de 80% que se preocupam com sua sobrevivência, se possuem ou não um emprego ou com o que vão comer. O nível de educação de pais e mães do Brasil, em se tratando de diálogo com os filhos sobre drogas, é quase inexistente. A família não tem condição de dialogar, a escola já não tem mais, e o Estado não tem como socorrê-las. Na realidade, no dia a dia da família brasileira que possui um filho viciado ou um iniciático em droga, ainda que seja uma droga leve, o grande argumento, para aqueles que não têm a instrução que nós temos para dialogar com seus filhos, é que é ilícito: “Meu filho, não faça isso, porque isso é ilícito.” Esse é o único argumento que pais e mães pobres brasileiros têm.

Sei que existem várias razões, e todas elas são boas. Sei que chegaremos a um bom termo e espero que consigamos ajudar o nosso país, mas, neste momento, peço a mais respeitosa vênica a todos para manter com a família brasileira esse importante argumento.

Senhor Presidente, pedindo a mais respeitosa vênica, nego provimento ao recurso extraordinário e encaminho meu voto no mesmo

RE 635659 / SP

sentido do ministro Cristiano Zanin.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência também está fixando o quantitativo em 25 gramas?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Da mesma forma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito bem.

06/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, se me permite, já que Vossa Excelência tocou nesse ponto, a lei que estabelece o que é droga lícita e o que é droga ilícita diz que cabe à Anvisa dizer o que é lícito e o que é ilícito. Há uma agência reguladora normativa e fiscalizadora com essa competência. Eu, sinceramente, não tenho a mínima ideia do que é capaz de ser lícito ou ilícito em termos de quantidade de utilização. Não tenho. Penso que cabe ao legislador e ao Poder Executivo, na forma de nossa regulamentação constitucional, que são as agências reguladoras, definir isso. É muito fácil eles lavarem as mãos e jogarem a responsabilidade para nós.

Dito isso, eu não falo mais nada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A lei diz que ilícito é, mas a lei diz que o consumo pessoal não será punido com pena de prisão. E como as pessoas estão sendo presas pela polícia, nós precisamos dizer qual é a quantidade que corresponde ao consumo pessoal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, aproveitando aqui o gancho do Ministro Toffoli, para deixar bem claro para todos. Na verdade, já há uma maioria em relação a esse ponto, e depois só a pesagem que devemos fixar, não é o quanto a pessoa vai usar. Realmente isso, o quanto vai fazer pior, ou melhor, ou menos pior, isso quem vai saber é a ciência médica.

Aqui, para evitar o arbítrio, a diferenciação que ocorre e os mais de três milhões de flagrantes que eu mapeei com o pessoal da jurimetria, isso demonstra, no porte, aquela pessoa que está com 10 gramas, como disse o Ministro André; 25 gramas, como disseram o Ministro Zanin e o Ministro Nunes Marques; 60 gramas, como dissemos eu e Sua Excelência o Ministro Gilmar, não significa que ela vai usar 60 gramas, até porque seria uma chaminé se fumasse 60 gramas naquele momento. Mas é, por

RE 635659 / SP

exemplo, para saber se o que deixou em casa em depósito é tráfico ou se é uso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Em rigor, estamos dizendo que não deve usar nada, porém, se usar até tanto, não será preso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas é importante. Se aqui ficarem definidos 10, 25 ou 60, não é o que a pessoa vai ou não usar, é o que ela está portando para uso próprio, é o que ela tem, em depósito, para uso próprio.

E eu saliento muito isso do depósito e a questão da casa, como disse no início do julgamento, porque essa é a questão primordial que vamos definir aqui. A partir do momento em que ficarem definidos tantos gramas para o usuário, não é mais possível se falar em flagrante de crime permanente e se adentrar a casa do usuário. Isso é muito importante. Concordo com Vossa Excelência de que esse é o ponto mais importante que estamos discutindo.

Obrigado, Presidente e Ministro Toffoli!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado!

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (25350/DF, 163657/SP) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA (33073/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA (125605/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER (17120/GO)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE (3803-D/RJ, 003803D/RJ)

AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI)

AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA (43056/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) (SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA (19772/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO (129630/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO (58271/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI (0320762/SP)
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGERIO MAIA GARCIA (56255/RS) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (015682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (46056/DF, 456898/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o

Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.09.2015.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, no caso concreto, acompanhava o Ministro Gilmar Mendes (Relator) e dava provimento ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente, determinando sua absolvição, e, quanto à tese (tema 506 da repercussão geral), divergia parcialmente do Relator, propondo-a nos seguintes termos: "1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo**

peçoal, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior; 3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes; 4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega 'delivery'), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico; 5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores à faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário", o julgamento foi adiado por indicação do Ministro Gilmar Mendes (Relator). Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº

11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas - tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas"; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Alexandre de Moraes, o qual, nesta assentada, fixava o quantitativo de 60g ou 6 plantas fêmeas como critério para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do voto-vista do Ministro André Mendonça, que acompanhava o Ministro Cristiano Zanin no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, mas propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006; II - Fica estabelecido o prazo de 180 dias para o Congresso Nacional estabelecer critérios objetivos para diferenciar aquele que porta drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006) do traficante de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006), parâmetros que não impedirão que, no caso concreto, seja afastada a presunção mediante fundamentação idônea da autoridade competente", e conferia interpretação conforme a Constituição ao art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, para esclarecer, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema, que: I - Será presumido usuário e, portanto, sujeito às consequências jurídicas elencadas pelo art. 28, caput e incisos I, II e III, o indivíduo que estiver em posse de até 10 gramas de maconha; II - Tal presunção poderá ser desconstituída, no caso concreto, com base em fundamentação idônea pela autoridade competente, à luz dos demais parâmetros estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006; do voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava o voto do Ministro Cristiano Zanin, negando provimento ao recurso e assentando a constitucionalidade do dispositivo impugnado, fixando a quantidade de 25g ou 6 plantas fêmeas para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; e do voto do Ministro Edson Fachin, que ratificava o seu voto no sentido de acompanhar o Relator relativamente ao dispositivo impugnado, mas considerava que o estabelecimento da quantidade de maconha seria atribuição do Poder Legislativo, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Plenário, 6.3.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes

à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

20/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Gostaria de reiterar, porque esse é um ponto muito importante para todos que nos acompanham, e gostaria de registrar que, ainda hoje pela manhã, recebi uma ligação do presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Dom Jaime Spengler, preocupado com essa questão de drogas, e vítima, em parte, também de uma certa desinformação que existe em relação a esse tema. Antes de passar a palavra, portanto, ao Ministro Dias Toffoli, que trará o voto-vista, gostaria de reiterar um esclarecimento muito importante.

O Supremo Tribunal Federal considera, tal como a legislação em vigor, que o porte de drogas, mesmo para consumo pessoal, é um ato ilícito. O Supremo, portanto, não está legalizando droga; o Supremo mantém o consumo de droga como um comportamento ilícito. Que fique claro que quase todos nós aqui temos família, temos filhos e todos educamos os nossos filhos em uma cultura de não consumir drogas. Coletivamente, consideramos que as drogas ilícitas são uma coisa ruim. Fique devidamente esclarecido, portanto, a toda a população e a todos os que nos assistem, que o consumo de maconha, que é o caso concreto, continua a ser considerado um ato ilícito porque esta é a vontade do legislador.

O que estamos discutindo são duas questões: se esse deve ser tratado como um ato ilícito de natureza penal ou se deve ser tratado como um ato ilícito de natureza administrativa. A única consequência prática de se tratar como um ato ilícito administrativo e não como um ato ilícito penal é a pena de prestação de serviços à comunidade no art. 28.

O art. 28, ao criminalizar inclusive o porte, prevê as seguintes penas:

"Art. 28. [...] advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a

RE 635659 / SP

programa ou curso educativo [...]".

Mantivemos essas penas, salvo a de prestação de serviços à comunidade - se essa for a maioria que se formar, cinco votos -, porque entendemos que o usuário pode, eventualmente, necessitar de tratamento, mas não de uma pena de natureza corporal como a prestação de serviços à comunidade.

Fique claro, portanto, que o Supremo considera, caso prevaleça esse entendimento, ser um ato ilícito apenas de natureza administrativa e não de natureza penal. Além do que, ao considerarmos um ato de natureza penal, no caso do cometimento desse fato, haveria o tratamento como reincidente, que, como todos sabem, agrava a situação do eventual usuário.

Esse é o primeiro ponto: ilícito administrativo ou ilícito penal. É o que estamos deliberando.

Segunda questão: qual a quantidade que diferencia porte para consumo pessoal da de tráfico? A razão para fazermos isso é a preocupação de criarmos um critério objetivo, porque, na falta de critério, como demonstrado em diversos votos e detalhadamente no voto do Ministro Alexandre de Moraes, com as estatísticas de São Paulo, a mesma quantidade de drogas, nos bairros mais elegantes das cidades brasileiras, é tratada como consumo e, na periferia, como tráfico.

Logo, queremos evitar essa discriminação entre ricos e pobres, basicamente entre brancos e negros; queremos ter uma regra que seja a mesma para todos e fixar uma quantidade que impeça esse tipo de tratamento discriminatório. Assim, ninguém estará legalizando droga; droga continua a ser um ato ilícito. Estamos discutindo a natureza da punição e apenas fixando a quantidade que distingue porte para consumo pessoal e tráfico.

É o legislador que trata diferentemente porte e tráfico. Estamos definindo a quantidade que diferencia uma coisa da outra, porque, se não fizermos, passará a ser um critério aleatório, que cada policial poderá utilizar quando apreender ou quando detectar a presença da substância

RE 635659 / SP

em alguma pessoa, em alguma parte da cidade.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhor Presidente, pela ordem?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro André.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhor Presidente, minha saudação a Vossa Excelência, aos eminente Pares.

Com a devida vênua e respeito que sempre tenho por Vossa Excelência, não creio e não entendo que o Presidente da CNBB esteja sendo vítima de desinformação. A opinião dele é compartilhada por mim e está consignada em meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro André, Vossa Excelência me desculpe, mas eu conversei com ele, e ele me disse que não estava ciente ser essa a discussão. Eu me comprometi, portanto, a prestar esse esclarecimento, no início da sessão, porque me disse não estar informado de ser essa a questão. Ele se preocupou em me dizer que trabalhou em periferia e que droga é uma coisa que faz mal às pessoas e às comunidades.

Eu disse a ele que todos nós aqui concordamos com isso, temos uma atitude contrária às drogas ilícitas e que não estamos decidindo a legalização de drogas. Ele me disse, portanto, que tinha a informação incorreta do que estava sendo decidido.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não acho que ele tenha informação incorreta. A informação é mesmo essa. A grande verdade é que estaremos passando por cima do legislador caso essa votação tenha a maioria que hoje está estabelecida. O legislador definiu que portar drogas é crime. Transformar isso em ilícito administrativo é ultrapassar a vontade do legislador. Nenhum país do mundo fez isso por

RE 635659 / SP

decisão judicial. Nenhum!

Em segundo lugar, a grande pergunta que fica é: quem vai fiscalizar o ilícito administrativo? Quem vai processar? Quem vai condenar? Quem vai acompanhar a execução dessa sanção? Não existe. Essa deliberação, com a devida vênia aos entendimentos em contrário, tem que ser adotada pelo legislador. Eu sou contra? Sou contra, mas me curvaria caso o legislador deliberasse em sentido contrário.

Apenas consigno a minha opinião e entendo, com a devida vênia, que o presidente da CNBB não é vítima de desinformação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Bom, Vossa Excelência acaba de dizer a mesma coisa que eu disse, apenas com um tom um pouco mais panfletário. Eu, ao início da sessão, disse que estamos discutindo se é ato ilícito administrativo ou se é ato ilícito penal. Vossa Excelência entende que é ato ilícito penal e tem todo o direito de achar. Mas a minha explicação foi absolutamente correta do que está sendo decidido aqui, se é ilícito penal ou se é ilícito administrativo.

Pois não, Ministro Flávio Dino.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, uma sugestão a Vossa Excelência.

Todos sabem do meu impedimento nesse julgamento, tendo em vista que a Ministra Rosa Weber já votou. Mas eu vi Vossa Excelência delimitando a controvérsia, em uma espécie de despacho saneador, em dois eixos. O primeiro, atinente à categorização do ilícito, se administrativo ou penal, que atinge o art. 28.

O que o eminente Ministro André diz é que, da ótica dele, o art. 28 deve prevalecer; e outros entendem diferente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É isso que está em discussão.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Claro, exatamente. Eu queria sugerir a Vossa Excelência uma inversão na ordem do debate, porque a segunda questão, parece-me, a fixação da quantidade para diferenciar o art. 28 do art. 33, é uma questão que tem mais ampla

RE 635659 / SP

compreensão. Acho que há mais acúmulo de debate não só neste Tribunal, mas também na sociedade e no Congresso. Eu diria que talvez reine até um pensamento majoritário na sociedade de que, com a mensagem simples, quem porta droga é usuário e não deve ser preso. Acho que a imensa maioria da população vai concordar com isso.

Agora, faríamos o debate sobre a distinção entre porte e tráfico, que é como nasce esse processo. Esse processo não nasce para infirmar o art. 28. Esse processo nasce para termos um critério objetivo, que é imprescindível. Não há dúvida quanto a isso.

Minha sugestão, portanto, é que Vossa Excelência invertesse os eixos de debate. Primeiro, houvesse a distinção entre porte e tráfico, debate que o Tribunal vem fazendo há 10 anos; e, posteriormente, houvesse o exame se o art. 28 caracteriza um tipo penal ou um lícito administrativo, até em razão das considerações do Ministro André, porque, ao dizermos que é um ilícito administrativo, vamos precisar fixar competência. É da Anvisa? É da Secretaria de Saúde? É da Secretaria de Segurança? É de quem? Particularmente, nesses poucos meses que aqui estou, não vi esse debate ainda; e seria uma pergunta do dia seguinte: é ilícito administrativo? Processo onde? Quem fiscaliza? Qual processo? Como se defende e quem pune? E essa é a razão da minha sugestão a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Anotada a sugestão, oportunamente vamos considerar.

Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, cumprimento Vossa Excelência, Ministra Cármen, todos os Ministros, Procurador-Geral, Doutor Paulo Gonet.

Presidente, com todo respeito às posições trazidas, o Supremo Tribunal Federal discute há nove anos - nove anos! -, desde 2015, essas duas questões. O voto trazido pelo Relator, eminente Ministro Gilmar Mendes, em 2015, trouxe essas duas questões. As duas questões estão sendo discutidas então. Uma questão é a diferenciação entre usuário e traficante, e a outra questão é se o usuário comete um ilícito penal ou ilícito administrativo. Essas são as duas questões a serem discutidas, e o

RE 635659 / SP

Supremo Tribunal Federal tem que assumir que está discutindo essas duas questões!

Todo mundo palpita e pouca gente conhece essas questões. Eu quero que alguém me indique quantos usuários são levados à delegacia e têm aplicada alguma sanção. Não é isso que ocorre na prática.

Essa discussão sobre quem vai fiscalizar, no mundo real, não ocorre. Quando o juiz fixa uma palestra para um usuário, e ele não aparece, a lei aprovada pelo Congresso não prevê nenhuma sanção. O que o usuário faz então? Ele não aparece.

O que é grave é exatamente em virtude disso, exatamente porque a legislação aprovada pelo Congresso Nacional - e não pelo Supremo Tribunal Federal - diz: "usuário, você não pode ter aplicada uma pena privativa de liberdade". Quem conhece direito penal sabe que só é crime o que é apenado com reclusão ou detenção, e só é contravenção o que é apenado com prisão simples. Ou seja, apesar de continuar como crime, não existe pena privativa de liberdade, mesmo que o usuário desrespeite as medidas impostas pelo juiz.

O que houve? E eu prometo ser breve, mas é importante pontuar isso, Presidente. O que houve? Houve uma reação, a partir dessa lei, uma reação difusa, mas diria extremamente coordenada, pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Judiciário - e não entro aqui no juízo de valor, só nos fatos. Como o usuário não pode mais ser punido, o que antes polícia, Ministério Público e Judiciário entendiam como uso, passou a ser tipificado como crime. Antes da alteração da legislação, se alguém era pego com 3 gramas de maconha era usuário, porque havia uma pena privativa de liberdade, a partir da alteração legislativa, ele passou a ser tipificado como traficante.

Isso não sou eu que digo, esses são os dados.

Ao trazer meu voto, Presidente, fiz questão de analisar, junto com a Associação de Jurimetria, 656.408 ocorrências no Estado de São Paulo, de 2003 a 2017. Todas as ocorrências - todas as ocorrências - de tráfico e uso, envolvendo 2.626.802 envolvidos em tráfico ou uso - quase 3 milhões de pessoas. São dados.

RE 635659 / SP

E o que esses dados mostraram, Presidente? Esses dados mostraram que alguém com 18 anos, negro e analfabeto é considerado traficante com 20 gramas. Veja, com 20 gramas, sem nenhuma outra prova. Não é que ele estava na boca de fumo, vendendo com balança. Ele foi preso com 20 gramas. Ele é negro, tem em torno de 20 anos, é analfabeto, 20 gramas. Alguém em torno de 30 anos, branco, com curso superior, só é considerado traficante, em média, com 60 gramas. Estamos falando da mesma situação. Aqui, um negro analfabeto de 20 anos; aqui um branco, maior de 30 anos, curso superior. A polícia chega, os dois, em tese, podem estar lado a lado, um com 20, outro com 60. Se os dois estiverem com 20, só o negro é preso. Isso não é justiça.

Disse no meu voto e repito: se o Supremo Tribunal Federal quiser fixar 3 gramas de maconha, serão 3 gramas para o branco, para o negro, para o curso superior, para o analfabeto. O que ocorre é que há essa distinção.

O que ocorre também, Presidente, inclusive quero parabenizá-lo por fazer esse introito para explicar para a sociedade o que está havendo, é uma deturpação dos votos e da discussão no Supremo Tribunal Federal. É muito fácil deturpar as informações aqui trazidas e os votos proferidos, a fim de tentar jogar a sociedade contra o Poder Judiciário, dizendo: "olha, vamos fixar 20g, 50g, 60g e aí o traficante formiguinha vai lá na boca de fumo vende três, vende quatro".

Ninguém está dizendo aqui que não será tráfico se, além da gramatura, outros elementos existirem. Eu mesmo, em meu voto, Presidente, e na fixação de tese que propus, coloquei exatamente assim: nos termos do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, será presumido usuário - presumido - aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo - e aí ficamos de discutir - de 25 a 60g de maconha ou seis plantas fêmeas.

Mas logo abaixo, no item 3, coloquei: a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes, repito, impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior a 25 a 60g, desde que, de

RE 635659 / SP

maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes no momento do flagrante.

O que se propõe, Presidente, é que tão somente a quantidade de drogas não possa definir, em virtude da raça, da condição econômica, da condição intelectual da pessoa, se ele é traficante ou usuário. Só a quantidade de droga deve ser igual para todos, usuário ou traficante. Agora, se a autoridade policial apreendeu caderneta com anotação, dinheiro na boca de fumo, balança de precisão, todas as características do tráfico, pouco importa a quantidade, porque aí o tráfico está caracterizado.

O que ocorre hoje, e o estudo também mostra, é que dessas 656 mil ocorrências, em mais de 65%, a única prova do tráfico ou do uso era o peso. É necessário que a polícia prenda. Discutimos recentemente aqui, de relatoria do Ministro Fachin, a questão de uma cidade, no Município de São Paulo, onde, depois, ficou comprovado que aquele local era boca de fumo, havia outros elementos. Aí pouco importa a quantidade. Agora, só a quantidade vem sendo utilizada, lamentavelmente, como forma de discriminação social.

É por isso, então, Presidente, que Vossa Excelência realmente tem razão em deixar bem claros os pontos decididos e que, mesmo uma pessoa que, eventualmente, seja presa com 5 gramas de maconha, vendendo para alguém, vendendo na porta da escola - ocorre muito isso, ocorre muito, pipoqueiros que são aliciados pelo tráfico de drogas e vendem poucas quantidades -, essa pouca quantidade é tráfico, porque ele está vendendo, ele está em atitude de traficância. É diferente de quem é pego na rua, andando com 5 gramas para uso próprio.

Nós temos que deixar isso muito claro. Temos que deixar muito claro que, de forma alguma, a polícia estará impedida de realizar prisão em flagrante independentemente do peso, se a caracterização de tráfico existir. Até porque o traficante - disse isso em meu voto e repito, hoje, o tráfico faz entrega *delivery*, há aplicativos de entrega *delivery* - não vai sair em toda entrega com 60g de maconha, mas aí é tráfico.

É importante para a discussão que deixemos bem claro o que está

RE 635659 / SP

sendo discutido e quais os reflexos da discussão.

Eu ouvi muito isto, várias críticas: "Ah, então agora está liberado ficar vendendo até 25, 30 gramas de maconha?" Não! A venda é crime, não importa o peso. Há outros elementos, até porque o próprio legislador colocou que um dos elementos para diferenciar é o peso. Ele não fixou o peso, mas colocou que um dos elementos é o peso, só que outros elementos devem ser verificados.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Ministro Alexandre, permite-me um aparte?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor, Ministro Zanin!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Alexandre!

Pois, não, Ministro Cristiano Zanin.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Até nessa linha, Senhor Presidente, o § 2º do próprio art. 28 prevê expressamente que o juiz, ao estabelecer se é porte para uso pessoal ou tráfico, tem que levar em consideração as circunstâncias do fato. Isso também está expressamente previsto na lei.

Embora eu tenha uma posição diferente quanto à primeira premissa - entendo que a natureza é penal -, quanto à fixação da quantidade, entendo que ela deva ser levada em consideração juntamente com o § 2º, ou seja, o juiz deve aplicar o § 2º para diferenciar a situação de porte da situação de tráfico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Zanin!

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois, não, Ministro Kassio Nunes Marques.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Cumprimento a

RE 635659 / SP

todos na pessoa de Vossa Excelência.

Nós temos duas discussões. Uma delas está muito bem delimitada, bem esquadrihada – Vossa Excelência foi muito feliz na colocação, e o ministro Alexandre de Moraes também –, de forma exaustiva e esclarecedora.

Agora, a força do argumento e da necessidade de se trazer uma isonomia para o País nesse segundo aspecto não pode diminuir a discussão do primeiro, que é uma questão preambular. Antes, estamos debatendo se é crime, se o art. 28 é constitucional, ou faríamos uma transmutação para interpretar que são sanções meramente administrativas.

A sensação que me passa, Senhor Presidente, é que o alvo de tudo isso são apenas os consumidores, mas queria lembrar a Vossa Excelência que temos milhões e milhões de brasileiros, milhões e milhões de famílias brasileiras em cujas residências a droga ainda não entrou. Não podemos observar e julgar tão somente para uma parcela da população.

Essa questão preambular traz um fator inibitório. Se essa decisão prevalecer, chegaremos para a dona de casa, para a empregada doméstica, para o cidadão que olha o carro, para o frentista, para o diarista, para as pessoas mais simples deste país e lhes diremos o seguinte: “Olha, vai continuar sendo ilícito” – como bem colocou Vossa Excelência –, “mas não é mais crime. Porém, não se preocupe porque, até uma determinada gramatura” – 20, 25 ou 30, o que for fixar o Tribunal –, “ele não vai preso”. No entanto, a grande preocupação da maioria das famílias brasileiras não é se o filho vai preso ou não. A preocupação é que a droga não entre na sua residência e, para isso, ela tem hoje um fato inibitório.

A sociedade brasileira precisa de instrumentos para se defender, e o fato de o legislador ter elegido o crime, ainda que as sanções não sejam típicas de crime, traz um instrumento de defesa para a família pobre brasileira, com o qual ela diz: “Meu filho, não faça isso, porque é crime.” Eu queria só registrar que existe uma preocupação que vai além dos umbrais do quadrante desta discussão, que é quem já consome a droga.

RE 635659 / SP

É bem verdade o que foi dito, é uma grande realidade, uma grande preocupação, e o Supremo tem de se debruçar e enfrentar essa situação, mas temos um outro viés, que talvez seja a maioria, daqueles em cujas casas a droga ainda não entrou. Precisamos não perder de vista como devemos colaborar com a sociedade para que a droga não entre nas residências dos brasileiros.

Por isso, minha posição foi acompanhar a de Vossa Excelência e a do ministro Alexandre também, para não haver discriminação e a gramatura ser um fator de isonomia – independentemente da cor, do sexo, da religião, da ideologia, terão todos o mesmo tratamento –, mas manter a constitucionalidade do dispositivo, permitindo que a família brasileira possa utilizar esse instrumento que, ao meu sentir, com a máxima vênua dos que pensam de forma diferente, é um grande instrumento para a defesa da sociedade brasileira.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só pela ordem.

Basicamente, gostaria de fazer uma colocação, porque parece que sobejam poucos votos, e eu estou na lista dos que ainda faltam votar.

Na verdade, o que vamos enfrentar, e aqui se disse que devemos enfrentar e temos de ter, realmente, altivez e independência, é para entendermos se o art. 28 é constitucional ou inconstitucional. Tenho a impressão de que a questão gravita sobre isso. O que foi afetado com a repercussão geral foi exatamente isso.

Vejo no relatório de Sua Excelência, o nosso Decano - quero até aproveitar para saudar a todos -, eminente Ministro Gilmar Mendes, na verdade, até consta do início do voto de Sua Excelência, voto do Relator, a tese dele de que a inconstitucionalidade do delito de posse de substâncias entorpecentes não é nova. O seu questionamento já subsistia quando em vigor a Lei nº 6.368, da qual o tipo penal da denúncia era o art. 16.

Aqui o que se está discutindo, o que me parece, o que foi afetado à repercussão geral, é saber se esse porte fica ao alvedrio da própria pessoa, sob pena de invasão da intimidade, da privacidade, ou se isso, em razão

RE 635659 / SP

exatamente de violar princípios basilares da Constituição, com relação à liberdade do cidadão, se esses princípios basilares estão sendo violados e automaticamente o artigo seria inconstitucional. Eu entendi isso.

Com relação à fixação pela dosagem, vários Colegas já se pronunciaram. É uma questão de saber se podemos fazer isso, se não podemos fazer isso e como agora vamos enfrentar a questão, vamos dizer se pode ou se não pode fazer, dentro da independência jurídica de cada Colega. Acho que não tem muito mais a se debater, a não ser deixar que os Colegas votem, colher o resultado e ver a solução que vamos encontrar com as posições que já foram aqui colocadas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Luiz Fux!

Vou prosseguir, portanto, o julgamento.

Está em discussão se o porte deve ser tratado como ilícito administrativo ou como ilícito penal, reiterando-se que a única consequência prática à luz do art. 28 é a possibilidade ou não de a pena incluir prestação de serviços à comunidade.

A segunda questão é definir a quantidade. Há um debate entre 25 e 60 gramas. A única coisa que eu proporia antes de me pronunciar especificamente sobre isso, Ministro Alexandre, é que fixemos uma quantidade, exatamente para não persistir a discricionariedade. Podemos discutir 40, 50, mas acho que tem que ter um número, para não haver discricionariedade.

Todas as posições bem postas. É um tema que mobiliza as pessoas. Não é um tema fácil, não há solução juridicamente simples, nem moralmente barata no tratamento de drogas. Em toda parte do mundo, é complexo. Alguns países aumentaram a repressão, outros países têm experiências de legalização, é um tema difícil. Não por outra razão, estamos aqui debatendo, aberta e transparentemente, diferentes compreensões sobre um tema que mobiliza mesmo paixões e sentimentos fortes.

20/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Muito boa tarde, Senhor Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, também, por ter pautado o processo assim que liberei o voto-vista.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Desculpe-me interromper, mas tive inúmeros pedidos de adiamento e sugestões de pedido de vista. A verdade é que procrastinar não vai fazer com que o problema diminua. Portanto, acho que temos de resolver!

Muito obrigado, devolvo a palavra a Vossa Excelência!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, eu compreendi muito bem a posição de Vossa Excelência e concordo. Eu também me libero de meu voto, o que é, para mim, bastante importante neste momento. E vou fazê-lo da perspectiva de quem coordenou pelo Poder Executivo, quando estava na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, o anteprojeto da lei em questão.

Eu tenho bem claro quais foram as intenções subjacentes aos trabalhos que redundaram, de maneira interministerial e multidisciplinar, na proposição que foi aprovada. Estou trazendo um voto resumido, porque o voto final é muito maior, com as transcrições de pareceres de relatores do projeto na Câmara e no Senado da República. Portanto, daí também, tentando haurir – para usar uma expressão muito cara ao Ministro Fachin – a vontade do legislador. Nós sabemos que, pela teoria da interpretação, da hermenêutica, a vontade do legislador deixa de ser vontade do legislador quando vira norma, e a norma passa a ser uma mensagem. É essa mensagem que seus usuários vão aplicar. Havendo confronto ou litígio, haverá uma jurisdição que resolverá esses litígios.

Tive a oportunidade de conversar com o Ministro **Flávio Dino**, que não vota no caso, pois sua antecessora, a Ministra **Rosa Weber**, já votou, a respeito do ponto de vista de Sua Excelência. Embora Sua Excelência não

RE 635659 / SP

tenha voto, ele pode participar dos debates e sempre será bem-vinda essa contribuição.

Pois bem, Senhor Presidente, eu estava apenas saudando Vossa Excelência, então Vossa Excelência já imagina como vai ser meu voto. Mas não posso deixar de cumprimentar a nossa querida Ministra **Cármem Lúcia**.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Depois de elogios, geralmente vem uma avalanche.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Querida Ministra **Cármem Lúcia**, Ministro Decano e Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, na pessoa de quem cumprimento todos os Colegas do Colegiado, nosso Procurador-Geral da República, o Professor Paulo Gonet, senhoras advogadas e senhores advogados, Senhor Defensor Público, todos aqueles que estão acompanhando este julgamento tão importante para a história do nosso país e para a nossa Corte,

Não me impressiona o fato de, em outros locais, as decisões sobre esse tema terem vindo ou do Executivo ou do Legislativo, e não do Judiciário. Até porque nós, aqui, no Judiciário Brasileiro, nós, do ponto de vista mundial, nós somos vanguarda em muita coisa. Basta ver a urna eletrônica, basta ver a administração e a regulação da Justiça Eleitoral. Então, evidentemente que nós tomamos, aqui, decisões que são decisões inéditas do ponto de vista de cortes constitucionais.

Quando eu fui Presidente do Supremo Tribunal Federal, eu inscrevi na Unesco o acórdão da relatoria de nosso querido Ministro **Ayres Britto** sobre a equiparação da relação homoafetiva à união estável. Vossa Excelência, Senhor Presidente – veja como o tempo passa –, estava na tribuna da advocacia. Como disse, eu inscrevi esse acórdão na Unesco, quando fui Presidente da Corte, Ministro **Zanin**, e a Unesco reconheceu como a primeira decisão de corte constitucional da história a reconhecer a união homoafetiva como união estável. Esse acórdão passou a ser um documento histórico da humanidade.

Dito isso, a mim, não me incomoda o fato de nós estarmos

RE 635659 / SP

deliberando sobre este tema, na medida em que há um clamor da sociedade e há um comando constitucional. Evidentemente que nós somos um colegiado, em que há uma pluralidade de visões. E a voz da sociedade, aqui, se faz presente.

Aqui, nós temos pessoas indicadas por presidentes da República de direita, de esquerda, de centro, de centro-direita e de centro-esquerda, todos aprovados pelo Senado da República. Todos. Se se somarem os votos recebidos pelo respectivo presidente da República, aos votos dos senadores que nos aprovaram, todos, aqui, estamos legitimados por cerca de 100 milhões de votos. Não há que se falar que aqui não há legitimidade popular. Nós temos autoridade popular com base na Constituição e com base em nossa indicação.

Pois bem, Senhor Presidente, cumprimentando todas e todos, as servidoras e os servidores, a imprensa que nos acompanha e toda a nação brasileira que nos acompanha, vou a meu voto e vou pedir licença, Senhor Presidente, eminentes Colegas, para fazer a leitura dele, porque, se lá se vão nove anos, não dá para resumir aqui em cinco minutos. Portanto, vou ao voto e digo, rememorando.

Trata-se de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, Tema nº 506, proposto contra acórdão mediante o qual a Turma Recursal do Juizado Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação do recorrente pela guarda, para uso pessoal, de 3g de maconha. Nas razões recursais, o recorrente sustenta a violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, que definiu como crime "adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Eu gostaria de, publicamente, agradecer os diálogos que eu tive, ao longo desses nove anos, com o Professor e Doutor Drauzio Varella, um grande médico e intelectual brasileiro, com vivência na periferia e nos presídios, a respeito desse tema da utilização de drogas, ou daquele chamado escalonamento de drogas, fora dos livros, fora dos manuais,

RE 635659 / SP

levando em conta sua vivência social extremamente importante. E aqui, então, registro meu agradecimento ao querido Doutor Drauzio Varella.

Pois bem, várias reflexões ao longo do tempo me fizeram ir às vezes para um sentido, às vezes para outro, Ministro **Fachin** e Ministro **Nunes Marques**. Por isso, novamente, cumprimento o Presidente que, na condução do Tribunal, não pode também deixar de colocar as questões que estão aí a julgamento.

Pois bem, como ressaltou, de forma inequívoca, o Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, e agora, na abertura da sessão, Vossa Excelência, não há nenhum gesto do Tribunal em direção à liberação de qualquer tipo de drogas ou entorpecentes. Nem mesmo nenhuma espécie de avanço indevido sobre as competências do Congresso Nacional. Não há. A discussão sobre o reconhecimento do caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para consumo próprio, é uma competência, sim, de uma Corte Constitucional, nos parâmetros que nós temos na teoria do constitucionalismo em todos os países do ocidente. O que se busca, portanto, e aqui faço uso das palavras do eminente Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, a quem saúdo pelo voto e, também, pela posição sempre altaneira de trazer questões complexas para a deliberação deste Tribunal.

Nesse sentido, é importante esclarecer que não se está discutindo a possibilidade de se autorizar a comercialização, o fornecimento, ou qualquer outro ato que se refira à venda ou à distribuição de drogas, ou, no caso concreto, de maconha – cujo nome técnico é **cannabis sativa** –, ainda que em quantidade inferior a 10, 25 ou 60 gramas, como mencionado ao longo dos votos proferidos.

Da mesma forma, não se cogita a permissão, a estimulação ou a tolerância do uso de **cannabis** ou outras drogas ilícitas, especialmente em ambientes públicos. É relevante deixar claro que, independentemente das posições individuais de cada qual dos integrantes do Tribunal, a decisão colegiada que resultar desse julgamento vai demarcar a posição da Corte como um todo, porque assim sempre o é.

Considero, por isso mesmo, esclarecer minha compreensão sobre o conteúdo da norma veiculada no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, a qual

RE 635659 / SP

desenvolverei ao longo de meu voto.

Senhor Presidente, Ministro **Flávio Dino** – Vossa Excelência que, assim como eu, veio a esta Corte quando estava em cargo do Poder Executivo, tal como o Ministro **Alexandre de Moraes** e o Ministro **Gilmar Mendes** –, muitas vezes, as questões vêm parar nesta Corte porque os outros órgãos de deliberação da sociedade não funcionam e fracassam.

Estávamos a conversar sobre a questão da importação do canabidiol para uso terapêutico. E a Anvisa, até hoje, não definiu adequadamente essa questão. Autoriza a importação, mas para qual uso terapêutico? Omissão do Estado de uma agência reguladora importantíssima. E aí esses temas vêm parar no Supremo Tribunal Federal ou no Judiciário, a partir de sua primeira instância, até chegar aqui por meio do recurso extraordinário, como é o caso concreto que estamos a julgar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, permita-me um aparte?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em virtude dessa ausência de regulamentação da Anvisa, há sobrecarga do Poder Judiciário - no caso, não o Supremo - de liminares e liminares, nos casos específicos. Às vezes, uma liminar é concedida, outra não, em casos semelhantes por falta de regulamentação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

As pessoas, como Pôncio Pilatos, lavam as mãos e não assumem suas responsabilidades em seus órgãos, porque não têm coragem. Gerir é ter coragem, competência e sorte.

Eu estava a elogiar o voto de Vossa Excelência, mas como estava ocasionalmente ausente, não o fiz com tanta eloquência. Agora, de corpo presente, posso fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Apesar de que elogio é prenúncio de divergência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cumprimento nosso querido Técio aqui presente, grande advogado,

RE 635659 / SP

que foi secretário nacional de drogas no Governo José Sarney, sob o Ministério da Justiça de Fernando Lira, salvo engano.

Pois bem, em primeiro lugar, entendo ser legítima a opção do legislador em estabelecer as medidas sancionatórias tendentes a coibir o porte indiscriminado de drogas, mesmo que para consumo pessoal. Então, de minha óptica, eu entendo ser legítima a opção do legislador.

Em segundo lugar, cabe ao Congresso Nacional empreender as medidas legislativas necessárias aos avanços da política atual de repressão ao tráfico de drogas e ao tratamento dos usuários com enfoque em saúde e recuperação, em vez de mera criminalização, alinhando-se às tendências internacionais de priorizar a redução de danos e a cooperação para enfrentar o problema das drogas.

Estou convicto de que tratar o usuário como um toxicodelinquente não é a melhor política pública de um Estado Social Democrático de Direito. Repito: estou convicto de que tratar o usuário como um toxicodelinquente, aquele que é um criminoso – delinquente no sentido de criminoso –, um toxicocriminoso, não é a melhor política pública de um Estado Social Democrático de Direito.

E aqui, mais uma vez – desculpem se eu vou cobrar os outros setores da sociedade –, há omissão do Estado-regulador. Porque, na verdade, o Congresso Nacional tem toda a competência para estabelecer parâmetros. Mas todos nós sabemos que a norma penal que estabelece como crime a utilização de drogas ilícitas não descreve, Ministro **Alexandre**, quais são as drogas, Ministra **Cármem Lúcia**. É uma norma penal em branco. Quem o define isso é a Anvisa, inclusive para medicamento de uso medicinal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vossa Excelência me permite uma breve consideração?

É muito interessante a abordagem que Vossa Excelência está fazendo, e obviamente é uma perspectiva bastante legítima. Mas o que é curioso é que a vantagem de ter passado o tempo é que nós tivemos aqui uma chance de discutir e fazer uma série de ponderações. E quando o tema voltou, a partir do voto do Ministro Alexandre, ele trouxe considerações muito marcantes daquilo que ele hoje, resumidamente,

RE 635659 / SP

trouxe também, que é como, na vida prática, deferindo esta atividade à própria autoridade policial, o dispositivo da despenalização, que é do art. 28, acabou, na verdade, sendo esquecido, oblivido; e passou-se a simplesmente tratar aquele que é usuário, especialmente essas pessoas que moram em periferia e tal, como traficante. Esse é o primeiro problema que foi detectado.

O Ministro Alexandre fez uma pesquisa - ele mostrou hoje novamente aqui -, também detalhada, quanto à empiria, como cada delegacia de polícia em São Paulo estava fazendo a classificação para fazer a distinção entre o usuário e traficante.

É muito interessante, na consideração que o Vossa Excelência está fazendo, eu tinha feito algumas notas para discutir e eu trouxe uma entrevista de um antigo presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência de Portugal, João Goulão, uma entrevista já mais antiga, em que ele fazia um balanço muito positivo da legislação, a legislação portuguesa que tinha já entrado em vigor há algum tempo, afirmando que - veja que interessante a abordagem -: "hoje, temos 40 mil toxicodependentes em tratamento em todo o país", dizia ele. Que é uma questão em Portugal. Vejam, na medida em que você passa a tratar como questão de saúde pública, as pessoas passam a entender que elas precisam se tratar. E ele diz isso: "É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nessa área há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem davam seu nome completo aos técnicos". Disse ainda que: "das pessoas em tratamento, cerca de 10% são usuários de *cannabis sativa*", que é o tema que nós estamos discutindo. E complementa: "Antes da descriminalização do consumo, não tínhamos consumidores de *cannabis* em tratamento. Agora, quando confrontados pelos técnicos das comissões, acabam por perceber que fumar *cannabis* tem consequência para a saúde e aceitam o tratamento".

Quer dizer, o que nós estamos discutindo, e obviamente as considerações todas são válidas, é se não seria o caso de despenalizar, sim, mas mais do que isso, emprestar o tratamento da questão como um

RE 635659 / SP

tratamento no âmbito da saúde pública, e não no âmbito da segurança pública.

Contudo, veja que todo esse círculo institucional acaba por permitir, inclusive, que o Estado cumpra essa sua função de tratamento.

Ainda hoje falava com a secretária de política nacional antidrogas, e ela dizia, por exemplo, Ministro Toffoli, na linha do que Vossa Excelência acaba de afirmar, de uma certa complacência administrativa. Ela diz que há um fundo de um bilhão, hoje congelado, para fins de combate ou de políticas positivas em relação ao uso de drogas. E ela diz que, desse 1 bilhão, há algum tempo liberaram 50 milhões.

Vejam, quando aqui nós temos a temática da saúde, a temática da conscientização das pessoas, como a gente vê nesse contexto. Quer dizer, é até muito interessante, do ponto de vista até de teoria dos jogos, quando esse tema passa a ser um tema sério de saúde pública, o próprio Estado passa a ter estatísticas confiáveis e passa a ter também vetores, diretrizes para desenvolver política de conscientização.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E o usuário deixa de ter o estigma de ser um criminoso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Exatamente, porque senão passa a ter uma nova marca e a possibilidade até de reincidência, como foi falado aqui em outras oportunidades.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, permite só, foi citado, o Ministro Gilmar falou dessa discrepância, no voto anterior eu me referi, mas esse estigma de usuário ou traficante realmente muda de local a local.

Além dos exemplos que eu dei, só mais dois exemplos. Na capital de São Paulo, em média, para ser considerado traficante, eu volto a insistir, quando a única prova é a apreensão de drogas, sem outras características, precisa de 51 gramas. No interior de São Paulo, com 32 já é considerado traficante. Ou seja, é uma diferença gigantesca. E, nas seccionais, a capital é dividida em seis seccionais na polícia, há algumas em que com 12 já traficante; outras com 35; e outras, 70. Então, realmente não é não é possível continuar essa discricionariedade absurda.

RE 635659 / SP

Obrigado, Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esses apartes são muito bem-vindos e reforçam aquilo que eu vinha falando, ou seja, a omissão dos órgãos reguladores e da sociedade em enfrentar esses problemas. E esses problemas se tornam litígios. Ao fim e ao cabo, nós estamos julgando um caso concreto, de uma denúncia do Estado por meio do órgão acusador, o Ministério Público contra um cidadão que foi pego com 3 g de maconha.

Por que nós estamos aqui a discutir a **cannabis** e não a **ayahuasca**? E aqui me permitam novamente fazer referência ao Dr. Técio Lins e Silva, porque quando ele foi o secretário nacional antidrogas propôs ao Ministro Fernando Lyra a liberação da ayahuasca. Com a autorização do Presidente José Sarney, tendo em vista as circunstâncias da utilização tradicional da **ayahuasca**, a **ayahuasca** foi liberada. Poucas pessoas sabem disso. Por isso que a **ayahuasca** não está no catálogo dos órgãos executivos como um entorpecente, como uma droga que não possa ser utilizada por quem o desejar. Nem por isso, nesse período todo, se criaram problemas sociais com a **ayahuasca**. Talvez, se o eminente advogado não estivesse aqui, eu não faria esse registro, mas sua presença me trouxe à lembrança algumas conversas que já tivemos no passado.

Pois bem, entendo que a proposta de se utilizar a quantidade de drogas como critério para diferenciar o traficante do usuário não soluciona o problema da subjetividade. Entendo que a subjetividade da dita prisão continuará acontecendo, infelizmente, e com todas as consequências daí decorrentes.

Nos próximos tópicos, trarei alguns registros que considero relevantes à solução do caso acerca do cenário atual das políticas públicas e a temática em debate.

Vou ao item 3 de meu voto. Das drogas e de seu consumo histórico. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), o que é droga? Droga é toda substância ou qualquer substância externa ao organismo que pode alterar seu funcionamento. Tanto o café, que eu acabei de beber aqui, como o tabaco, que eu não fumo, quanto a cocaína, que eu nunca vi,

RE 635659 / SP

se enquadram nessa definição, pois todos modificam a bioquímica do cérebro, apesar de terem efeitos distintos e riscos diferentes. O que diferencia o remédio do veneno – aquele famoso adágio popular – é a dosagem. Drogas lícitas e ilícitas coexistem no mesmo sistema legal, mas todas elas são drogas, e sua utilidade ou perigo depende do usuário, da quantidade e da forma de uso.

Historicamente, a humanidade tem utilizado drogas para fins medicinais, para fins recreativos e culturais desde tempos remotos, sem que isso fosse necessariamente visto como um problema social.

A **cannabis sativa**, conhecida como maconha, embora não se resuma a ela, é consumida há milhares de anos. O cânhamo, substância derivada da **cannabis**, por exemplo, foi usado na confecção de tecido, de cordas e cabos navais, sendo responsável pela expansão marítima do comércio ao permitir a feitura de velas resistentes para desbravar os mares mundo afora. O mesmo vegetal.

Na forma medicamentosa, a **cannabis** foi receitada como medicamento para combater inflamações, dores e convulsões. A **cannabis** era usada como analgésico até ser substituída pela aspirina. Antes de surgir a aspirina, em 1889, a **cannabis** era o analgésico utilizado. Mesmo sabendo-se que a planta tem efeito anestésico 30 vezes maior do que a aspirina, a **cannabis** foi deixada de lado – 30 vezes superior ao da aspirina.

Assim como a **cannabis**, há registros do uso do álcool há 8 mil anos; do ópio, há 6 mil anos; da coca e dos alucinógenos, há 3 mil anos.

Desde o início da humanidade, o álcool tem sido consumido nas diversas culturas ao redor do mundo, desempenhando múltiplos papéis e sendo utilizado frequentemente como catalisador de interações sociais, especialmente em celebrações, já que reduz inibições e aumenta a sensação de euforia. Além de seu papel social, o álcool foi historicamente valorizado como fonte de água segura, na época em que não havia condições de se ter água potável e segura para o consumo.

Hoje o álcool é classificado como droga depressora do sistema central, e seu consumo é fator causal de mais de 200 doenças e lesões,

RE 635659 / SP

sendo associado principalmente a distúrbios mentais e comportamentais, incluindo dependência ao álcool, doenças não transmissíveis graves, como cirrose hepática, alguns tipos de carcinoma e doenças cardiovasculares, bem como lesões resultantes de violência e acidentes de trânsito que têm origem no álcool. Apesar de seus efeitos nocivos, o álcool é legalmente vendido e consumido na maioria dos países. Seu consumo é elevado e, frequentemente, incentivado por meio de comerciais de televisão e pela pressão social em eventos nos quais, muitas vezes, as pessoas, mesmo não querendo, sentem a necessidade de pelo menos brindar com uma taça de bebida alcoólica para evitar críticas.

Esses exemplos, que não esgotam a lista de drogas consumidas, mostram que substâncias atualmente consideradas pela ciência como prejudiciais já desempenharam papéis importantes e positivos na história.

Evidentemente, a menção aos usos positivos das drogas citadas ao longo do tempo não pretende afirmar que seu consumo é seguro ou recomendável. Destaco isso apenas com o objetivo de mostrar que, historicamente, essas substâncias tiveram diversas finalidades. Algumas drogas hoje aceitas e até incentivadas socialmente, como o álcool, continuam lícitas, mesmo causando danos à saúde, à vida e à sociedade, enquanto outras, agora proibidas sob a ameaça de sanção penal, eram anteriormente lícitas.

Foi apenas no início do século XX, com o uso disseminado de certas drogas e a falta de regulamentação internacional, que os governos começaram a considerar a necessidade de cooperação internacional para controlar o tráfico de substâncias nocivas. A política repressiva, portanto, é, do ponto de vista de perspectiva histórica, recente – início do século XX. A criminalização das drogas é um fenômeno que ganhou força no início do século XX, sendo intensificada, como todos sabem, na década de setenta do século passado com a famosa política de guerra às drogas (**war on drugs**) do Presidente Americano Richard Nixon, quando o uso disseminado de certas substâncias e a falta de regulamentação internacional passaram a preocupar os estados nacionais.

No entanto, a adoção de políticas repressivas baseou-se mais em

RE 635659 / SP

argumentos moralistas do que em evidências científicas, como já dito aqui em vários votos proferidos e, hoje mesmo, lembrado nas palavras dos eminentes colegas que já se manifestaram. Baseou-se mais em argumentos moralistas do que em evidências científicas sólidas, considerando não apenas os danos causados pelas drogas, mas também às pessoas que as utilizavam.

Há vários estudos (eu os cito em meu voto) que mostram que a criminalização das drogas nos Estados Unidos foi fortemente influenciada por preconceitos raciais e xenófobos. O ópio foi associado aos chineses; a maconha, aos mexicanos; e a cocaína, aos negros (eu cito a fonte), criando um estigma que visa marginalizar esses grupos sociais.

O Brasil foi o primeiro país a proibir a maconha. Essa proibição também exemplifica essa tendência. A criminalização da maconha, conhecida como "fumo de Angola" estava diretamente ligada aos escravos africanos e consolidou-se após a abolição da escravatura, com o Código Penal de 1890, o qual criminalizava práticas culturais negras, não só o uso do "fumo de Angola", mas também a capoeira, o candomblé e, vejam, senhoras e senhores, o samba. O Código Penal de 1890 criminalizava o samba.

Esses exemplos mostram que a classificação das drogas como ilícitas não necessariamente se baseou nos danos causados por essas substâncias, havendo o desejo de controlar e moralizar certos grupos sociais. A proibição das drogas, portanto, foi motivada por uma combinação de preocupações, algumas relativas à saúde pública, mas também por impulsos moralistas e racistas.

Para reforçar a conclusão de que as razões científicas não foram primordiais na criminalização de certas substâncias, cito a observação do jurista Alberto Zacharias Toron sobre o programa de TV no qual o especialista Claude Olievenstein foi questionado pelo renomado criminalista Arnaldo Malheiros Filho, saudoso e querido amigo de todos nós, sobre o critério científico que coloca a maconha na ilegalidade, enquanto o álcool e o cigarro são permitidos.

A resposta de Olievenstein foi surpreendente e decepcionante. Ele

RE 635659 / SP

afirmou que a proibição se baseia no que a sociedade democraticamente decide ser adequado, e não em razões médicas. Isso evidencia que as decisões sobre a legalidade das drogas muitas vezes refletem valores sociais e culturais daquela conjuntura histórica, e não necessariamente em fundamentos científicos.

O controle internacional começou com a Convenção de Haia de 1912, sobre o comércio do ópio, a qual culminou em três tratados principais da ONU: a Convenção sobre Narcóticos, de 1961, emendada pelo Protocolo de 1972; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

No Brasil, a política de drogas evoluiu de maneira semelhante e se adequou aos parâmetros das convenções. Passou-se por uma evolução significativa ao longo de todo o século XX, com abordagem inicial centrada no controle e na repressão fortemente influenciada por valores moralistas e preocupações sociais. Como dito, o Brasil foi o primeiro país do mundo a criminalizar a venda e o consumo de maconha. O Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro estabeleceu pena de cadeia para os usuários, os quais eram predominantemente escravos, e multa para os comerciantes, geralmente brancos. Ministro **Alexandre de Moraes**, cadeia para os negros, multa para os brancos.

Essa legislação refletia um viés racista: os usuários, geralmente negros, eram penalizados mais severamente do que os traficantes. E não há dúvida de que nós assistimos a isso hoje, porque os grandes traficantes não estão presos.

A proibição do "pito de pango", outra expressão que se utilizava no século XIX para fazer referência à maconha –, foi parte de uma série de medidas destinadas a criminalizar práticas culturais associadas à população negra, como a capoeira, o candomblé e o samba, consolidando um preconceito racial que se intensificou (se intensificou!) após a abolição da escravatura em 1888. Vejam, vem a abolição da escravatura e a discriminação, em vez de diminuir, aumenta na legislação.

Aliás, eu sempre falo que a Lei Saraiva, que sempre é saudada,

RE 635659 / SP

Ministro **Flávio Dino**, como a lei que acabou com o voto censitário e transformou o voto em voto universal, diminuiu, de 1878 para 1886, o número de eleitores brasileiros de 10% da população para 3%. Por quê? Porque a Lei Saraiva, vislumbrando a abolição da escravatura, queria excluir os negros da escolha democrática de seus representantes. E, nessa medida, o que ela fez? Liberou o voto universal para todos os homens (as mulheres não votavam!). E o que diz a Lei Saraiva? O voto é universal para os homens libertos que sejam letrados, ou seja, alfabetizados. Com isso, como nós não tivemos, no Brasil, alfabetização universal, porque os escravos, por exemplo, não tinham acesso à educação, nós excluímos toda a população negra de ser eleitora e grande parte da população branca, que não era letrada.

São correções históricas que têm que ser feitas, porque, muitas vezes, você vê, no livro de história, que a Lei Saraiva foi uma evolução em nosso direito, por acabar com o voto censitário. Ao contrário, ela foi uma involução. E o voto do analfabeto só foi permitido após a Emenda Constitucional nº 25 à Constituição de 1967, no ano de 1985, com o Presidente José Sarney a capitaneando.

Foi essa emenda constitucional que autorizou o voto facultativo aos analfabetos, como é até hoje, na Constituição de 1988. Isso fez com que o Brasil saísse, em 1960, nas eleições para a presidência da República (em que foi eleito Jânio Quadros), de uma população eleitora de cerca de 20% da população brasileira, para 79% da população brasileira na eleição de 1989, em que disputaram o segundo turno Fernando Collor e Lula, e o Fernando Collor foi eleito presidente.

E aqui, também, há de se fazer, como o Ministro **Gilmar Mendes**, nós todos, fazemos um registro à capacidade do Presidente Sarney de ter sido esse presidente da transição democrática em nosso país. E ele devolveu, com aprovação do Congresso Nacional, depois de 104 anos (entre 1881 até 1985), o direito ao voto aos iletrados, aos analfabetos.

E hoje, no ano de 2024 do século XXI, nós ainda temos cerca de 10% da população adulta analfabeta ou semianalfabeta em nosso país.

Pois bem, a evolução legislativa do Brasil mostra um endurecimento

RE 635659 / SP

progressivo das políticas de controle. A partir da década trinta do século passado, houve o agravamento das penas, com a consolidação das leis penais, que passou a prever pena de prisão ao traficante.

Foi a partir da edição do Decreto-Lei nº 385, de 1968, que alterou o art. 281 do Código Penal, que veio a criminalização do usuário. Houve a criminalização explícita do usuário, impondo-se a ele penas equivalentes à do traficante.

Antes do advento do Decreto-Lei nº 385, de 1968, o Supremo Tribunal Federal entendia que o porte de droga para consumo não configurava o crime do art. 281 do Código Penal. Portanto, esta Suprema Corte, este Supremo Tribunal Federal, Ministro Fachin já foi chamado, lá atrás, a decidir sobre o uso de drogas. Repito que, antes do advento do Decreto-Lei nº 385, de 1968, o Supremo Tribunal Federal entendia que o porte de droga para consumo não configurava o crime do art. 281 do Código Penal, com a redação que foi dada a ele pela Lei nº 4.451, de 1964, porque não havia ato de comercialização. Era apenas a comercialização que era punida, e não o uso. Devo fazer o registro aqui desse precedente, HC nº 42.752, Rel. Min. **Antônio Vilas Boas**, julgado na Segunda Turma e publicado no Diário da Justiça de 24 de junho de 1966.

Pois bem, vem a onda repressiva, como todos nós sabemos e conhecemos, que culminou, então, na Lei nº 6.368, de 1976, a predecessora da atual lei, que consolidou um modelo repressivo, que, apesar de ter estabelecido penas diferentes ao traficante (ao traficante a média era de 3 a 15 anos de reclusão e multa, e ao usuário, a pena era de detenção de 6 meses a 2 anos e multa), manteve a criminalização no âmbito do direito penal de ambas as condutas.

Na década de noventa do século passado, o cenário internacional começou a mudar do discurso punitivista da guerra às drogas para um enfoque na redução de danos e na defesa dos dependentes, priorizando a cooperação internacional. Nesse contexto, o Brasil iniciou o processo legislativo para atualizar aquela Lei nº 6.368, de 1976, e aí registro o Projeto de Lei nº 7.134, de 2002, que é exatamente aquele que se inicia no ano de 2002 e que culmina na Lei nº 11.343, de 2006, que está em vigor até

RE 635659 / SP

hoje com as proposições que foram a ela apensadas.

Numa primeira aproximação com a solução a ser proposta ao final, observo que o processo de elaboração da Lei nº 11.343, de 2006, reflete a necessidade de tratar os usuários de drogas com enfoque em sua saúde e em sua recuperação, em vez de na criminalização. O enfoque dessa proposição, que se tornou lei aprovada pelo Congresso Nacional, foi um enfoque na saúde, e não na criminalização, evidentemente mantendo a criminalização por tráfico. Apesar das expectativas e dos inegáveis avanços, os resultados esperados, muito em razão de nós mesmos, do Poder Judiciário, não refletiram o espírito da lei.

O item 4 de meu voto trata dos efeitos da atual política criminalizante sobre os usuários. Na verdade, pelos dados – volto a repetir que não vou ficar aqui citando as referências de pesquisas, trabalhos e bibliografia, mas elas constam no voto escrito –, a política de repressão ao tráfico e ao uso de drogas, em vez de reduzir a violência e o uso abusivo, intensificou a violência e a corrupção, sem diminuir o consumo. Ou seja, a criminalização dos usuários de drogas acaba por gerar um custo social maior para a sociedade.

No Brasil, isso resultou em superencarceramento. Em 2006, a população carcerária era de 321.435 presos. Dez anos depois, em 2016, esse número subiu para 722.120, um aumento de 224%. E a lei é de 2006, daí o dado, portanto, referencial de 2006. Especificamente o número de presos por tráfico de drogas, nesse período, aumentou em 336%, ou seja, a média de aumento de encarceramento em relação a todos os delitos e ilícitos cometidos foi de 224% entre 2006 e 2016. No caso do tráfico de drogas – muitos usuários acabaram por ser classificados como traficantes, daí a discussão que se coloca aqui – o aumento, no período, foi de 336%.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me concede um brevíssimo aparte?

Eu não tenho dúvida quanto à linha, como manifestei no início, de que há de ocorrer essa distinção entre porte e tráfico, e que, de fato, houve esse ardil, essa manobra "hermenêutica" para punir os de sempre. Por isso mesmo, é claro que essas medidas despenalizadoras ou

RE 635659 / SP

descriminalizadoras são consentâneas com um fato óbvio: ninguém cogita de prender um alcoólatra. Eu nunca vi ninguém chegar e dizer: "Vamos prender um alcoólatra"! Então, é claro que eu compartilho com esse ponto de vista.

Evidentemente, externamente a essa lide, mas com pertinência, em outro momento, vamos ter de debater ou em outro processo ou na concretização desse mesmo, é que esse período a que Vossa Excelência se refere, pós 2006, é o período de maior fortalecimento das facções, das duas grandes facções que hoje tomam conta do Brasil e operam até internacionalmente.

Então, esse fenômeno, quer dizer, a reação a uma política errada, como Vossa Excelência mencionou, oriunda dos Estados Unidos nos anos 70, foi adaptada indevidamente no Brasil, e, ao mesmo tempo, esses números se incrementaram, porque "melhorou" a logística do crime organizado no Brasil.

Então, é muito delicado todos os temas com os quais nós lidamos, porque neste caso específico, assim como debate sobre jogos, cassinos, que vai, com toda segurança, desaguar aqui de algum modo. E qual é o problema dos jogos, das drogas, dos cassinos etc.? É essa possibilidade de interface com o crime organizado.

Por isso, quando se altera o curso de uma política pública, como é necessário nesse caso fazer, é preciso ter cuidado com o *day after*, com o após, para, em vez de melhorar as condições da sociedade, sobretudo dos mais pobres, não se gerar um subproduto negativo.

Neste período, 2006 e 2020, que Vossa Excelência usou, é o período de apogeu dessas facções, e vamos ter sempre de refletir sobre isso, qualquer que seja o debate que fizermos em torno dessas políticas públicas, porque é um fenômeno que realmente angustia a sociedade, sobretudo os mais pobres. As facções criminosas ameaçam os mais pobres, matam os mais pobres, porque gera uma conflagração, como nós sabemos, sem nenhum tipo de controle, de regras, perda, inclusive, de soberania, de porções no nosso território.

Quero, Ministro Toffoli, saudar o voto profundo de Vossa Excelência,

RE 635659 / SP

mas realçar isto: antes, durante e depois, temos de pensar nesses temas que são mercados das facções.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Flávio, permite-me? Essa questão desse período, Ministro Flávio, é importante, mas nós temos que olhar também sob um outro aspecto. A alteração da legislação e o aumento, só nos dois primeiros anos da nova legislação e da reação, a que eu me referi anteriormente, do que antes era uso e passou a ser tráfico, aumentou em 70% o número de presos. Então, Vossa Excelência tem razão quando diz que esse período iniciou e depois o apogeu da logística das facções. Só que as facções precisavam de recursos humanos, de trabalhadores. E nós, sociedade, ao criminalizarmos o uso como tráfico, nós demos de graça essa mão de obra para as facções. Isso ocorreu em São Paulo, isso ocorreu no Rio de Janeiro, isso ocorreu no Brasil todo, em que chegavam garotos de 18 a 27, 26 anos, principalmente negros, presos com pouca quantidade, obviamente um garoto sem nenhum antecedente de violência, ao chegar no presídio, obviamente o medo de sofrer sevícias, e aí as facções chegavam e diziam "nós garantimos a sua segurança, só que a partir de agora você é da facção". Esse foi o primeiro grande erro, e um gigantesco erro, que continua ano após ano, do combate à criminalidade.

E o segundo, que não tem muita ligação com o assunto aqui, mas acaba tendo, foi quando decidiram transferir lideranças para presídios no Brasil todo. São Paulo já advertia que isso era um erro, você transferir liderança, seja do Comando Vermelho, seja do PCC, para outros estados, porque, a partir disso, eles iriam montar, nos outros estados, filiais. Foi exatamente o que ocorreu. Então, erro após erro, realmente, nós temos no combate ao narcotráfico internacional.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Não há oposição, nem diferença.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É uma complementação.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Eu concordo com Vossa Excelência, e eu queria apenas saudar, na verdade, o Ministro Toffoli para

RE 635659 / SP

que, caso haja um encaminhamento para uma outra instância, após esse julgamento, esse aspecto seja observado. Exatamente como o Ministro Alexandre disse: política de drogas no Brasil, sistema penitenciário e fortalecimento das facções é um bloco histórico. E por isso, ao pensar em um, você tem que pensar nos outros também.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Também aproveitar e parabenizar Vossa Excelência pelo seu voto. Obrigado, Presidente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Obrigado, Ministros **Flávio Dino** e **Alexandre de Moraes**, pelos apartes, que enriquecem, de maneira extrema, os debates que estamos desenvolvendo ao longo desses últimos nove anos. Saúdo Vossa Excelência, Ministro **Edson Fachin**, agora na cadeira da Presidência.

Vou procurar, então, resumir. Entro, agora, em meu voto, nos dados estatísticos. E falo a respeito do custo do sistema prisional para abrigar 700 mil presos. Um dado é muito importante. Acabou de me perguntar aqui o Ministro Decano **Gilmar Mendes**, desses mais de 700 mil presos, quantos são ligados a drogas. São 31%, segundo os últimos dados, sendo que o custo médio mensal do preso é de 3 mil reais. É 5 vezes maior do que o valor que se gasta na educação básica por aluno, que é de R\$ 683. Você gasta R\$ 3 mil para cuidar do preso e gasta R\$ 688 para cuidar da educação básica das crianças. E o Ministro Decano fez referência agora sobre o fundo de R\$ 1 bilhão, seja para a educação, seja para o fortalecimento do combate ao uso de drogas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Uma lembrança trazida pela Secretária Marta, chamando a atenção que esse fundo tem sido alvo de constante congelamento.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Talvez, Ministro Gilmar, coubesse um debate, não agora, sobre o descontingenciamento desse fundo, como, Presidente Fachin, o Supremo já fez em outras ocasiões. Nós já fizemos em relação ao Fundo Penitenciário, acho que é relatoria de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) -

RE 635659 / SP

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - E foi feito em relação ao Fundo Amazônia, Fundo do Clima. E acho que como um dos conseqüentários desse julgamento pode ser o descontingenciamento do Funad, o porque esse fundo - eu tive a honra de geri-lo por um tempo, o Alexandre também, o André também - ele realmente vive esse paradoxo. Talvez, Presidente Fachin, valha a pena, na proclamação, acrescentar esse debate do fundo que o Ministro Gilmar trouxe.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Flávio, no meu tempo de Ministro da Justiça, o Presidente do Supremo Tribunal Federal era a Ministra Cármen Lúcia, que sempre foi muito interessada na questão penitenciária e me auxiliou muito - Vossa Excelência lembra - nessa liberação rápida e nas medidas que tomamos. O Presidente Michel Temer me autorizou, por medida provisória, a distribuir fundo a fundo para acelerar esse gasto. Mas, lamentavelmente, muito foi devolvido. E é o que Vossa Excelência disse, nós temos que pensar no contexto, porque alguns estados preferiram não construir - não apresentaram projeto, nós demos o projeto federal -, mas preferiram não construir, porque não tinham o dinheiro para o custeio. Vossa Excelência foi Governador, sabe que o custeio é muito caro e o fundo, a legislação do fundo, não permitia o gasto com custeio.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Na época, eu recebi esses recursos e nós gastamos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Vossa Excelência gastou 99,78%. Eu me recordo.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Em homenagem à Vossa Excelência e à Ministra Cármen.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas isso também mostra a ausência de projetos, não do Governo Federal, mas de muitos estados. Projetos de como investir, como utilizar. Porque não é só na construção. O universo é muito grande.

Enfim, eu faço referência, em meu voto, a pesquisas sobre sentenças relativas a tráfico de drogas na cidade de São Paulo e no Rio de Janeiro.

RE 635659 / SP

Em São Paulo, um levantamento de 4 mil sentenças, em 2017, mostrou que a maioria das apreensões envolvia menos de 100 g, com negros sendo proporcionalmente mais condenados do que brancos, mesmo com menores quantidades de drogas. Negros tiveram uma taxa de condenação de 71%, enquanto brancos tiveram 67%. E as desclassificações para porte de uso próprio foram significativamente mais comuns nos casos de brancos – 7,7 – do que de negros – 5,3.

No Rio de Janeiro, uma análise de 2.591 sentenças, entre 2014 a 2016, apresentou um quadro semelhante. A maioria dos réus era do sexo masculino, sem histórico criminal, e tinha sido presa em flagrante durante ações policiais em áreas conhecidas pela venda de drogas, sem coautoria e desarmados. A quantidade apreendida variava, mas frequentemente era inferior a 100 g de maconha ou inferior a 10 g de cocaína.

A maioria das penas aplicadas foi a mínima legal, embora tenha sido fixado, em 70% dos casos, o regime fechado, com fundamento na quantidade de drogas e em antecedentes criminais.

Na pesquisa conduzida pelo eminente juiz, hoje desembargador, Marcelo Semer, que foi presidente do Centro Acadêmico 11 de Agosto em 1987, nosso contemporâneo, Ministro **Alexandre de Moraes**, foram analisadas 800 sentenças de tráfico de drogas em 8 estados, abrangendo 315 municípios e 665 juízes. A maioria dos réus era de primeira infração e de baixa renda, frequentemente presos sem investigações detalhadas.

Em média, as apreensões de drogas e dinheiro foram modestas: 66,10 g de maconha; 30,66 g de cocaína e 13,36 gramas de **crack**, com baixa incidência de coautoria e reduzido índice de apreensão de armas.

Em 90% dessas abordagens, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva. As pesquisas destacam, portanto, a prevalência de prisões e condenações de indivíduos de baixa renda e um impacto desproporcional sobre a população negra, evidenciando a necessidade de revisões na abordagem do sistema de justiça penal ao tráfico de drogas.

E, aí, eu digo que acaba por se criar uma formação de estereótipos ainda hoje no século XXI, como lá atrás no século XIX. E eu passo aqui a

RE 635659 / SP

descrever um pouco isso, Senhor Presidente. Eu vou omitir a leitura desse trecho, mas depois disponibilizarei o voto a todos para ter seu conteúdo completo.

Segundo a Professora Maria Gorete Marques de Jesus, a redação do art. 28, somada à predominância do patrulhamento nas ruas como forma de abordagem, contribui para a subjetividade da diferenciação entre traficante e usuário, além de conferir veracidade aos relatos policiais. Tendo em vista os fundamentos de meu voto, Ministra **Cármen**, Ministro **Fachin**, eu entendo e compreendo perfeitamente a posição da necessidade de se trazer um parâmetro, como o eminente Relator e praticamente a maioria se forma, em razão da subjetividade, da falta de objetividade normativa. Todavia, eu chegarei ao final de meu voto, já antecipando um pouco, dizendo que nós temos que dar um tempo ao legislador e ao Poder Executivo para que objetivem a norma antes de nós termos de fazer isso. É uma pequena diferenciação no que diz respeito à execução que venha a ser dada àquilo que nós estamos julgando. Mas eu estou a comungar, como Vossas Excelências estão vendo, com praticamente todas as premissas que a maioria já trouxe aqui em seus votos. De todo modo, não posso deixar de citar minhas referências, como a Professora Maria Gorete e outros autores.

Pois bem, item 5. A jurisprudência atual sobre o alcance do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Aqui, houve no julgamento do RE nº 430.105 um questionamento em questão de ordem no qual a Primeira Turma entendeu exatamente que o art. 28 tinha natureza penal criminal e que ele não trazia a **abolitio criminis** para o usuário, que vinha daquele decreto-lei de 68, referendado depois pela lei de 1976 e que foi superado pela lei de 2006. Mas o Supremo, nessa questão de ordem, acabou por decidir que os efeitos eram criminais. Na ocasião daquele julgamento, considerou-se a exclusão do preceito secundário, prisão, porque o art. 28 não prevê prisão. É importante também que se diga isso. O art. 28, comando do legislador, não prevê prisão para o usuário. Não há pena de prisão. Na ocasião, entendeu a Primeira Turma, na questão de ordem no referido RE, que o fato de não haver o preceito secundário prisão não fazia com que a

RE 635659 / SP

posse de droga deixasse de ser crime. No mesmo sentido também decidiu a Segunda Turma, em julgamento antigo, no HC nº 148.484-AgR.

Mais recentemente, no entanto, a Segunda Turma alterou seu entendimento, para destacar a desproporcionalidade de se considerar a condenação anterior por porte ilegal de drogas para consumo pessoal como hipótese de maus antecedentes ou reincidência, enquanto não julgado o presente tema de repercussão geral. E faço referência à relatoria de Vossa Excelência, Ministro **Edson Fachin**, no RHC nº 178.512, julgado na Segunda Turma e publicado em 20 de junho de 2022.

Pois bem, já no âmbito do do Superior Tribunal de Justiça, as Quinta e Sexta Turmas, ou seja, as duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, há mais de 5 anos, decidiram que o prévio apenamento por porte de droga para consumo pessoal não constitui causa geradora de reincidência. Então vejam, no STJ, há muito tempo, segue-se a linha exatamente de que a característica penal não está presente no art. 28, porque não há prisão.

Ambas as Turmas do STJ afastaram os efeitos da reincidência na aplicação das medidas restritivas previstas no art. 28 da Lei nº11.343 por acharem desproporcional considerar os efeitos de uma condenação criminal típica àqueles apenados com sanções menos graves que as decorrentes da prática de contravenções penais, cujo efeito da prisão simples não é considerado para fins de reincidência.

Aqui, é importante dizer: o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que crime é toda conduta apenada, sancionada, com detenção ou reclusão, e contravenção é toda conduta sancionada, apenada, com prisão simples.

O art. 28, ao tratar de usuário, não o sanciona nem com detenção, nem com reclusão, nem sequer com prisão simples. Quais são os delitos de natureza criminal? São os crimes tipificados no Código Penal e nas leis extravagantes que o complementam e aqueles que são tipificados como contravenções penais no vetusto decreto-lei. E aqui não se há de falar em crime, porque a lei não fala nem sequer em prisão simples. Então, não se trata de crime, nem a conduta está no capítulo da natureza penal.

RE 635659 / SP

Portanto, não tenho dúvidas de que a lei, especificamente seu art. 28, foi editada com o objetivo de educar os usuários de drogas, tratar os dependentes e punir severamente, por outro lado, os traficantes, tanto que a pena para os traficantes foi aumentada, se compararmos à legislação de 1976. Desde a convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1971, adotou-se uma postura psicossocial para tratar consumidores como doentes, preocupando-se com uma postura psicossocial, a fim de se assegurar tratamento eficaz aos dependentes de drogas. Já aquela convenção, mesmo naquele momento de euforia da guerra contra as drogas, dispôs que os usuários deveriam ter tratamento.

O art. 28 foi considerado pelo Senado Federal, por ocasião do PL nº 115, o maior avanço do projeto.

A meu ver, a controvérsia em debate envolve mais a elucidação e a classificação de institutos e conceitos legais e proposições de políticas públicas do que propriamente a compatibilidade de dispositivo legal com Constituição. Isso porque classificar o usuário, ou o dependente de drogas ilícitas, como criminoso, mesmo que sujeito a penas não privativas de liberdade, contraria o propósito da lei.

Vou ao item 5, sobre a adequada interpretação que deve ser dada ao art. 28.

O enquadramento criminal do indivíduo reforça a estigmatização do usuário dependente e o afasta das redes de apoio, da saúde pública, do tratamento, em razão do estigma. O usuário tem medo de procurar ajuda, porque estaria confessando um crime – que crime não é, porque a lei não prevê sequer prisão simples. E aqui a referência é ao usuário, não é ao comércio.

Cito o **Relatório Mundial sobre Drogas**, de 2021, trazendo dados estatísticos. Não vou tomar o tempo de Vossa Excelências e do público.

É importante dizer que os incisos de I a III do art. 28, ao não trazer nem reclusão, nem detenção – portanto, de crime não se trata –, nem sanção de prisão simples – portanto, de contravenção penal não se trata –, só podem trazer punições de natureza administrativa. Desde a edição da lei, o saudoso Professor Luiz Flávio Gomes e a Professora Alice Bianchini

RE 635659 / SP

escreveram que esse dispositivo não tinha natureza de crime.

E o que prevê o art. 28? Prevê que aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido a penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

E aqui eu faço um **obiter dictum** para lembrar o que disse o Ministro **Alexandre de Moraes**. Infelizmente, o Estado não faz valer esses dispositivos. E a pessoa não tem nenhum tipo de tratamento, ou admoestação, no sentido da advertência, que é a educação, advertência no sentido de educação, ou cumprimento de algum serviço à sociedade, que foi o caso aqui concreto. O recorrente aqui foi condenado a prestar serviços à comunidade.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ministro Toffoli, eu não quero ser inconveniente, mas, Presidente, dez segundos.

Ano passado, o Fundo Nacional Antidrogas chegou a um saldo de R\$ 850 milhões e a liberação foi da ordem de R\$ 64 milhões. Então, eu acertei quando eu falei 8% mais ou menos. Ou seja, 92% do fundo está contingenciado. E frise-se: isso vem de longe, não é de agora.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Por isso que, ao final de meu voto, vou fazer uma sugestão de apelo ao Executivo para que estabeleça essas políticas e coloque orçamento. Aí é um apelo tanto ao Executivo quanto ao Legislativo. Que o Estado Brasileiro tenha orçamento para fazer valer o art. 28, incisos I a III, seja diretamente pelo Estado – e aqui o Estado como gênero: a União, os municípios, os estados da federação ou o Distrito Federal –, seja via suas agências, seja via convênios. Existem programas para isso.

Pois bem. E aqui eu volto a falar sobre as três principais correntes de pensamento em relação ao alcance das normas previstas no art. 28. Foram três correntes que se firmaram.

A primeira corrente é a do crime despenalizado. Ele é um crime, mas foi despenalizado. É a corrente desses dois acórdãos que eu citei, antigos,

RE 635659 / SP

do Supremo Tribunal Federal, já superados por acórdão da segunda Turma de 2022 de relatoria do Ministro **Edson Fachin**. Ou seja, o art. 28 pertence ao direito penal e configura crime, havendo apenas a despenalização. Despenalização no sentido de que não há prisão, não há sanção de prisão, mas sem **abolitio criminis**.

A segunda corrente é a da infração penal **sui generis**. Ela está inserida no direito penal, mas não constitui um crime típico, sendo uma infração penal **sui generis**.

E a terceira é a da infração do direito judicial sancionador, segundo a Professora Alice Bianchini. É interessante porque o Luiz Flávio Gomes, já falecido, escreveu junto com ela. Ela defendendo uma posição, e ele defendendo outra. Ele defendeu que era uma natureza penal *sui generis*, e ela defendeu que o art. 28 não pertence ao direito penal, sendo apenas uma infração do direito judicial sancionador, ocorrendo descriminalização substancial. Ou seja, para ela, nessa terceira corrente, houve, sim, uma **abolitio criminis**.

A primeira corrente está sintetizada em voto da Questão de Ordem no RE nº 430.105, de que foi Relator, lá atrás, o saudoso Ministro **Sepúlveda Pertence**, em cuja cadeira sigo aqui na Corte.

A segunda corrente é defendida por Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, e aqui eu os cito, segundo a qual, se não há punição com reclusão ou detenção, não há crime – art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, a que eu já fiz referência.

Segundo a terceira corrente, defendida por Alice Bianchini, o art. 28 não pertence ao direito penal e houve **abolitio criminis**.

Pois bem, vou aqui tentar ir mais adiante.

Analisando detidamente os argumentos utilizados pelas três correntes, leio as normas contidas no art. 28 no sentido de que ela descriminalizou a conduta nele prevista. Portanto, não há que se falar em uma declaração de inconstitucionalidade da norma. A norma é constitucional. O sentido dela foi a descriminalização, não foi só a despenalização.

Por isso que eu não dou a interpretação conforme e nego o

RE 635659 / SP

provimento ao recurso extraordinário. Ainda não estou no dispositivo, estou só adiantando, em razão da hora. Eu nego o provimento ao recurso do réu condenado à prestação de serviços à comunidade. Por que eu nego o recurso? Porque ele recebeu uma sanção administrativa, para seguir na corrente da Professora Alice Bianchini, para prestar serviços à sociedade. Ou seja, a lei é constitucional, aquela sanção recebida é proporcional e é prevista na lei.

Então, eu não dou provimento ao recurso, eu nego provimento ao recurso e entendo que não há necessidade de se declarar a norma inconstitucional ou mesmo uma interpretação conforme, eu acho que vai causar mais problemas.

Por isso, com a devida vênia, a partir do Relator e dos que o acompanharam, eu entendo que a lei é constitucional **tout court**. Plenamente constitucional.

Pois bem.

Aí eu vou para um subitem do item 5, sobre a perspectiva constitucional, quando eu falo dos princípios da dignidade e da proporcionalidade e do direito à saúde.

Dou enfoque nesse capítulo – vou pulá-lo, na questão da saúde pública, mas não posso deixar aqui de fazer referência a Vossa Excelência. Quando comparada às contravenções penais, fica evidente a desproporcionalidade em se conferir repercussão penal às sanções previstas no art. 28, conforme é ressaltado pelo Ministro **Edson Fachin** por ocasião do julgamento da Segunda Turma. Aquele a que eu já fiz referência. Eu vou fazer a citação, até pela honrosa Presidência, neste momento, de Vossa Excelência. O Ministro **Edson Fachin** disse:

"E, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime [estou transcrevendo] é punida apenas com advertência sobre os efeitos das drogas."

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência me permite? Além de agradecer-lhe a referência, enquanto ou conquanto seja crime se referia exatamente à situação da lei que segue vigente, pelo menos até o final do exame que estamos a fazer e a depender do resultado deste julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, e também tinha os precedentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Por isso que todos nós procuramos respeitar o entendimento vigente até que haja **overruling**, uma superação pelo Plenário, como um todo, que é o que estamos a fazer agora.

Pois bem. E aí eu vou adiante na transcrição, mas a parte essencial que estava destacada foi a que eu li. E digo, na mesma linha vai o Professor Luiz Flávio Gomes, e falo sobre diferenciação de crime e contravenção.

Pois bem. Depois eu entro na questão do direito à saúde, o art. 196, em que eu repito aquilo que já foi dito e redito várias vezes aqui, desde a abertura do julgamento, na primeira sessão, com o voto do Ministro **Gilmar Mendes** de que a criminalização e o uso de drogas afastam os usuários do sistema de saúde, dificultando o acesso ao tratamento necessário.

E cito o Ex-Presidente Fernando Henrique, que, todos nós sabemos, é público e notório, entrou numa campanha exatamente na linha de que é necessário ter o controle, mas não, evidentemente, a sanção. Cito a Juíza Federal Alessandra Gomes Faria Baldini, a qual diz que, ao se conferir natureza criminal ao art. 28, acaba-se por priorizar o aspecto punitivo, em vez do caráter preventivo focado na redução de danos, argumentando que, mesmo quando o juiz impõe tratamento especializado, esse é precedido de processo judicial.

Pois bem. Volto a citar a Professora Alice Bianchini – vou omitir a leitura – e digo que essas sanções com natureza criminal violam direitos

RE 635659 / SP

fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade, a privacidade e a autonomia do usuário, não contribuindo para os objetivos de prevenção, acolhimento e reinserção social dos usuários dependentes.

E aí eu abro um subitem, que é o 5.2, sobre a perspectiva infraconstitucional, no qual analiso o art. 28 sob essa perspectiva e volto a me referir ao art. 1º e à Lei de Introdução ao Código Penal e faço uma leitura do dispositivo do art. 28 de maneira dialógica com a Lei de Introdução ao Código Penal e com as posições do Supremo Tribunal Federal.

No subitem 3 do item 5, sobre a convergência da descriminalização com as diretrizes internacionais, abordo as várias políticas em outros países, mas eu penso que aqui também posso superar a leitura, Senhor Presidente, na medida em que vários votos foram nesse sentido. São de todos conhecidas as políticas sempre referenciadas, principalmente as de Portugal, da Holanda e, mais recentemente, do Uruguai, nosso vizinho e parceiro de Mercosul.

Eu faço referências aqui ao voto do Ministro **André Mendonça**. Faço referência a votos de outros Colegas. Vou procurar ler aqui as partes destacadas apenas.

Segundo Luiz Guilherme Mendes de Paiva, ex-secretário nacional de política sobre drogas do Ministério da Justiça, muitos estudiosos argumentam que as políticas de drogas com viés punitivo, que se intensificaram na década de setenta do século passado, são menos influenciadas pelas Convenções da ONU e mais pelas pressões bilaterais e pela influência dos Estados Unidos sobre órgãos internacionais e o Secretariado da ONU.

Mendes de Paiva acrescenta que isso explica, por exemplo, por que a maioria dos países estabeleceu ou ainda estabelece penas criminais para o porte de drogas para o consumo pessoal, apesar de nenhuma convenção internacional conter qualquer previsão, comando ou orientação neste sentido de que o usuário tem de ser criminalizado.

Pois bem. Cito a Convenção da ONU de 88. Faço aqui destaques. Vou indo adiante, Senhor Presidente, e passo já a outro item de meu voto:

RE 635659 / SP

a diferenciação entre usuários e traficantes. Não há dúvida de que é necessário um critério mais objetivo, porque esse longo período de quase 20 anos de vigência da lei – desde 2006 até 2024 (em 9 anos dos quais este processo está tramitando aqui na Corte) – evidencia que a lei não foi suficiente, por si só, para estabelecer aquilo que ela objetivava fazer, o fim que ela procurou, que era descriminalizar o usuário.

Pois bem. Então, eu faço aqui também a análise dialógica sobre isso. Cito iniciativas importantes, como o anteprojeto que visa atualizar a Lei nº 11.343, para o qual foi criada uma comissão de juristas no Senado Federal presidida pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas e com a vice-presidência do Ministro Rogério Schietti, os quais, nesse anteprojeto, propuseram uma abordagem focada na redução de danos sociais e na saúde, diferenciando de uma maneira mais objetiva o usuário do traficante. Essa diferenciação é essencial para evitar os efeitos negativos do sistema de justiça criminal que, atualmente, trata usuários como criminosos, resultando em exclusão social, perda de saúde e afastamento do mercado de trabalho formal.

O anteprojeto propõe critérios objetivos para se distinguir o usuário do traficante, evitando que usuários não problemáticos sejam criminalizados. Propõe limites quantitativos claros, como até 10 doses para uso pessoal de todas as drogas, excluindo a criminalização dessa conduta. A política de descriminalização prioriza a saúde pública sobre a punição criminal, promovendo o tratamento e o acolhimento de usuários em vez de penalizá-los. As medidas educativas e sociais substituem as punitivas, alinhando-se às práticas bem-sucedidas observadas internacionalmente.

Entendo, da mesma forma que o Ministro **Edson Fachin**, que cabe ao Congresso Nacional, em conjunto com o Poder Executivo e os órgãos competentes, definir a quantidade de maconha que represente o consumo médio do usuário brasileiro de **cannabis**.

Eu passo a um outro item de meu voto, que são as reflexões para uma nova política de drogas. Faço referência a estudos do psicofarmacologista David Nutt publicados na revista **The Lancet**, em

RE 635659 / SP

2007, e vou descrevendo estudos históricos sobre o uso das mais variadas drogas ilícitas que esse pesquisador e professor fez. Vou omitir a leitura. Faço referência também a trabalhos da consultoria legislativa da Câmara dos Deputados.

Vou adiante, Senhor Presidente.

Há uma referência cuja leitura eu não posso superar, como fiz em tantos tópicos: como a política de controle de tabaco no Brasil foi bem-sucedida por meio, exatamente, da orientação, da educação, das campanhas publicitárias e das normas que foram feitas para esclarecer a população quanto aos danos à saúde que o tabaco causa.

Aqui há uma referência ao então Ministro da Saúde, José Serra, que foi governador de meu estado (São Paulo) e senador por ele.

A política de controle do tabaco no Brasil demonstrou grande eficácia, sem necessidade de criminalizar os usuários ou de incrementar os custos no sistema policial e judiciário. O tabagismo, uma das maiores ameaças à saúde pública, é responsável por milhões de mortes anualmente e elevados custos de saúde. Apesar de legalizado, é o único produto que mata até metade dos usuários, sendo responsável pela morte de sete milhões de usuários diretos e um milhão e duzentos mil passivos, que não fumam, mas são alcançados pela fumaça e por seus efeitos. Evidentemente, esse é um dado mundial da Organização Mundial de Saúde, não é um dado do Brasil.

Falo que o programa nacional do controle do tabagismo, em 25 anos, reduziu significativamente a prevalência do tabagismo, de quase 35% para menos de 15% da população adulta, utilizando ações educativas, restrições à propaganda do produto e aumento de impostos. O país registrou, ainda, a menor prevalência – 6,9% – entre os 35 estados-membros da Organização Panamericana de Saúde na população jovem, indivíduos de 13 a 15 anos.

Essa abordagem baseada em evidências resultou em melhorias na saúde pública e na economia, sem necessidade de nenhum encarceramento ou sanções ao usuário. A política brasileira conseguiu mostrar aos brasileiros os riscos relacionados ao consumo da nicotina.

RE 635659 / SP

Cito levantamento da Fiocruz mostrando como essa política foi eficaz. Faço outras referências e digo que a fixação de critérios objetivos – já estou chegando bem ao final, Senhor Presidente – para diferenciar usuários de traficantes, embora seja um passo importante, não é suficiente para lidar com a complexidade do problema, a meu ver. Fixar aqui um número de gramas para a **cannabis** é insuficiente para lidar com a complexidade do problema, com a devida vênia.

O Ministro **Gilmar Mendes**, que é Relator, faz uma série de proposições em seu voto, quando dá interpretação conforme ao art. 28, a respeito dos vários sistemas. Nesse sentido, meu voto vai estar muito próximo ao de Sua Excelência o eminente Ministro Decano.

Passo ao item específico sobre o caso concreto, em que o requerente foi condenado, na origem, pelo art. 28, **caput**, da Lei nº 11.343, por portar 3 g de maconha, à pena de dois meses de prestação de serviço à comunidade. Isso está previsto no art. 28? Está. Isso é crime? Para mim, não. Não tem caráter criminal, é uma sanção administrativa que o juiz houve por bem, no caso concreto, aplicar ao recorrente.

Por isso, diante do exposto, no caso concreto, voto pela negativa de provimento ao recurso extraordinário. Nos termos da fundamentação de meu voto, manifesto – e aí numa linha concordante com a posição do Relator e dos que o seguiram – que a condenação do recorrente, Ministro **Gilmar**, Ministro Presidente, não gera efeitos penais, porque ela não é de natureza criminal, como já dito e redito ao longo de meu voto, inclusive com base na Lei de Introdução ao Código Penal.

Quanto ao tema da repercussão geral, Senhor Presidente, proponho em meu voto:

- reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006;
- reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta nenhum efeito penal;
- fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de dezoito meses, conforme previsto no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, formulem e efetivem uma política pública de drogas – é uma

RE 635659 / SP

proposição, não é uma determinação – interinstitucional, multidisciplinar, baseada em evidências científicas, que deverá compreender obrigatoriamente a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III, porque não temos, no art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de **cannabis**. A Anvisa pode fazer isso com base em dados científicos, não precisaríamos estar aqui a discutir isso. Na medida em que a sanção é uma norma penal em branco em relação ao tipo de droga, cabe à Anvisa, que estabelece as dosagens de medicamentos, complementar a norma aberta do dispositivo legal. Então, que haja a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de **cannabis** e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral ao usuário e aos dependentes;

- determinar que a política pública referida na alínea **b** envolva todos os órgãos federais com a atuação nas áreas de saúde e nas áreas afins (muito parecido com o que o Ministro Relator fez): Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Educação, Conselho Nacional de Educação, Ministério do Trabalho e Emprego, Conselho Nacional de Trabalho, Segurança Pública, Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Política sobre Drogas e Gestão de Ativos, entre outros órgãos (evidentemente que esse rol é exemplificativo), cujos temas necessariamente devem permear a política nacional de drogas como condição para sua efetividade e eficácia;
- fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nas alíneas anteriores, garantam e prevejam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários;
- propor que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas em

RE 635659 / SP

geral, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo.

Agradecendo a atenção de todos, Senhor Presidente, este é meu voto, com a vênua de estilo.

20/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral (Tema nº 506-RG) interposto contra acórdão mediante o qual a Turma Recursal do Juizado Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação do recorrente pela guarda, para uso pessoal, de três gramas de maconha.

Nas razões recursais, o recorrente sustenta violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, que definiria como crime “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Após reflexão cuidadosa sobre as diferentes compreensões manifestadas em Plenário, o Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, solicitou o adiamento da sessão de julgamento com o objetivo de construir uma tese que, na medida do possível, reflita o entendimento do Tribunal como um todo, mantendo aberto o diálogo institucional entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

2. DA DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Como ressaltou de forma inequívoca o Ministro **Gilmar Mendes**, **não há nenhum gesto do Tribunal “em direção à liberação de entorpecentes, nem mesmo qualquer espécie de avanço indevido sobre as competências do Congresso Nacional”** no que se refere ao **“reconhecimento do caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para consumo próprio”**.

O que se busca, portanto, nas palavras do Relator, é “uma solução eficaz – e constitucionalmente adequada – para o enfrentamento desse

RE 635659 / SP

grave drama social, com o **deslocamento dos esforços do campo penal para o da saúde pública**".

Nesse sentido, é importante esclarecer que, em nenhuma hipótese, está se discutindo a possibilidade de autorizar a comercialização ou o fornecimento ou qualquer outro ato que se refira à venda ou à distribuição de **cannabis**, ainda que em quantidade inferior a 10 g, 25 g ou 60 g (critérios mencionados ao longo do presente julgamento).

Da mesma forma, **não se cogita a permissão, a estimulação ou a tolerância do uso de cannabis ou outras drogas ilícitas, especialmente em ambientes públicos.**

É relevante, ainda, deixar claro que, qualquer que seja a solução cogitada no presente julgamento, a conduta de portar **cannabis sativa ou outras drogas** para consumo próprio **continua sendo ilícita.**

Após muito refletir sobre todo o debate e controvérsias que estão sendo levantados em torno do presente julgamento, considero importante deixar clara minha compreensão sobre o conteúdo da norma veiculada no art. 28 da Lei nº 11.343/06, a qual desenvolverei com mais vagar ao longo de meu voto.

Antes, porém, dois pontos merecem ser ressaltados.

Em primeiro lugar, entendo ser legítima a opção do legislador em estabelecer as medidas educativas tendentes a coibir o porte indiscriminado de drogas, mesmo que para consumo pessoal. Em segundo lugar, cabe ao Congresso Nacional empreender as medidas legislativas necessárias para o avanço da política atual de repressão ao tráfico de drogas e de prevenção do uso com enfoque em saúde e recuperação, e não na criminalização, alinhando-se às tendências internacionais de priorizar a redução de danos e a cooperação para enfrentar o problema das drogas. Estou convicto de que tratar o usuário como um "tóxico delinquente" não é a melhor política pública de um Estado social democrático e de direito.

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 é **constitucional**, pois desde sua edição afastou expressamente os efeitos penais das medidas previstas nos incisos I a III. Isso se deve principalmente à ausência de cominação de pena de

RE 635659 / SP

reclusão, detenção ou prisão simples (art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal) e ao objetivo da Lei de Drogas de prevenir, atender e reinserir socialmente os usuários e dependentes de drogas (art. 1º da Lei 11.343/06).

Ademais, entendo que a proposta de se utilizar **apenas** a quantidade de drogas como critério para se diferenciar o traficante do usuário, fixada sem estudo multidisciplinar que considere a média de consumo e as peculiaridades dos usuários brasileiros, não soluciona o problema da subjetividade na aplicação da legislação atual e, com a devida vênia, não alcançará os objetivos pretendidos com todo esse debate em torno de um problema tão sério e multifacetado que é o do consumo indiscriminado de drogas ilícitas, com as consequências daí decorrentes.

Dito isso, nos próximos tópicos trarei alguns registros que considero relevantes para a solução a ser proposta acerca do cenário atual das políticas públicas e da temática em debate.

3. DAS DROGAS E DO HISTÓRICO DE SEU CONSUMO

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), droga é qualquer substância externa ao organismo que pode alterar seu funcionamento. Tanto o café, o tabaco quanto a cocaína se enquadram nessa definição, pois todos modificam a bioquímica do cérebro, apesar de terem efeitos e riscos distintos.

A diferença entre o remédio e o veneno geralmente está na dosagem. Drogas lícitas e ilícitas coexistem no mesmo sistema legal, e sua utilidade ou perigo depende do usuário, da quantidade e da forma de uso.

Historicamente, a humanidade tem utilizado drogas para fins medicinais, recreativos e culturais desde tempos remotos, sem que isso fosse necessariamente visto como um problema social.

A **cannabis sativa**, por exemplo, conhecida popularmente como “maconha” (embora não se resuma a ela), é consumida há milhares de anos. O “cânhamo”, retirado da **cannabis**, foi usado na confecção de tecido, cordas e cabos navais, sendo responsável pela expansão marítima do comércio ao permitir a feitura de velas resistentes para desbravar os

RE 635659 / SP

mares afora¹.

Na forma medicamentosa, a **cannabis** foi receitada como medicamento para combater inflamações, dores e convulsões. A **cannabis** era um efetivo analgésico, tendo sido substituído pela Aspirina (ácido acetilsalicílico) em 1899, mesmo sabendo-se que a planta tem efeito anestésico 30 vezes superior ao da Aspirina².

Assim como a **cannabis**, há registros do uso do álcool há 8 mil anos; do ópio, há 6 mil anos; e dos alucinógenos, há 3 mil anos³.

Desde o início da humanidade, o álcool tem sido consumido nas diversas culturas ao redor do mundo, desempenhando múltiplos papéis. Utilizado frequentemente como catalisador de interações sociais, especialmente em celebrações. Além de seu papel social, o álcool foi historicamente valorizado como fonte de água relativamente segura em tempos em que as alternativas eram frequentemente contaminadas⁴.

Hoje o álcool é classificado como droga depressora do sistema central e seu consumo é fator causal de mais de 200 doenças e lesões, associado, principalmente, a distúrbios mentais e comportamentais, “incluindo dependência ao álcool, doenças não transmissíveis graves, como cirrose hepática, alguns tipos de câncer e doenças cardiovasculares, bem como lesões resultantes de violência e acidentes de trânsito”⁵.

1 BERTOLOTE, José Manoel. Aspectos históricos e sociais do uso de maconha no Brasil e no mundo. In: DIEHL, Alessandra; PILLON, Sandra Cristina (org.). **Maconha: prevenção, tratamento e políticas públicas**. Porto Alegre: Artmed, 2021. p. 1. Disponível em: <www.unodc.org>. Acesso em: 12 jun. 2024.

2 BERTOLOTE, José Manoel. Aspectos históricos e sociais do uso de maconha no Brasil e no mundo. In: DIEHL, Alessandra; PILLON, Sandra Cristina (org.). **Maconha: prevenção, tratamento e políticas públicas**. Porto Alegre: Artmed, 2021. p. 2.

3 BERTOLOTE, José Manoel. Aspectos históricos e sociais do uso de maconha no Brasil e no mundo. In: DIEHL, Alessandra; PILLON, Sandra Cristina (org.). **Maconha: prevenção, tratamento e políticas públicas**. Porto Alegre: Artmed, 2021. p. 1.

4 KRELLING NETO, Antonio Osmar. **Políticas sobre as drogas**. [s.l.] Contentus, 2021. p. 8-9 e 41-42.

5 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Álcool**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/alcool#:~:text=Est%C3%A1%20associado%20ao%20risco%20de,viol%C3%Aancia%20e%20acidentes%20de%20tr%C3%A2nsito>. Acesso em: 12 jun.

RE 635659 / SP

Apesar de seus efeitos nocivos, o álcool é legalmente vendido e consumido na maioria dos países. Seu consumo é elevado e frequentemente incentivado por meio de comerciais de televisão e de pressão social em eventos, nos quais, muitas vezes, as pessoas sentem a necessidade de pelo menos “brindar” com uma taça de bebida alcóolica, para evitar críticas.

Esses exemplos, que não esgotam a lista de drogas consumidas, mostram que substâncias atualmente consideradas prejudiciais já desempenharam papéis importantes e positivos na história da medicina.

Evidentemente, a menção aos usos positivos das drogas citadas ao longo do tempo não é um atestado de que seu consumo é seguro ou recomendável. O objetivo é apenas destacar que, historicamente, essas substâncias tiveram diversas finalidades. Algumas drogas, hoje aceitas e até incentivadas socialmente, como o álcool, continuam lícitas, mesmo causando danos à saúde e à sociedade, enquanto outras, agora proibidas sob ameaça de sanção penal, eram anteriormente lícitas.

Foi apenas no início do século XX, com o uso disseminado de certas drogas e a falta de regulamentação, que os governos começaram a considerar a necessidade de cooperação internacional para controlar o tráfico de substâncias nocivas.

A criminalização das drogas é um fenômeno recente que ganhou força no início do século XX e se intensificou na década de setenta do século passado com a famosa política de guerra às drogas (**war on drugs**) do Presidente Americano Richard Nixon, quando o uso disseminado de certas substâncias e a falta de regulamentação internacional passaram a preocupar os governos.

Na entanto, a adoção de políticas repressivas baseou-se mais em argumentos moralistas do que em evidências científicas sólidas em que se considerassem não apenas os danos causados pelas drogas, mas também as pessoas que a utilizavam⁶.

2024.

6 TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil**: da Colônia à República. 2016. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RE 635659 / SP

Nos Estados Unidos, a criminalização das drogas foi fortemente influenciada por preconceitos raciais e xenofóbicos. O ópio foi associado aos chineses; a maconha, aos mexicanos; e a cocaína, aos negros, criando um estigma que visava marginalizar esses grupos⁷.

O Brasil, **pioneiro na proibição da maconha**, também seguiu essa tendência. A criminalização da maconha, conhecida como "fumo de Angola", estava diretamente ligada aos escravos africanos e consolidou-se após a abolição da escravatura, com o Código Penal de 1890, que criminalizava práticas culturais negras como a capoeira, o candomblé e o samba⁸.

Esses exemplos mostram que a classificação das drogas como ilícitas não se baseou apenas nos danos causados por essas substâncias, mas também na pretensão de controlar e moralizar certos grupos sociais. A proibição das drogas, portanto, foi motivada por uma combinação de preocupações de saúde pública e de impulsos moralistas e racistas.

Para reforçar a conclusão de que as razões científicas não foram primordiais na criminalização de certas substâncias, cito a observação do jurista Alberto Zaccharias Toron sobre o programa de TV no qual o especialista Claude Olivenstein foi questionado pelo renomado criminalista Arnaldo Malheiros Filho sobre o critério científico que coloca a maconha na ilegalidade enquanto o álcool e o cigarro são permitidos. A resposta de Olivenstein foi surpreendente e decepcionante: ele afirmou que a proibição se baseia no que a sociedade, democraticamente, decide ser adequado, e não em razões médicas. **Isso evidencia que as decisões sobre a legalidade das drogas muitas vezes refletem valores sociais e culturais, e não necessariamente fundamentos científicos**⁹.

doi:10.11606/T.8.2016.tde-05102016-165617. Acesso em: 12 jun. 2024.

7 Idem.

8 BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. **Revista Periferia**, [S. l.], v. 3, n. 2, 2012. DOI: 10.12957/periferia.2011.3953. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/periferia/article/view/3953>. Acesso em: 12 jun. 2024.

9 TORON, Alberto Zaccharias. Deve a cannabis sativa permanecer na lista IV da Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, da ONU? In: REALE JUNIOR, Miguel (coord.).

RE 635659 / SP

O controle internacional começou com a Convenção de Haia, de 1912, sobre o comércio do ópio, culminando em três tratados principais da ONU: a Convenção sobre Narcóticos, de 1961 (emendada pelo Protocolo de 1972), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

No Brasil, a política de drogas evoluiu de maneira semelhante e se adequou aos parâmetros das convenções. Passou-se por uma evolução significativa ao longo do século XX, com abordagem inicial centrada no controle e na repressão, fortemente influenciada por valores moralistas e preocupações sociais.

Como dito, o Brasil foi o primeiro país do mundo a criminalizar a venda e o consumo de maconha. O Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro estabeleceu pena de **cadeia para os usuários**, predominantemente escravos, e **multa para os comerciantes, geralmente brancos**¹⁰.

Essa legislação refletia um viés racista no qual os usuários, geralmente negros, eram penalizados mais severamente do que os traficantes. A proibição do "pito de pango" (maconha) foi parte de uma série de medidas destinadas a criminalizar práticas culturais associadas à população negra, como a capoeira, o candomblé e o samba, consolidando um preconceito racial que se intensificou após a abolição da escravatura em 1888 com a promulgação do Código Penal de 1890¹¹.

A evolução legislativa do Brasil mostra um endurecimento progressivo das políticas de controle. A partir da década de trinta do século passado, houve o agravamento das penas com a Consolidação das Leis Penais, que passou a prever pena de **prisão** ao traficante.

A partir da edição do **Decreto-lei nº 385/68, que alterou o art. 281 do Código Penal, houve a criminalização explícita também do usuário**,

Drogas: aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141.

10 Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224185>. Acesso em: 13 jun. 2024.

11 BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. *Revista Periferia*, v. III, n. 2, p. 7.

RE 635659 / SP**impondo-se a ele penas equivalentes às do traficante.**

Até a edição do Decreto-lei nº 385/68, que equiparou as penas de usuário e traficante, o Supremo Tribunal Federal afastou o aspecto criminal da conduta do usuário, tendo em vista a ausência de ato de comercialização: HC nº 42.752, Rel. Min. **Vilas Boas**, Segunda Turma, DJ de 24/6/66.

A crescente repressão culminou na Lei nº 6.368/76, a qual consolidou um modelo repressivo que, apesar de ter estabelecido penas diferentes para o traficante (reclusão de 3 a 15 anos e multa) e ao usuário (detenção de seis meses a dois anos e multa), manteve a **criminalização de ambas as condutas**.

Na década de noventa do século passado, o cenário internacional começou a mudar do discurso punitivista da "guerra às drogas" para um enfoque na redução de danos e na defesa dos dependentes, priorizando a cooperação internacional.

Nesse contexto, o Brasil iniciou o processo legislativo para atualizar a Lei nº 6.368/76, **destacando-se o PL nº 7.134/02, que culminou na Lei nº 11.343/06, que está em vigor até hoje.**

Numa primeira aproximação com a solução a ser proposta ao final, observo que o processo de elaboração da Lei nº 11.343/06 **reflete a necessidade de tratar os usuários de drogas com enfoque em saúde e recuperação, em vez de na criminalização.** Apesar das expectativas e dos inegáveis avanços, os resultados esperados, muito em decorrência da sua aplicação pelo Judiciário e pelas autoridades competentes, não refletiram o espírito da lei.

A Lei nº 11.343/06 foi criada com o objetivo de **educar os usuários de drogas, tratar os dependentes e punir severamente os traficantes e financiadores do tráfico.** A nova legislação brasileira refletiu as diretrizes das convenções da ONU, buscando equilibrar a punição do tráfico com a proteção da saúde pública.

Desde a **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971**, adotou-se uma postura psicossocial para tratar consumidores como doentes, preocupando-se com uma postura psicossocial, a fim de se

RE 635659 / SP

assegurar tratamento eficaz aos dependentes de drogas.

Nessa linha, a Lei de Drogas tentou distinguir usuários de traficantes, previu a promoção de prevenção, tratamento e reinserção social dos usuários ou dependentes, fixou medidas educativas àquele que portar drogas para consumo pessoal e endureceu as sanções para traficantes.

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 foi considerado pelo Senado Federal “**o maior avanço do Projeto**” (parecer do Senado sobre o Projeto de Lei nº 115, de 2002).

De acordo com o dispositivo, aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

De acordo com os pareceres do Senado sobre o Projeto de Lei nº 115, de 2002, **o portador de drogas para consumo pessoal é considerado um usuário de um produto viciante, assim como os dependentes de álcool, medicamentos e tabaco**. A estipulação de pena criminal ao usuário resultava em inúmeros casos de prisões de usuários, ocupando desnecessariamente o tempo dos policiais, promotores e juízes, e gerando custos ao Estado com “uma série de atos processuais inúteis”.

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso afirmou que, desde sua gestão, era evidente que a repressão isolada não era eficaz, assim como não adiantava prender o usuário, pois ele continuava a consumir drogas mesmo dentro da prisão¹².

Transcrevo a fundamentação adotada no parecer do Senado sobre o Projeto de Lei nº 115, de 2002, especificamente sobre o art. 28 do que veio a ser a Lei 11.343/06:

“Qual a modificação trazida pelo art. 28 do Projeto, no que

12 Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/fhc-quer-descriminalizar-a-maconha>>. Acesso em: 17 maio 2024.

RE 635659 / SP

respeita ao usuário de drogas?

A pessoa que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não poderá mais ser condenada à pena de prisão. As penas a serem aplicadas são apenas as seguintes, a critério do juiz: a) advertência; b) prestação de serviços à comunidade; c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Além do fim da pena de prisão, outro ponto merece destaque. Não prevê o art. 28 a pena de multa ou entrega de cestas básicas. E nesse ponto merece o Projeto todo o apoio, já que a simples imposição de multa propicia e estimula o incremento da tentativa de corrupção do policial, já que se o usuário pode ser obrigado a pagar um valor se levado à delegacia, pode se sentir estimulado a economizar parte dele tentando pagar um pouco menos ao próprio policial.

Além disso, o pagamento de multa constitui efetiva pena para o usuário com poucos recursos. Para o usuário com muitos recursos, no entanto, em nada agrega para o objetivo da lei, que é o de incentivar o usuário a deixar de ser dependente da droga. Esse incentivo ocorre, corretamente, mediante advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, por prazo máximo de 5 (cinco) meses, aumentado para 10 (dez) meses em caso de reincidência, conforme prevê o Projeto.

O que ocorre, no entanto, se o usuário não presta os serviços à comunidade ou não comparece ao programa ou curso educativo, conforme determinado pelo juiz? A ele podem ser aplicadas as penas restritivas de direitos, elencadas no art. 43 do Código Penal. Caso não cumpra também a pena restritiva de direitos a ele imposta, incorre no crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

Vê-se, portanto, que o espírito do Projeto é não tipificar

RE 635659 / SP

em nenhuma hipótese o uso de drogas como crime punível com prisão, mesmo que não cumpridas as determinações do juiz, já que se isso ocorrer, em verdade terá o infrator incorrido em outro crime, este sim punível com pena de prisão, que é o de desobediência.

Há apenas uma exceção a essa regra, prevista no art. 38 do Projeto, que tipifica como crime a condução de embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, tendo em vista o perigo a que expõe as demais pessoas.

Outro enorme avanço do Projeto consiste em determinar no art. 47, §1º que o usuário de drogas seja julgado pelos Juizados Especiais Criminais. Este é o foro adequado para onde deve ser encaminhado o usuário de drogas, já que cuida especificamente dos crimes de menor potencial ofensivo. Não se deve, em hipótese nenhuma, misturar o traficante de drogas com o usuário. Por isso, está sendo proposta emenda para suprimir o art. 70 do Projeto, que dispõe que 'nas comarcas em que haja vara especializada para julgamento de crimes que envolvam drogas, esta acumulará as atribuições de juizado especial criminal sobre drogas, para efeitos desta Lei'.

Este art. 70 está em rota de colisão com o espírito do Projeto, que é não só o de não misturar o usuário com o traficante, como também aparelhar os Juizados Especiais com infra-estrutura física e humana suficiente a lidar com o usuário de droga. Se a criação de vara especializada para os crimes que envolvam drogas exclui a competência do Juizado Especial, teremos o usuário julgado por um juiz com a tendência de tratar do tema sob o viés do crime, além de não estar aparelhado para o encaminhar, se for o caso, para cumprir serviço comunitário ou tratamento sócio-educativo.

Outro ponto importantíssimo do Projeto é o fim da prisão em flagrante do usuário de drogas, previsto no §2º do art. 47. Caso seja detido, não é o usuário encaminhado à Delegacia Policial, mas sim diretamente ao Juizado Especial Criminal competente. Com isso, se afasta o usuário da Delegacia, para

RE 635659 / SP

onde devem ser encaminhados os suspeitos do cometimento de crimes. Caso a autoridade judicial não esteja presente para receber o usuário detido, a autoridade policial simplesmente lavra um termo circunstanciado no local onde se encontra, sem encaminhá-lo à Delegacia.

Ainda no que se refere ao usuário, ressalte-se que o espírito do Projeto é o de atuar na prevenção do uso indevido de drogas, e na atenção e na reinserção social de usuários e dependentes de drogas, conforme se extrai do seu art. 3º, I. Para isso, são elencados no art. 19 vários princípios que informam as atividades de prevenção do uso indevido de drogas. Importantes também são as previsões do art. 24, de permissão da concessão de incentivos fiscais por todos os entes federativos para instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial e do art. 25, de possibilitar que instituições da sociedade civil sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do FUNAD.”

Percebe-se, nitidamente, que o legislador tem por objetivo **afastar os efeitos criminais da conduta de porte de drogas para consumo pessoal por meio da exclusão da pena de prisão**. Até se menciona como única hipótese de se enquadrar **criminalmente** um usuário **com pena sujeita à prisão** o caso de o indivíduo deixar de cumprir as medidas do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Nesse cenário, o usuário responderia pela prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do CP.

Embora o termo "descriminalização" não tenha sido explicitamente mencionado, os argumentos contra a pena de prisão se baseiam na insuficiência da punição como único objetivo a ser perseguido. Por exemplo, o parecer argumenta que a imposição de multa, por si só, **“constitui efetiva pena para o usuário com poucos recursos”** e, **“para o usuário com muitos recursos, no entanto, em nada agrega para o**

RE 635659 / SP

objetivo da lei, que é o de incentivar o usuário a deixar de ser dependente da droga”.

Da mesma forma, atribuir efeitos criminais às medidas educativas não ajuda o usuário a deixar de usar drogas. Pelo contrário, isso o afasta de buscar ajuda, pois será tratado como criminoso, e não como alguém que precisa de apoio para evitar o uso ou tratar uma eventual dependência.

O espírito do projeto, conforme destacado no parecer, era **atuar na prevenção do uso indevido de drogas e na atenção aos usuários e dependentes e em sua reinserção social**. Portanto, conclui-se que a intenção do legislador era, formalmente, afastar o usuário do tratamento penal conferido a outros criminosos, principalmente para não “misturar o traficante de drogas com o usuário”.

4. DOS EFEITOS DA ATUAL POLÍTICA PUNITIVISTA SOBRE OS USUÁRIOS

A política de repressão ao tráfico e ao uso de drogas, em vez de reduzir a violência e o uso abusivo, intensificou a violência e a corrupção, sem diminuir o consumo. Para o professor Salo de Carvalho, a criminalização das drogas gerou um custo social maior que os próprios efeitos de seu uso¹³.

O superencarceramento foi o resultado dessa intensificação. Em 2006, a população carcerária era de 321.435 presos e, em 2016, esse número subiu para 722.120, um aumento de 224%. O número de presos por tráfico de drogas aumentou 336% no mesmo período¹⁴.

Apesar de a Lei nº 11.343/06 não ser a única responsável por isso, ela contribuiu significativamente para o aumento do número dos encarceramentos, em razão de seu **conteúdo aberto**. A resposta punitiva trouxe efeitos prejudiciais tanto para os usuários quanto para a sociedade, incluindo encarceramentos indevidos, gastos públicos ineficientes e a

13 CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

14 Disponível em: <https://www.gov.br/depen/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

RE 635659 / SP

estigmatização dos usuários¹⁵.

A política de repressão às drogas no Brasil revelou-se ineficaz e dispendiosa. Segundo dados da Senappen, em 2023, o custo do sistema prisional para abrigar mais de 700 mil presidiários alcançou R\$ 2,1 bilhões, sendo que 31% dos presos estavam encarcerados por crimes ligados ao tráfico de drogas. O custo médio mensal do preso equivale a R\$ 3.000,83. Isso representa **cinco vezes o valor gasto pelo Brasil em 2023 por aluno da educação básica (apenas R\$ 683,33 ao mês por aluno)**¹⁶.

O legislador tentou diferenciar grandes traficantes, pequenos traficantes e usuários, mas **falhou em fornecer critérios objetivos para isso**, o que resultou em condenações injustas. O critério subjetivo levou a avaliações discriminatórias, como considerar a baixa capacidade econômica ou o local da apreensão para presumir traficância. Essa política não conseguiu prevenir ou diminuir o comércio de drogas e aumentou o número de encarceramentos¹⁷.

As pesquisas realizadas sobre sentenças de tráfico de drogas em São Paulo e Rio de Janeiro revelam um padrão de desigualdade racial e socioeconômica no sistema de justiça. Em São Paulo, um levantamento de 4 mil sentenças em 2017 mostrou que a maioria das apreensões de drogas envolvia menos de 100 gramas, com negros sendo proporcionalmente mais condenados do que brancos, mesmo com menores quantidades de drogas. Negros tiveram uma taxa de condenação de 71%, enquanto

15 Disponível em: <https://pbpd.org.br/publicacao/dossie-descriminalizacao-das-drogas-e-o-stf/> Acesso em: 13 jun. 2024.

16 BALDINI, Alessandra G. F.; CAVALI, Marcelo C.; COSTA, Leonardo P. S. **A falência da política de repressão às drogas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-mai-02/a-falencia-da-politica-de-repressao-as-drogas-no-brasil/>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

17 CARLOS, Juliana. Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil. IDPC, Relatório de Informações, set. 2015. p. 1; UILLE GOMES, Maria Tereza (2014). Estudo técnico para a sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei n. 11.343/2006. Curitiba: Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos; e SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCrim**, ano 24, n. 286, set. 2016. p. 9.

RE 635659 / SP

brancos tiveram 67%, e as desclassificações para porte de uso próprio foram significativamente mais comuns entre brancos (7,7%) do que entre negros (5,3%)¹⁸.

No Rio de Janeiro, uma análise de 2.591 sentenças de 2014 a 2016 apresentou um quadro semelhante. A maioria dos réus era do sexo masculino, sem histórico criminal, e foram presos em flagrante durante ações policiais em áreas conhecidas pela venda de drogas, sem coautoria e desarmados. A quantidade apreendida variava, mas frequentemente era inferior a 100 g de maconha ou inferior a 10 g de cocaína. A maioria das penas aplicadas foi a mínima legal, embora tenha sido fixado o regime fechado em quase 70% dos casos, com fundamento na quantidade de drogas e nos antecedentes criminais¹⁹.

Na pesquisa conduzida pelo eminente desembargador Marcelo Semer, que analisou 800 sentenças de tráfico de drogas em oito estados, abrangendo 315 municípios e 665 juízes, a maioria dos réus era de primeira infração e de baixa renda, frequentemente presos sem investigações detalhadas. As apreensões médias de drogas e de dinheiro foram modestas (66,10 g de maconha, 30,66 g de cocaína e 13,36 g de **crack**), com baixa incidência de coautoria e reduzido índice de apreensão de armas. A conversão em flagrante é a regra, ocorrendo em 90% das abordagens²⁰.

As pesquisas destacam a prevalência de prisões e condenações de indivíduos de baixa renda e o impacto desproporcional sobre a população negra, evidenciando a necessidade de revisões na abordagem do sistema de justiça penal ao tráfico de drogas.

A política de drogas no Brasil revela profunda seletividade e ausência de critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes e distinguir entre grandes e pequenos traficantes. A falta de clareza leva à formação de estereótipos pelos órgãos policiais e judiciais, especialmente

18 Disponível em: <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 14 jun. 2024.

19 Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

20 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico. São Paulo: Tirant, 2020. p. 312.

RE 635659 / SP

afetando indivíduos em vulnerabilidade socioeconômica, que frequentemente são abordados em “favelas, morros, comunidades”, locais associados pelos operadores do direito com “pontos de venda de drogas”, o que afeta a população mais vulnerável que reside nesses lugares²¹.

Por esses conceitos subjetivos, qualquer usuário flagrado nesse local mais se aproxima da figura do traficante do que da figura do usuário, em especial se for negro e pobre. Na pesquisa do Rio de Janeiro, em mais de 65% dos flagrantes que resultaram na condenação por tráfico de drogas houve referência aos três locais referidos anteriormente como pontos de venda de droga²².

Embora a quantidade de drogas seja um dos critérios menos subjetivos, frequentemente é ignorada quando conveniente, com a interpretação de que quantidades menores são usadas estrategicamente pelos traficantes para evitar a prisão.²³

Em substituição ao critério quantitativo, os policiais entrevistados pela professora Maria Gorete conferem maior relevância às condições econômicas para adquirir a droga como forma de diferenciar o usuário do traficante. Segundo os entrevistados, se uma pessoa não possui recursos financeiros para adquirir certa quantidade de drogas, é mais provável que seja traficante²⁴.

5. DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL SOBRE O ALCANCE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06

21 Disponível em:
<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>.
Acesso em: 15 jun. 2024.

22 Disponível em:
<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>.
Acesso em: 15 jun. 2024.

23 JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. São Paulo: D'Plácido, 2021.

24 JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**, cit., p. 114-115.

RE 635659 / SP

Não obstante a ausência de pena de prisão cominada ao tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06, no julgamento do RE nº 430.105-QO, a **Primeira Turma** entendeu que a **natureza das medidas previstas no dispositivo é penal/criminal, motivo pelo qual não teria havido *abolitio criminis*.**

Por ocasião do referido julgamento, considerou-se que a exclusão do preceito secundário (prisão) não exclui o crime, não havendo razão, portanto, para se concluir que houve a descriminalização.

No mesmo sentido decidiu a **Segunda Turma** no HC nº 148.484-AgR, Rel. Min. **Celso de Mello**.

Mais recentemente, no entanto, a **Segunda Turma** alterou seu entendimento para destacar a desproporcionalidade de se considerar a condenação anterior por porte ilegal de drogas para consumo pessoal como hipótese de maus antecedentes ou reincidência enquanto não julgado o presente tema de repercussão geral (RHC nº 178.512-AgR, Rel. Min. **Edson Fachin**, Segunda Turma, DJe de 20/6/22).

Note-se que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Quinta e a Sexta Turmas decidiram, **há mais de 5 anos**, que o prévio apenamento por porte de droga para consumo pessoal não constitui causa geradora de reincidência.

Ambas as Turmas do STJ afastaram os efeitos da reincidência na aplicação das medidas restritivas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06, por considerarem desproporcional reputar os efeitos de uma condenação criminal típica àqueles apenados com sanções menos graves. Os efeitos da prisão simples pela prática de contravenções penais, por exemplo, não são levados em conta para fins de reincidência (REsp nº 1.672.654/SP, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 30/8/18, e HC nº 453.437/SP, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 15/10/18).

Como se vê, embora haja avanços pontuais na jurisprudência, a questão atinente ao exato alcance do art. 28 da Lei nº 11.343/06 **ainda é controvertida**.

De minha parte, não tenho dúvidas de que a Lei nº 11.343/06 foi editada com o objetivo de **educar os usuários de drogas, tratar os**

RE 635659 / SP

dependentes e punir severamente os traficantes e financiadores do tráfico. A nova legislação brasileira refletiu as diretrizes das convenções da ONU, buscando equilibrar a punição do tráfico com a proteção da saúde pública.

A meu ver, a controvérsia em debate envolve mais a elucidação e a classificação de institutos e conceitos legais e proposições de políticas públicas do que propriamente de compatibilidade de dispositivo legal com a Constituição Federal.

Isso porque classificar o usuário ou dependente de drogas ilícitas como criminoso, mesmo que sujeito a penas não privativas de liberdade, a meu ver, **contraria o verdadeiro propósito da lei.**

6. Da adequada interpretação constitucional do art. 28 da Lei nº 11.343/06

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela despenalização da conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, ou seja, a exclusão das penas privativas de liberdade, mantendo, no entanto, os efeitos criminais da sentença condenatória (RE nº 430.105-QO). Interpretou a lei no sentido de que não houve a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal.

Tal decisão foi proferida no ano seguinte à promulgação da Lei nº 11.343. **Agora, passadas quase duas décadas da sua entrada em vigor, e verificados os efeitos perversos da manutenção desse entendimento, penso que é hora de esta Corte evoluir.** Classificar o usuário ou dependente de drogas ilícitas como criminoso, mesmo que sujeito a penas não privativas de liberdade, contraria o verdadeiro propósito da lei.

Apesar da intenção do legislador de descriminalizar e afastar o usuário da esfera criminal, como visto, **a interpretação conferida pela jurisprudência o reinseriu no sistema penal.**

A diferenciação entre despenalização, descriminalização e legalização é fundamental para compreender as distintas abordagens discutidas no presente caso.

A **despenalização** refere-se à exclusão de penas privativas de

RE 635659 / SP

liberdade, mantendo, no entanto, a conduta como um crime. Isso significa que a ação continua sendo **criminosa**, mas as pessoas que a cometem não são enviadas para a prisão. A principal intenção da despenalização é reduzir a sobrecarga no sistema prisional, sem remover o **status** criminal da conduta e os efeitos típicos decorrentes de uma sentença penal. Esse foi o entendimento adotado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RE nº 430.105-QO, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, em 2007, ao interpretar a natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Por outro lado, a **descriminalização** vai além, uma vez que elimina a conduta do rol de crimes. Nesse sentido, a ação deixa de ser considerada um crime, excluindo-se não apenas a prisão, mas todos os efeitos penais decorrentes de eventual condenação. A descriminalização permite a reclassificação da conduta como ilícito administrativo, como ocorre em Portugal, ou até mesmo cível. A descriminalização permite o redirecionamento de recursos financeiros e humanos para o combate a crimes mais graves, como o tráfico ilícito de drogas praticado por organizações criminosas. **Adicionalmente, evita a estigmatização do usuário como criminoso e elimina os efeitos de uma condenação criminal, como a suspensão dos direitos políticos e a criação de antecedentes criminais.**²⁵

A fim de se afastar qualquer dúvida remanescente, reitero que a descriminalização não se confunde com a legalização.

A **legalização** é uma abordagem ainda mais abrangente. Ela não só autoriza o porte de drogas para consumo pessoal, **mas também regulamenta a produção e a venda dessas substâncias para fins medicinais e recreacionais, similarmente ao que acontece com o álcool e o tabaco.** Por meio da legalização, o Estado controla e regulamenta o comércio da droga, assegurando a qualidade do produto por meio de testes oficiais e permitindo sua venda em estabelecimentos autorizados. O objetivo da legalização é reduzir o mercado ilícito e os problemas a ele associados, como a violência e a falta de controle de qualidade²⁶.

25 JORGE, Marco Antonio; JUSTUS, Marcelo (org.). **Economia do crime no Brasil**, cit. p. 275.

26 MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo

RE 635659 / SP

É importante que se diga e se repita. A definição da exata interpretação constitucional nas normas previstas no art. 28 em comento não resultará em hipótese alguma na legalização das drogas ilícitas, e não permitirá a venda autorizada de drogas nas ruas.

Sobre o tema, trago à colação o entendimento defendido pelo saudoso professor Luís Flávio Gomes e pela professora Alice Bianchini, os quais sempre defenderam abertamente que as condutas descritas no art. 28, desde sua edição, não tinham natureza de crime.

Concordo com a análise dos professores.

Vejamos.

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 prevê que aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ao analisar as normas do art. 28 da Lei de Drogas, percebe-se que o porte de drogas para consumo pessoal não é punido com pena privativa de liberdade, mas com penas alternativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas.

Cito as **três principais correntes** de pensamento em relação ao alcance das normas previstas no art. 28:

(a) Crime despenalizado (STF): Segundo o STF, o art. 28 pertence ao direito penal e configura crime, havendo apenas despenalização, sem **abolitio criminis**.

(b) Infração penal **sui generis** (Luiz Flávio Gomes): o art. 28 pertence ao direito penal, mas não constitui crime típico, sendo uma infração penal **sui generis**.

(c) Infração do direito judicial sancionador (Alice Bianchini): o art. 28 não pertence ao direito penal, sendo uma infração do direito judicial sancionador, ocorrendo descriminalização substancial, ou seja, **abolitio**

avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCrim, 2014. p. 75

RE 635659 / SP

criminis²⁷.

A primeira corrente está sintetizada no voto proferido pelo Ministro **Sepúlveda Pertence** no julgamento do RE nº 430.105-QO, no qual prevaleceu a tese de que não teria havido descriminalização, mas uma despenalização, afastando-se apenas a pena privativa de liberdade e mantendo-se os efeitos criminais da condenação.

A segunda corrente é defendida pelos professores **Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches**. Para os professores, houve a descriminalização formal e a despenalização. **Se não há punição com reclusão ou detenção, não há crime (art. 1º da LICP)**. Não se considera infração administrativa, porque as medidas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06 são aplicadas por juiz. Trata-se, portanto, de **infração penal sui generis**.

Para a **terceira corrente**, defendida pela **professora Alice Bianchini**, **o art. 28 não pertence ao direito penal**, pois consiste em infração do direito judicial sancionador. Houve, assim, a **abolitio criminis**. Destacam que a lei faz referências a "medidas" e "medidas educativas", não prevendo pena de prisão nem mesmo em casos de descumprimento dessas medidas, mas apenas a aplicação de medidas educativas, seja por transação ou sentença condenatória **sui generis** (art. 1º da LICP).²⁸

Analisando detidamente os argumentos utilizados pelas três correntes, proponho a releitura das normas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, evidenciando que esse dispositivo, na verdade, já descriminalizou a conduta nele prevista.

Das três correntes citadas, **fílio-me à terceira, defendida pela professora Alice Bianchini**, a qual defende que o art. 28, desde sua edição, representa verdadeiro *abolitio criminis*, embora seja uma **infração do direito judicial sancionador**.

Por isso, é desnecessário declarar a inconstitucionalidade da norma,

27 GOMES, Luiz Flávio. Para o STF o usuário é um tóxico-dependente. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/38789/para-o-stf-o-usuario-de-droga-e-um-toxico-delinquente>> .Acesso em: 28/5/2024.

28 GOMES, Luiz Flávio (coordenador). Lei de drogas comentada. **Revista dos tribunais**, comentários ao art. 27 da Lei 11.232/06, Luiz Flavio Gomes.

RE 635659 / SP

ou, ainda, utilizar a interpretação conforme para afastar os efeitos criminais decorrentes da condenação pelo art. 28. Afinal, o próprio legislador fez isso. Ele optou formal e legalmente pela descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal **de todas as drogas**. É só uma questão interpretativa.

6.1 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 consagra diversos princípios e direitos fundamentais que devem nortear a interpretação das leis, especialmente no âmbito penal, destacando-se **(i) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso I, da CF); (ii) o princípio da proporcionalidade; e (iii) o direito à saúde (art. 196 da CF).**

(i) Sob a óptica do **princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III)**, a criminalização dos usuários dos dependentes de drogas, tratando-os como delinquentes, viola a dignidade ao estigmatizá-los como criminosos, sendo que eles, em muitos casos, necessitam de tratamento, atenção e reinserção social, e não de punição criminal.

(ii) Na vertente do princípio da **proporcionalidade**, criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal viola o princípio da proporcionalidade no viés da proteção insuficiente do bem jurídico albergado pela lei.

Com efeito, a finalidade da norma é acolher, atender e tratar o usuário, e não simplesmente punir, de modo que a manutenção dos efeitos criminais para as medidas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06 não alcança esse objetivo. A punição, por si só, não impede o uso de substâncias ilícitas e falha em fornecer o suporte necessário ao usuário.

Reconhecer a natureza criminal das sanções alternativas previstas no art. 28, incisos I a III, a meu ver, é contraproducente e incoerente. Essas sanções não preveem pena privativa de liberdade, nem mesmo prisão simples, como ocorre nas contravenções penais, e, mesmo assim, o indivíduo apenado continuaria sofrendo com os efeitos criminais da condenação. Isso não condiz com o objetivo da lei de tratar o usuário de drogas como alguém que necessita de apoio e medidas educativas, em

RE 635659 / SP

vez de criminalizá-lo.

Ademais, o descumprimento de quaisquer das medidas (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa educativo) não implica restrição à liberdade do indivíduo. Nos termos do art. 28, § 6º, da Lei nº 11.343/06, a consequência poderá ser, sucessivamente, admoestação verbal ou multa.

Também pela **leitura do art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal, é possível verificar que a conduta descrita no art. 28 não pode ser classificada como criminosa, nem como contravenção penal**, razão pela qual não poderão repercutir na esfera do apenado os efeitos típicos de uma condenação criminal.

Quando comparado às contravenções penais, fica evidente a **desproporcionalidade** em se conferir repercussão penal às sanções previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06, conforme ressaltado pelo Ministro **Edson Fachin** por ocasião do julgamento da Segunda Turma. Destacou Sua Excelência que,

“se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, **resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo"**, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas” (RHC nº 178.512-AgR, Rel. Min. **Edson Fachin**, Segunda Turma, DJe de 20/6/22).

Nessa mesma linha, o professor Luiz Flávio Gomes questiona o seguinte: se o fato punido com reclusão ou detenção é considerado "crime" e o mesmo fato, quando punido com prisão simples ou multa, é uma "contravenção penal", como admitir que o fato punido com sanções

RE 635659 / SP

mais brandas do que prisão simples seja considerado "crime"? Isso resulta em um paradoxo jurídico no qual um fato punido com pena menor do que a da contravenção é reputado como crime²⁹.

A diferenciação entre crime e contravenção pela pena cominada não é meramente formal. Em relação ao conteúdo da sanção, conforme o princípio da proporcionalidade exige, para a configuração de um crime, é necessário que haja uma reprovação maior da conduta, um resultado jurídico mais desvalioso e a imputação objetiva do resultado³⁰.

(iii) Sob a perspectiva do **direito à saúde** (art. 196 da CF), a política pública deve afastar a abordagem policial para que a saúde pública possa atuar de maneira eficiente, com foco no acolhimento, na atenção e no tratamento do dependente ou usuário de drogas. **A criminalização do uso de drogas afasta os usuários do sistema de saúde, dificultando o acesso ao tratamento necessário.**

Isso ocorre porque os usuários, com medo do estigma associado ao uso de drogas, demoram para procurar ajuda especializada e preferem esconder as dificuldades e os problemas relacionados ao uso abusivo da substância para não sofrerem preconceito.

Segundo o Ex-Presidente do Brasil Fernando Henrique Cardoso, as medidas punitivas, mesmo severas, não conseguem diminuir o consumo de drogas. Em muitos casos, essas medidas têm efeitos negativos, dificultando o acesso ao tratamento e estigmatizando os usuários, aumentando o medo da polícia e o risco de prisão³¹.

Conforme crítica da juíza Alessandra Gomes Faria Baldini, ao se conferir natureza criminal ao art. 28 da Lei nº 11.343/06, prioriza-se o aspecto punitivo em vez do caráter preventivo, focado na redução de danos. Ela argumenta que, mesmo quando o juiz impõe tratamento

29 GOMES, Luiz Flávio (coordenador). Lei de drogas comentada. **Revista dos tribunais**, comentários ao art. 27 da Lei 11.232/06, Luiz Flavio Gomes (autor). p. 123.

30 Idem.

31 DOMOSLAWSKI, Artur. Drug policy in Portugal. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso, p. 3. **Open Society Foundations**, ago. 2011. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/drug-policy-portugal-benefits-decriminalizing-drug-use>. Acesso em: 13 jun. 2024.

RE 635659 / SP

especializado após a condenação, esse é precedido de um processo judicial. Ou seja, ele tem mais um efeito punitivo do que eficácia.³²

Conforme destacado pela professora Alice Bianchini,

“a aplicação das medidas preventivas de não uso, retardamento do uso e redução de danos previstas na Lei (arts. 20 a 26) são, por natureza, incompatíveis com a ideia de criminalização do uso. **O mesmo se diga em relação ao tratamento. Várias dessas estratégias, para melhor alcançar seus resultados, necessitam da colaboração do usuário, o que, dificilmente se conseguiria, caso houvesse a rotulação do usuário como criminoso.** A partir de tal preocupação poder-se-ia evitar a transformação do tóxico-dependente em tóxico-delinquente (...)” (GOMES, Luiz Flávio (coordenador). Lei de drogas comentada. **Revista dos tribunais**, comentários ao art. 27 da Lei 11.232/06).

Além disso, essas sanções com natureza criminal violam direitos fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade, a privacidade e a autonomia do usuário, não contribuindo para os objetivos de prevenção, acolhimento e reinserção social dos usuários ou dependentes de drogas.

6.2 PERSPECTIVA INFRACONSTITUCIONAL

A substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas evidencia uma mudança significativa no ordenamento jurídico.

A topografia do art. 28 reforça essa tese. Apesar de o art. 28 da Lei nº 11.343/06 encontrar-se no capítulo denominado Dos crimes e das penas, ele faz parte do Título III da lei, que dispõe a respeito "Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas". As medidas repressivas estão localizadas no

32 BALDINI, Alessandra Gomes Faria. **Para além da criminalização: repensando a política de drogas.** D'Plácido: Belo Horizonte, 2024. p. 141/144.

RE 635659 / SP

título seguinte e se dirigem, exclusivamente, à produção e ao tráfico de drogas.³³

Nessa linha, defende a professora Alice Bianchini que a Lei de Drogas distingue claramente prevenção e repressão, abordando esses dois universos de forma didática e separando-os em diferentes títulos, servindo de guia para toda e qualquer interpretação da norma, como se observa pela leitura das finalidades do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) previstas no art. 3º:

“Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.”

Ademais, o estabelecimento de medidas educativas não preveem sanção propriamente dita, e sim medidas de natureza preventiva, sem conteúdo repressivo.

Mesmo a condenação à prestação de serviço comunitário (art. 28, inciso II, da Lei de Drogas), por exemplo, que também é prevista como pena alternativa à prisão (art. 44 do CP), quando aplicada com base na Lei de Drogas, há o reforço à natureza educativa, não podendo ser confundida com uma simples sanção, já que o § 5º do art. 28 destaca que

“a prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, **que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas**”.³⁴

33 GOMES, Luiz Flávio (coordenador). Lei de drogas comentada. **Revista dos tribunais**, comentários ao art. 27 da Lei 11.232/06, Luiz Flavio Gomes (autor).

34 BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas descriminaliza porte para uso próprio?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>>

RE 635659 / SP

Da mesma forma, as consequências previstas para o usuário ou dependente que descumpra injustificadamente as medidas educativas dispostas nos incisos I a III do art. 28 são, sucessivamente, advertência verbal e multa (art. 28, § 6º). Isso reforça que não há caráter criminal, mesmo no caso de descumprimento.

Além disso, as medidas podem ser substituídas a qualquer momento, adequando-se à situação do indivíduo, na tentativa de acolher, atender e reinseri-lo socialmente (arts. 1º e 27), com o propósito de fortalecer a autonomia e a responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas (art. 19).

A própria inclusão das medidas educativas e sociais indica intenção de tratar o usuário sob uma óptica diferente da da criminalização. Como observado, o legislador brasileiro tem histórico de denominar como "crime" infrações que, na verdade, são meras infrações político-administrativas, como os "crimes de responsabilidade" da Lei nº 1.079/50.

A introdução de um tipo penal depende não só da técnica legislativa, mas também da coerência com os princípios constitucionais e internacionais. A Lei nº 11.343/06 adota um enfoque preventivo e educativo em relação ao usuário, conforme o art. 19 destaca, priorizando a saúde pública em vez da punição criminal.

Não há dúvida de que a criação de tipos penais sem a pena privativa de liberdade é permitida por lei. Contudo, a Lei de Introdução do Código Penal e a Lei nº 11.343/06 não fizeram isso, uma vez que estabeleceram clara distinção entre infrações penais e outras condutas sancionáveis.

Segundo o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal,

“[c]onsidera-se **crime** a infração penal que a lei comina **pena de reclusão ou de detenção**, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; **contravenção**, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, **pena de prisão simples ou de multa**, ou ambas,

RE 635659 / SP

alternativa ou cumulativamente”.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) estabelece distinção fundamental entre crimes e contravenções, qual seja: **ambas envolvem penas privativas de liberdade**, mas **crimes são infrações penais que podem ser punidas com reclusão ou detenção**.

Como não houve revogação expressa nem tácita da distinção feita pela Lei de Introdução do Código Penal, **essa distinção continua válida**. O legislador, ao criar a Lei nº 11.343/06, optou por sancionar a posse de drogas para consumo pessoal com medidas alternativas, como advertência e prestação de serviços à comunidade, em vez de penas privativas de liberdade. **Essa escolha indica uma intenção de descriminalização, pois as medidas educativas e sociais previstas no art. 28 são fundamentalmente diferentes das penas aplicadas a crimes e contravenções**.

Sobre a preocupação com as crianças e os adolescentes mencionada no voto do Ministro **Sepúlveda Pertence** por ocasião do julgamento acima destacado, é importante ressaltar que a inclusão de medidas educativas e não criminais para usuários de drogas não impede a aplicação de medidas adequadas a menores de idade. **O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos arts. 98, inciso III, e 101, permite a adoção de medidas protetivas para menores, independentemente de a conduta ser tipificada como crime ou contravenção, tendo em vista a previsão de medidas de proteção em razão da conduta da criança e do adolescente. Isso é corroborado pelos professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches³⁵**.

Essas medidas, por exemplo, podem incluir o encaminhamento aos pais ou responsável, orientação, apoio e acompanhamento temporários, tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, e inclusão em programas de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Dessa forma, a interpretação de que o legislador pode criar tipos penais sem penas privativas de liberdade, embora tecnicamente possível,

³⁵ Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/38789/para-o-stf-o-usuario-de-droga-e-um-toxico-delinquente>>. Acesso em: 13 jun. 2024.

RE 635659 / SP

não se sustenta no contexto do ordenamento criminal, em especial na Lei de Introdução do Código Penal, que continua a fazer distinção clara entre crimes e outras infrações por meio da fixação de pena de prisão (reclusão, detenção ou prisão simples).

Outro ponto debatido na última sessão, o qual foi levantado pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, refere-se à manutenção da estrutura policial, ministerial e judicial para conduzir, processar, aplicar e fiscalizar as medidas dispostas nos incisos I a III do art. 28, apesar de essas medidas não terem natureza criminal.

Em princípio, não há problema com essa abordagem. Mesmo que a sentença seja proferida por juiz criminal, isso não implica a propagação de efeitos criminais, já que o juiz criminal pode atuar em outras áreas, como previsto na Lei nº 11.340/06 (violência contra a mulher). Essa lei permite que o juiz criminal trate de questões cíveis, como medidas protetivas de urgência, sem desvirtuar a natureza de suas decisões.

Cito as palavras da professora Alice Bianchini:³⁶

“O processo todo correrá em uma vara criminal e a decisão será exarada por um/a magistrado/a criminal. Isso, entretanto, não vincula a natureza da ação. É que estamos diante da figura do direito judicial sancionador, que não possui disciplinamento autônomo no nosso sistema jurídico.

Assim, tal qual ocorre com as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, que podem ser decretadas por um juízo cível ou criminal (vide STJ, Recurso Especial 1.419.421, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.02.2014), há uma discricionariedade do legislador, ao estabelecer questões vinculadas à competência, sempre levando em consideração a razoabilidade.

(...)

Então é bastante pertinente que o tema fique no juízo criminal. **Lembrando que o fato de termos uma vara criminal e**

36 BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas descriminaliza porte para uso próprio?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>>.

Acesso em: 24 jun. 2024

RE 635659 / SP

um/a magistrado/a com competência criminal não implica, necessariamente, que a natureza da conduta prevista no art. 28 seja criminal. Poderá haver uma sentença condenatória, mas ela não será uma sentença condenatória criminal. Vale lembrar, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa, que tem esse mesmo caráter de direito judicial sancionador.”

Até que o Congresso, em conjunto com o Executivo, reformule uma política pública de drogas interinstitucional, multidisciplinar e baseada em evidências científicas, conforme previsto na Lei nº 11.343/06, será utilizada a estrutura atual para processar as condutas, excluindo-se, no entanto, os efeitos criminais de eventuais condenações baseadas no art. 28 da Lei nº 11.343/06, **mesmo quando proferidas por juízes criminais.**

É mais prudente utilizar a estrutura existente do que redesenhar a política atual, principalmente porque o Supremo Tribunal Federal não possui os instrumentos ou a legitimidade para isso. O ideal, como defendido pelo Ministro **Gilmar Mendes**, seria adotar política semelhante à de Portugal, onde, em substituição à participação do Poder Judiciário, há órgãos compostos por especialistas em saúde pública com a atribuição de aplicar aos usuários ou dependentes de drogas ilícitas as medidas administrativas previstas em lei.

No entanto, essa iniciativa deve partir do Legislativo e do Executivo, com o auxílio eventual do CNJ, caso haja algum impacto no Poder Judiciário.

6.3 CONVERGÊNCIA DA DESCRIMINALIZAÇÃO COM AS DIRETRIZES INTERNACIONAIS

Como linha de hermenêutica jurídica, estou convencido de que a intenção do legislador (**mens legis**) na elaboração da Lei nº 11.343/06 foi de **afastar os efeitos criminais da conduta do usuário de drogas, retirando-a do âmbito penal e tratando-a como questão de saúde pública.** Essa mudança de enfoque é corroborada pelo fato de que a lei exclui expressamente a pena de prisão para o usuário e, assim, demonstra um afastamento das medidas punitivas tradicionais em favor de

RE 635659 / SP

abordagens mais educativas e de reabilitação, **alinhando-se às tendências internacionais de tratamento humanizado e preventivo do uso de drogas.**

Sobre o voto do Relator do Projeto de Lei nº 7.134, de 2002, que resultou na edição da Lei nº 11.343/06, citado pelo Ministro **André Mendonça**, em seu brilhante voto, como impeditivo ao reconhecimento da natureza descriminalizante do art. 28 da Lei nº 11.343/06, farei as seguintes considerações.

Não obstante o Relator do projeto tenha mencionado a proibição da adoção da descriminalização pelas convenções da ONU, **segundo Luiz Guilherme Mendes de Paiva, ex-Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça (MJ), muitos estudiosos argumentam que as políticas de drogas, com um viés punitivo que se intensificou na década de setenta do século passado, são menos influenciadas pelas convenções da ONU e mais pelas pressões bilaterais e pela influência dos Estados Unidos sobre órgãos internacionais e o secretariado da ONU. Mendes de Paiva acrescenta que isso explica, por exemplo, por que a maioria dos países estabeleceu, ou ainda estabelece, penas criminais para o porte de drogas para consumo pessoal, apesar de nenhuma das convenções conter qualquer determinação nesse sentido.**³⁷

De acordo com a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os países signatários têm a obrigação de adotar medidas punitivas **penais contra o tráfico de drogas e outras atividades relacionadas.**

Todavia, a referida convenção permite a aplicação de medidas alternativas às sanções penais para infrações menores e para casos envolvendo usuários de drogas. **Especificamente o art. 3, § 4, itens c e d, menciona que, em casos apropriados de infrações menores, os países**

37 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes. Panorama internacional das políticas sobre drogas. Boletim de Análise Político-Institucional, n. 18, dez. 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/6030-181206bapi18cap11.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2024.

RE 635659 / SP

podem substituir sanções penais por medidas de educação, reabilitação ou reintegração social, incluindo tratamento para usuários de drogas.

Essas disposições indicam que a convenção não impede os países signatários de tratar usuários e dependentes de drogas com medidas de natureza administrativa ou cível, em vez de medidas criminais. Eis a transcrição dos dispositivos:

“ARTIGO 3

Delitos e Sanções

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

a) i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971;

(...)

2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

(...)

4 - a) Cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo I deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco.

(...)

c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos

RE 635659 / SP

casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinqüente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente."

Pela leitura acima, é possível concluir que os países signatários têm a flexibilidade de optar por medidas sem cunho criminal ou penal para lidar com usuários ou dependentes de drogas, adotando abordagens mais focadas na saúde pública e na reintegração social.

Com base na citada convenção, nos debates legislativos e nos objetivos explicitados nos relatórios e pareceres dos projetos de lei que resultaram na Lei nº 11.343/06, é possível concluir que o art. 28 descriminalizou a conduta de portar drogas para consumo pessoal, alinhando-se às tendências internacionais de tratamento humanizado e preventivo do uso de drogas.

7. DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIOS E TRAFICANTES

A interpretação de que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 veicula hipótese de descriminalização, embora seja um passo importante em direção a uma abordagem mais humana e eficaz para o problema do uso das substâncias ilícitas, não resolve, **por si só**, a questão da subjetividade dos critérios previstos na lei para diferenciar usuários e traficantes.

Mesmo em um cenário de descriminalização, a ausência de critérios objetivos e claros pode levar a situações nas quais os usuários são indevidamente punidos como traficantes.

A necessidade de um critério objetivo é evidente para se garantir que a descriminalização não se torne uma armadilha para os usuários ou um

RE 635659 / SP

benefício aos traficantes.

Nesse sentido, iniciativas como o **anteprojeto que visa atualizar a Lei nº 11.343/06**, elaborado por comissão de juristas presidida pelo Ministro **Ribeiro Dantas** e sob a vice-presidência do Ministro **Rogério Schietti**³⁸, propõe uma abordagem focada na redução de danos sociais e à saúde, diferenciando claramente o usuário do traficante. **Essa diferenciação é essencial para se evitarem os efeitos negativos do sistema de justiça criminal, que, atualmente, trata usuários como criminosos e tem contribuído para sua exclusão social, a perda de sua saúde e seu afastamento do mercado de trabalho formal.**

O anteprojeto propõe critérios objetivos para se distinguir o usuário do traficante, evitando que usuários não problemáticos sejam criminalizados. Estabelece limites quantitativos claros, como **até 10 doses para uso pessoal, de todas as drogas**, excluindo a criminalização dessa conduta. A política de descriminalização prioriza a saúde pública sobre a punição criminal, promovendo o tratamento e o acolhimento de usuários em vez de penalizá-los. As medidas educativas e sociais substituem as punitivas, alinhando-se às práticas bem-sucedidas observadas internacionalmente.

Todavia, o parâmetro atual de abordagem, baseado em estereótipos e subjetivismo, mesmo se fixado um critério quantitativo, pode levar o Brasil a repetir erros do Uruguai e do México, onde critérios quantitativos sem mudanças estruturais no sistema penal resultaram em interpretações discriminatórias e mantiveram o punitivismo.

No Uruguai, antes da legalização, a posse de drogas para consumo pessoal foi descriminalizada, mas isso dependia da determinação de um juiz. Mesmo assim, o encarceramento de usuários aumentou devido às deficiências do sistema de justiça. Entre 2009 e 2013, o número de pessoas encarceradas por delitos relacionados às drogas aumentou 39%, superando o aumento global da população carcerária em 24%.³⁹

38 Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024.

39 ROSMARIN, Ari; EASTWOOD, Niamh. **A quiet revolution**: drug decriminalization policies

RE 635659 / SP

No México, a adoção de critérios quantitativos sem mudanças estruturais no sistema penal mostrou-se ineficaz, expondo os indivíduos a potenciais abusos e discriminação. Mesmo com a descriminalização do porte de pequenas quantidades de drogas (ex: 5g de **cannabis**), o sistema de justiça criminal mexicano permite que uma pessoa seja detida pela polícia e encaminhada ao Ministério Público, ficando presa por até 48 horas até que se decida se será denunciada ou liberada. Entre 2009 e maio de 2013, 140.860 pessoas foram presas no México por uso de drogas, segundo dados da Procuradoria-Geral.⁴⁰

Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo alertam que a fixação de um marco quantitativo baixo permite aos juízes e operadores do sistema penal interpretarem perversamente o critério, criando uma "presunção de traficância" sempre que a quantidade de droga apreendida for maior do que a estabelecida legalmente. Mesmo em apreensões menores, juízes podem considerar o réu como traficante, desde que haja outras provas que indiquem essa intenção.⁴¹

Esses exemplos mostram que **uma abordagem simplista e focada apenas na quantidade, principalmente quando determinada sem estudo prévio multidisciplinar**, pode perpetuar problemas sistêmicos, sendo necessária adoção de políticas públicas mais amplas e eficazes para lidar com o uso e o tráfico de drogas.

Por isso, defendo que cabe ao Congresso Nacional empreender as medidas legislativas necessárias para os avanços da política atual de

in practice across the globe, cit. e STJ. Anteprojeto nova Lei de Drogas (exposição de motivos). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

40 HIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCrim**, cit., p. 9 e HERNANDEZ, A. P. **Drug legislation and the prison situation in Mexico**. Systems overload – drug laws and prisons in Latin America, 2011. p. 63.

41 HIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCrim**, cit., p. 9 e HERNANDEZ, A. P. **Drug legislation and the prison situation in Mexico**. Systems overload – drug laws and prisons in Latin America, 2011. p. 63.

RE 635659 / SP

repressão ao tráfico de drogas e ao tratamento dos usuários com enfoque em saúde e recuperação, em vez de em mera criminalização, alinhando-se às tendências internacionais de priorizar a redução de danos e a cooperação para enfrentar o problema das drogas.

De minha parte, não tenho dúvidas de que a Lei nº 11.343/06 foi editada com o objetivo de **educar os usuários de drogas, tratar os dependentes e punir severamente os traficantes e financiadores do tráfico**. A nova legislação brasileira refletiu as diretrizes das convenções da ONU, buscando equilibrar a punição ao tráfico com a proteção da saúde pública.

Assim, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo formular e efetivar uma política pública de drogas interinstitucional, multidisciplinar e baseada em evidências científicas, conforme previsto na Lei nº 11.343/06, a qual deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de drogas e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral aos usuários ou dependentes.

8. REFLEXÕES PARA UMA NOVA POLÍTICA DE DROGAS

As drogas lícitas e ilícitas são grandes causadoras de danos aos usuários e à sociedade, já que seu uso pode causar agressões, acidentes, desemprego e altos custos para a rede de saúde. A legalidade de uma droga não determina necessariamente seu nível de nocividade⁴².

Estudo liderado pelo psicofarmacologista David Nutt publicado na *The Lancet* em 2007 avaliou os danos e a potencial dependência de várias drogas. Ele classificou o **álcool** como a **droga mais prejudicial quando considerados os danos físicos, psicológicos e sociais combinados, seguido pela heroína e pelo crack, em segundo e terceiro lugar, respectivamente, ficando a maconha em 8º lugar, menos nociva que drogas como anfetaminas e tabaco**.

42 VAN AMSTERDAM Jan; VAN DEN BRINK, Wim. **Ranking of drugs: a more balanced risk-assessment**. *Lancet*, v. 6, n. ;376(9752), p. 1524-1525, nov. 2010. DOI: 10.1016/S0140-6736(10)62000-4.

RE 635659 / SP

O estudo demonstrou que tanto drogas lícitas, como o álcool e o tabaco, quanto drogas ilícitas podem ser extremamente nocivas e que, muitas vezes, as drogas lícitas causam mais danos que as drogas ilícitas⁴³. Por exemplo, as drogas que causam mais danos sociais são o álcool, a heroína e as metanfetaminas, enquanto as que causam mais danos individuais são a metanfetamina, o crack e a heroína.

Sobre a **cannabis**, recentemente o governo dos Estados Unidos, sob a administração do presidente Joe Biden, propôs reclassificar a substância de uma droga da Lista I, considerada de alto risco e sem uso médico aceito, para a Lista III, que inclui substâncias com menor potencial de dependência e uso medicinal reconhecido. Essa medida visa corrigir erros de políticas anteriores que penalizaram desproporcionalmente usuários de maconha, impactando negativamente suas vidas⁴⁴.

Além disso, a dependência de drogas varia: 15% para álcool, 9% para maconha e 17% para cocaína.⁴⁵ A maioria dos usuários não desenvolve dependência pelo simples uso, sendo influenciada por fatores genéticos e ambientais. No estudo **Rat Park**, de Bruce K. Alexander, ratos em ambientes socialmente enriquecidos e estimulantes consumiram menos heroína do que ratos isolados e confinados. O resultado sugere que o contexto social e ambiental influencia significativamente o uso de drogas.⁴⁶

Por sua vez, o apoio familiar, conexões positivas e habilidades de

43 Ibidem.

44 Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2024/05/16/eua-propoe-reclassificar-maconha-como-droga-de-baixo-risco.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

45 SILVEIRA FILHO, Dartiu Xavier. **Proibição e saúde**, 3 maio 2021. Disponível em: <https://drogas.quantocustaproibir.com.br/artigos/proibicao-e-saude/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

46 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Álcool, crack e outras drogas**: Bruce Alexander debate drogas e dependência em seminário internacional. Disponível em: <https://programadrogas.fiocruz.br/noticias/165>. Acesso em: 13 jun. 2024 e ALEXANDER, Bruce K. Opioid addiction: Rat Park re-visited, p. 56-85. In: BRUCE K.; ALEXANDER, Emerson Elias Merhy; SILVEIRA, Paulo (org.). **Criminalização ou acolhimento?** Políticas e práticas de cuidado a pessoas que também fazem o uso de drogas. Porto Alegre: Rede Unida, 2018 (Série Micropolítica do Trabalho e o Cuidado em Saúde).

RE 635659 / SP

lidar com o estresse podem ajudar a prevenir a dependência, destacando a complexidade e a individualidade do problema⁴⁷.

Ou seja, a maioria dos usuários não se tornam dependentes pelo simples contato com as drogas, lícitas ou ilícitas. **Ressalto, novamente, que isso não significa que o uso de droga (lícita ou ilícita) é seguro ou recomendado.**

A Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados coordenou estudo abrangente sobre os efeitos econômicos da **legalização da cannabis no Brasil**. O estudo analisou não apenas as receitas e as economias resultantes da medida, mas também os gastos com saúde, os impactos no uso de drogas mais prejudiciais, a produtividade, a violência, a corrupção e os acidentes de trânsito. Concluiu-se que a legalização traz efeitos positivos significativos para o contexto socioeconômico do Brasil.⁴⁸

Dado o foco do debate na **descriminalização** do porte de **cannabis** para uso pessoal, e **não na legalização**, não entrarei em detalhes sobre aspectos relacionados à legalização do uso da planta, como receitas tributárias, criação de empregos, redução da violência e do mercado clandestino de drogas, entre outros impactos.

O estudo revelou que os gastos com tratamento de usuários de **cannabis** representam uma pequena fração das despesas gerais de saúde relacionadas ao consumo de drogas. Com despesas de aproximadamente R\$ 6,2 milhões, esses custos são baixos em comparação aos quase R\$ 800 milhões destinados ao tratamento de usuários de todas as drogas, tanto lícitas quanto ilícitas. Além disso, a maconha corresponde a menos de 1% do total de internações por transtornos mentais e comportamentais no Sistema Único de Saúde (SUS). O álcool, por exemplo, é responsável por 69% do total de internações no ano analisado.

47 NATIONAL INSTITUTE ON DRUG ABUSE (NIDA). **Drugs, brains and behavior: the science of addiction**. Disponível em: <https://nida.nih.gov/publications/drugs-brains-behavior-science-addiction/drug-misuse-addiction>. Acesso em: 13 jun. 2024.

48 TEIXEIRA, Luciana da Silva (coord). **Impacto econômico da legalização da cannabis no Brasil**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27999>. Acesso em: 15 jun. 2024.

RE 635659 / SP

Como o uso nocivo de drogas está relacionado a fatores de incapacidade laborativa, o estudo analisou o impacto da maconha nos pedidos de aposentadoria por invalidez. Conforme estudo da Câmara dos Deputados, os canabinoides foram responsáveis por apenas três casos de aposentadoria por invalidez, o que representa um percentual mínimo de 0,8%. Em contrapartida, o álcool foi responsável por 77,1% das aposentadorias por invalidez relacionadas ao consumo de drogas no Brasil em 2006.

Diante desses dados, fica evidente que uma política de drogas eficaz deve ir além da criminalização e da penalização. Afinal, a dependência não é apenas uma questão neuroquímica, mas também social, e demanda uma compreensão ampla.⁴⁹ É essencial que sejam consideradas evidências científicas e que haja investimento em saúde, apoio social e educação para que os usuários de drogas sejam tratados de maneira holística, abordando tanto os danos causados pelas substâncias quanto as necessidades e as peculiaridades dos indivíduos.

Um exemplo bem-sucedido de política eficaz é o do controle do tabaco no Brasil.

A política de controle do tabaco no Brasil demonstrou grande eficácia sem a necessidade de criminalizar usuários ou de incrementar os custos no sistema policial e judiciário. O tabagismo, uma das maiores ameaças à saúde pública, é responsável por milhões de mortes anuais e elevados custos de saúde.

Apesar de legalizado, é o único produto que mata até metade dos usuários, sendo responsável pela morte de 7 milhões de usuários diretos (fumantes) e 1,2 milhão de fumantes passivos⁵⁰.

49 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Álcool, crack e outras drogas**: Bruce Alexander debate drogas e dependência em seminário internacional. Disponível em: <https://programadrogas.fiocruz.br/noticias/165>. Acesso em: 13 jun. 2024 e ALEXANDER, Bruce K. Opioid addiction: Rat Park re-visited, p. 56-85. In: BRUCE K.; ALEXANDER, Emerson Elias Merhy; SILVEIRA, Paulo (org.). **Criminalização ou acolhimento?** Políticas e práticas de cuidado a pessoas que também fazem o uso de drogas. Porto Alegre: Rede Unida, 2018 (Série Micropolítica do Trabalho e o Cuidado em Saúde).

50 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Relatório sobre o**

RE 635659 / SP

Mesmo sendo altamente nocivo à saúde dos usuários diretos e indiretos, afetando a saúde pública e a economia, já que a morte prematura de fumantes pode prejudicar a renda familiar e aumentar os custos relativos à saúde, a solução adotada pelo Brasil para o tabagismo envolveu regulação e educação, e não repressão.

O Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT) reduziu significativamente a prevalência do tabagismo, de quase 35% para menos de 15% da população adulta em 25 anos, utilizando ações educativas, restrições à propaganda e aumento de impostos sobre o tabaco. O país registrou, ainda, a menor prevalência do uso do tabaco pela população jovem (indivíduos de 13 a 15 anos) – 6,9% – entre os 35 Estados Membros da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Essa abordagem baseada em evidências resultou em melhorias na saúde pública e na economia, sem a necessidade de encarceramento ou de sanções aos usuários⁵¹.

A política brasileira conseguiu mostrar aos brasileiros os riscos relacionados ao consumo da nicotina. O III Levantamento da Fiocruz mostrou que a percepção sobre o risco do tabaco é altíssima, mais de 80% dos indivíduos, entre 12 e 65 anos, consideram um risco grave à saúde fumar um ou mais maços de cigarro por dia⁵².

A abordagem brasileira de controle do tabaco, desprovida de criminalização, demonstrou ser altamente eficaz, apesar de o tabaco ser mais prejudicial que outras drogas. Essa política resultou em melhorias

controle do tabaco na região das Américas 2022 (resumo executivo). Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/56264>. Acesso em: 20 abr. 2024.

51 Protocolo clínico e diretrizes terapêuticas tabagismo. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/publicacoes/relatorios/protocolo-clinico-e-diretrizes-terapeuticas-do-tabagismo>. Acesso em: 13 jun. 2024 e ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Relatório sobre o controle do tabaco na região das Américas 2022** (resumo executivo). Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/56264>. Acesso em: 13 jun. 2024.

52 FIOCRUZ. III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira. 2017. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>. Acesso em: 13 jun. 2024.

RE 635659 / SP

significativas na saúde pública e na economia, sem necessidade de encarceramento, demonstrando que a regulação e a educação são ferramentas mais eficazes que a repressão.

Apesar de o álcool ser a substância mais associada a danos à saúde, a política de descriminalização tem mostrado resultados positivos, ainda que menos significativos que os do tabaco. A ampla aceitação social e a disponibilidade do álcool contribuem para sua prevalência e os problemas relacionados. Entretanto, esforços globais para se reduzir o consumo **per capita** de álcool têm mostrado progresso, com diminuição no Brasil de 8,5 litros, em 2010, para 7,4 litros, em 2019, indicando que políticas de controle podem ser eficazes⁵³.

De acordo com os estudos, mesmo cientes dos riscos associados ao uso de drogas, a criminalização tem mostrado baixa eficácia na prevenção do uso abusivo e tem contribuído para o crescimento do crime organizado. Em contraste, uma política centrada na redução de danos se mostra mais promissora do que a simples classificação de determinadas substâncias como ilegais.

Isso demonstra que o *status* legal de uma substância não é indicador confiável de seu potencial de dano, reforçando a necessidade de políticas públicas eficazes para se mitigarem os impactos das drogas na sociedade. Desconsiderar a natureza criminosa do porte de drogas ilícitas não levará necessariamente a uma percepção de menor risco no consumo dessas substâncias.

Mesmo defendendo que a Lei nº 11.343/06 descriminalizou a conduta de portar drogas para consumo pessoal, entendo que, para se implementar uma política de descriminalização efetiva no Brasil, é essencial a participação ativa do Congresso Nacional e do Poder Executivo, a fim de que se promova um estudo aprofundado e

53 FIOCRUZ. III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira. 2017. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>. Acesso em: 13 jun. 2024 e CENTRO DE INFORMAÇÕES SOBRE SAÚDE E ÁLCOOL (CISA). Álcool e a saúde dos brasileiros – panorama 2022. Disponível em: https://cisa.org.br/biblioteca/downloads/artigo/item/356-panorama2022?option=com_content&view=article&id=104. Acesso em: 13 jun. 2023.

RE 635659 / SP

multidisciplinar.

9. DO CASO CONCRETO

Por último, observo que, no caso concreto, o recorrente foi condenado pelo art. 28, **caput**, da Lei nº 11.343/06 por portar 3 g de maconha, impondo-lhe o Juízo do Origem a pena de 2 meses de prestação de serviços à comunidade.

10. OBSERVAÇÕES FINAIS

Por fim, adoto a sugestão do Ministro **Flávio Dino** para que haja participação **das secretarias estaduais e municipais de saúde no debate multidisciplinar sobre política pública de drogas**, e, ainda, com o fito de viabilizar a política pública, fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários, **inclusive com o descontingenciamento imediato e permanente do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD)**.

11. DISPOSITIVO

Diante do exposto, no caso concreto, voto pela negativa de provimento ao recurso extraordinário e, nos termos da fundamentação de meu voto, determino que a condenação do recorrente não deve gerar efeitos penais.

Quanto ao tema de repercussão geral, proponho ao colegiado:

- a) reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06;
- b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais;
- c) fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, conforme previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, formulem e efetivem uma política pública de drogas interinstitucional, multidisciplinar e baseada em evidências científicas, a qual deverá

RE 635659 / SP

compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de drogas e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral aos usuários ou dependentes;

d) determinar que a política pública referida no item c envolva todos os órgãos federais com atuação nas áreas de saúde (Ministério da Saúde e ANVISA), de educação (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação), de trabalho e emprego (Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho), de segurança pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos), entre outros cuja temática necessariamente deva permear a política nacional de drogas como condição para sua efetividade e eficácia, com a participação das secretarias estaduais e municipais de saúde no debate multidisciplinar sobre política pública de drogas;

e) fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários, inclusive com o descontingenciamento imediato e permanente do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD);

f) propor que o Poder Executivo inicie campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo.

É como voto.

20/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, permita-me só um aparte, é uma indagação ao Ministro Toffoli.

Ministro Toffoli, só para ver se entendi, Vossa Excelência entende que não é inconstitucional o art. 28?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O art. 28 não é só sobre **cannabis**, é sobre tudo. Só deixo isso registrado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas, em relação à maconha, à *cannabis*, Vossa Excelência entende que houve um *abolitio*?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, entendo que, para o usuário, houve, em tudo, um **abolitio**.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em tudo houve *abolitio*? Mas continuaria, porque aí seria um *link* com a preocupação externada no início da sessão pelo Ministro André: quem faria a fiscalização? Apesar de ocorrer *abolitio*, excepcionalmente ficaria atribuição tanto à polícia judiciária quanto ao Ministério Público para eventual oferecimento de denúncia. Ou seja, o procedimento seria o mesmo e o juiz criminal aplicaria essas sanções, que não seriam penais, mas continuaria na jurisdição penal.

Obrigado!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esse esclarecimento é importante, agradeço.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É porque a estrutura estaria montada então.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu não me preocupei com esses pormenores porque penso que vou ficar vencido, então não entrei em pormenores.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas é

RE 635659 / SP

interessante. Vossa Excelência trouxe um argumento interessante que - e aqui pensando para a próxima sessão -, mesmo que Vossa Excelência fique vencido, eventualmente, em uma determinação que a maioria dê para que os órgãos administrativos estabeleçam um procedimento, nova autoridade competente, nesse interstício, a sugestão do Ministro Toffoli poderia permanecer.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu não coloquei no voto, mas é evidente que, passados 18 meses, aí, sim, penso que, continuando essa omissão do Estado Legislador, do Estado Executivo e do Estado Regulador, mais precisamente a Anvisa, poderíamos, como já decidimos, voltar a tratar desse embrulho.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ou seja, Ministro Toffoli, não obstante a natureza administrativa do art. 28, a jurisdição é a criminal?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É a criminal.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Eu queria sugerir a Vossa Excelência, Ministro Toffoli, que, quando falasse das verbas, etc., botasse: inclusive descontingenciando o Funad. Acho que é um passo importante. Uma sugestão a Vossa Excelência seria acrescentar isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para não ter contingenciamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, só vou fazer uma observação. Obviamente que todos ficamos encantados com o voto do Ministro Dias Toffoli, mais uma abordagem que mostra de fato a riqueza do Colegiado, ao considerar que aqui não há premissa de crime.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para nenhum tipo de droga para o usuário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para o usuário. Mas obviamente que, quando a gente discutiu, ao longo desse tempo, toda essa temática e problemática, a gente teve em conta, tendo como pano de fundo o modelo português, tirar da esfera penal. Esse foi um pouco o debate: esse modelo de persecução criminal, essa própria cultura. Tanto

RE 635659 / SP

que a sugestão que estávamos a fazer, estávamos a construir com Vossa Excelência, era trazer o CNJ para competências eventuais, porque, no modelo português, como sabemos, há esse comitê de admoestação e se formaliza esta responsabilização, vamos chamar assim, até para um eventual tratamento do usuário.

De modo que, só para ficarmos atentos a esse aspecto, que, ao deixar na esfera criminal talvez possamos entrar em um debate sobre causa e efeito, mas...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, por isso que fiz o aparte. Concordo com Vossa Excelência, mas até pela preocupação externada pelo Ministro André Mendonça no início, até que haja uma regulamentação - poderíamos fixar um prazo rápido de regulamentação -, não ficaria também aqui uma anomia em relação a esse tema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, com certeza, tanto é que se falou em uma evolução. Volto ao ponto que enfatizei na minha primeira intervenção e ficou muito iluminado a partir da participação de Vossa Excelência, que foi a adulteração interpretativa, vamos chamar assim, à falta de um nome melhor, que ocorreu nessa quase que indistinção entre usuário e traficante.

Alguém até falou que os pais não se preocupam com esse tipo de política. Preocupam-se, sim. Já ouvi exatamente essa preocupação por conta do perigo também. Claro que ninguém quer que o filho tangencie ou viva em um ambiente de utilização de droga, mas também teme que o filho seja apontado como traficante e, a partir daí, o seu destino seja transformado por todo o repúdio social, a penalidade social que isso envolve.

Só queria fazer essas pontuações, Presidente, só para dizer que, no caso português, uma das colunas do modelo foi o de tratar o problema do usuário como uma questão de saúde pública, o que permite fazer constatações, como hoje.

Agora, o exemplo que Sua Excelência traz sobre o cigarro é extremamente elucidativo, porque mostra que as pessoas sabem que uma

RE 635659 / SP

boa parte da população adoeceu, teve câncer por conta de ser...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, uma redução de 35% para 15% em relação ao usuário adulto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Minha opinião é que um produto lícito, combatido à luz do dia, em muitas vezes é mais positiva a política do que a criminalização.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, portanto, por conta das pessoas habituadas ao cigarro, quer dizer, provoca uma redução significativa, inclusive nas doenças causadas.

De modo que é fundamental que se discuta e que se tenha essa perspectiva. Por isso os apelos que, ao fim e ao cabo, temos que concertar e...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Serão importantes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No que diz respeito tanto à questão do descontingenciamento desse Fundo de Formação Antidrogas quanto também no que concerne a políticas de saúde, que são necessárias.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (25350/DF, 163657/SP) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA (33073/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA (125605/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER (17120/GO)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE (3803-D/RJ, 003803D/RJ)

AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI)

AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA (43056/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) (SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA (19772/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO (129630/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO (58271/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-
PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI (0320762/SP)
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGÉRIO MAIA GARCIA (56255/RS) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (015682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : LEVI RESENDE LOPES (58890/DF)
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS -
APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (46056/DF, 456898/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus*

curiae Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.09.2015.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, no caso concreto, acompanhava o Ministro Gilmar Mendes (Relator) e dava provimento ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente, determinando sua absolvição, e, quanto à tese (tema 506 da repercussão geral), divergia parcialmente do Relator, propondo-a nos seguintes termos: "1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada

entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior; 3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes; 4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega `delivery`), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico; 5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores à faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário", o julgamento foi adiado por indicação do Ministro Gilmar Mendes (Relator). Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas - tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante

fundamentação exauriente das autoridades envolvidas"; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Alexandre de Moraes, o qual, nesta assentada, fixava o quantitativo de 60g ou 6 plantas fêmeas como critério para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do voto-vista do Ministro André Mendonça, que acompanhava o Ministro Cristiano Zanin no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, mas propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006; II - Fica estabelecido o prazo de 180 dias para o Congresso Nacional estabelecer critérios objetivos para diferenciar aquele que porta drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006) do traficante de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006), parâmetros que não impedirão que, no caso concreto, seja afastada a presunção mediante fundamentação idônea da autoridade competente", e conferia interpretação conforme a Constituição ao art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, para esclarecer, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema, que: I - Será presumido usuário e, portanto, sujeito às consequências jurídicas elencadas pelo art. 28, caput e incisos I, II e III, o indivíduo que estiver em posse de até 10 gramas de maconha; II - Tal presunção poderá ser desconstituída, no caso concreto, com base em fundamentação idônea pela autoridade competente, à luz dos demais parâmetros estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006; do voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava o voto do Ministro Cristiano Zanin, negando provimento ao recurso e assentando a constitucionalidade do dispositivo impugnado, fixando a quantidade de 25g ou 6 plantas fêmeas para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; e do voto do Ministro Edson Fachin, que ratificava o seu voto no sentido de acompanhar o Relator relativamente ao dispositivo impugnado, mas considerava que o estabelecimento da quantidade de maconha seria atribuição do Poder Legislativo, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Plenário, 6.3.2024.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, no caso concreto, negava provimento ao recurso extraordinário, determinava que a condenação do recorrente não gere efeitos penais e propunha a fixação da seguinte tese (tema 506 da repercussão geral): "a) reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006; b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais;

c) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, formulem e efetivem uma política pública de drogas, conforme previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, interinstitucional, multidisciplinar, baseada em evidências científicas, a qual deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de *cannabis* e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral ao usuário e dependentes; d) Determinar que a política pública referida no item 'c' envolva todos os órgãos federais com atuação nas áreas de saúde (Ministério da Saúde e ANVISA), educação (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação), trabalho e emprego (Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho), segurança pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos), dentre outros cuja temática necessariamente deva permear a política nacional de drogas como condição para a sua efetividade e eficácia; e) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários; e f) Propor que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo", o julgamento foi suspenso. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 20.6.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

COMPLEMENTO AO VOTO-VISTA

Senhor Presidente, conforme destaquei na última sessão, entendo que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 é **constitucional**, pois, desde sua edição, afastou expressamente os efeitos penais das medidas previstas nos incisos I a III. Isso se deve principalmente à ausência de cominação de pena de reclusão, detenção ou prisão simples (art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal) e ao objetivo da Lei de Drogas de prevenir, atender e reinserir socialmente os usuários e dependentes de drogas (art. 1º da Lei nº 11.343/06).

Não sendo inconstitucional o artigo – como diversas vezes reiterei ao longo de meu voto –, as medidas educativas (**não penais**) de que tratam os incisos I a III do referido dispositivo legal não violam, **a priori**, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos usuários de drogas que se enquadrem nas condutas veiculadas no **caput** do dispositivo ora em discussão, quais sejam: “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas **sem autorização** ou em **desacordo com determinação legal ou regulamentar**”.

O estabelecimento de medidas educativas não viola os princípios constitucionais citados, porque não preveem sanção propriamente dita, e sim medidas de natureza preventiva, sem conteúdo repressivo.

Mesmo na condenação à prestação de serviço comunitário baseada na Lei de Drogas (art. 28, inciso II, da Lei de Drogas), que também é prevista como pena alternativa à prisão (art. 44 do CP), há o reforço à natureza educativa, não podendo ela ser confundida com uma simples

RE 635659 / SP

sanção, já que o § 5º do art. 28 destaca que

“a prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, **que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas**”.¹

Da mesma forma, as consequências previstas ao usuário ou dependente que descumpra injustificadamente as medidas educativas dispostas nos incisos I a III do art. 28 são, sucessivamente, uma advertência verbal e uma multa (art. 28, § 6º). Isso reforça que não há caráter criminal, mesmo no caso de descumprimento².

Além disso, as medidas podem ser substituídas a qualquer momento, adequando-se à situação do indivíduo, na tentativa de acolhê-lo, atendê-lo e reinseri-lo socialmente (arts. 1º e 27), com o propósito de fortalecer sua autonomia e sua responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas (art. 19).³

Não obstante isso, em 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela despenalização da conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, ou seja, a exclusão das penas privativas de liberdade, mantendo, no entanto, os efeitos criminais da sentença condenatória (RE nº 430.105-QO). Ou seja, não houve a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal.

Tal decisão foi proferida no ano seguinte à promulgação da Lei nº 11.343. **Agora, passadas quase duas décadas de sua entrada em vigor, e verificados os efeitos perversos da manutenção desse entendimento, penso que é hora de esta Corte evoluir.** Classificar o usuário ou dependente de drogas ilícitas como criminoso, mesmo que sujeito a penas

1 BIANCHINI, Alice. Lei de Drogas descriminaliza porte para uso próprio?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>> Acesso em: 24 jun. 2024.

2 *Idem.*

3 *Idem.*

RE 635659 / SP

não privativas de liberdade, contraria o verdadeiro propósito da lei.

Além disso, o enquadramento criminal do indivíduo reforça a estigmatização do usuário e do dependente e os afastam das redes de apoio, que são essenciais para o tratamento e a reintegração social. A interpretação de que o dispositivo veicularia hipótese de despenalização ao manter o usuário sob o manto do direito penal não atende ao objetivo da lei de tratá-lo com uma abordagem de saúde pública.

Apesar da intenção do legislador de descriminalizar e afastar o usuário da esfera criminal, **a interpretação conferida pela jurisprudência o reinseriu no sistema penal.**

A diferenciação entre despenalização, descriminalização e legalização é fundamental para compreender as distintas abordagens discutidas no presente caso.

A **despenalização** refere-se à exclusão de penas privativas de liberdade, mantendo-se, no entanto, a conduta como um crime. Isso significa que a ação continua sendo **criminosa**, mas as pessoas que a cometem não são enviadas para a prisão. A principal intenção da despenalização é reduzir a sobrecarga no sistema prisional, sem remover o **status** criminal da conduta e os efeitos típicos decorrentes de uma sentença penal. Esse foi o entendimento adotado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RE nº 430.105-QO, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, em 2007, ao interpretar a natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Por outro lado, a **descriminalização** vai além, eliminando a conduta do rol de crimes. Isso implica que a ação deixa de ser considerada um crime, excluindo não apenas a prisão, mas todos os efeitos penais decorrentes de eventual condenação. A descriminalização permite a reclassificação da conduta como ilícito administrativo, como ocorre em Portugal, ou até mesmo cível. A descriminalização permite o redirecionamento de recursos financeiros e humanos para o combate a crimes mais graves, como o tráfico ilícito de drogas praticado por organizações criminosas. **Adicionalmente, evita a estigmatização do usuário como criminoso e elimina os efeitos de uma condenação**

RE 635659 / SP

criminal, como a suspensão dos direitos políticos e a criação de antecedentes criminais.⁴

A fim de afastar qualquer dúvida remanescente, reitero que descriminalização não se confunde com a legalização.

A **legalização** é uma abordagem ainda mais abrangente. Ela não somente autoriza o porte de drogas para consumo pessoal, **mas também regulamenta a produção e a venda dessas substâncias para fins medicinais e recreacionais, similarmente ao que acontece com o álcool e o tabaco.** Por meio da legalização, o Estado controla e regulamenta o comércio da droga, assegurando a qualidade do produto por meio de testes oficiais e permitindo sua venda em estabelecimentos autorizados. O objetivo da legalização é reduzir o mercado ilícito e os problemas a ele associados, como a violência e a falta de controle de qualidade.⁵

É importante que se diga e se repita. A definição da exata interpretação constitucional nas normas previstas no art. 28 em comento não resultará em hipótese alguma na legalização de drogas ilícitas, e não permitirá a venda autorizada de drogas nas ruas.

Minha compreensão, portanto, partiu de variados métodos de interpretação, tais como o sistemático, o histórico, o teleológico, o axiológico e o sociológico, sempre na tentativa de buscar a melhor significação ou sentido da norma.

Das três correntes citadas em meu voto sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06, **filiei-me à terceira, defendida pela professora Alice Bianchini, a qual defende que o art. 28, desde sua edição, representa verdadeiro *abolitio criminis*, embora seja uma infração do direito judicial sancionador.**

Por isso, é desnecessário declarar a inconstitucionalidade da norma, ou, ainda, utilizar a interpretação conforme, para afastar os efeitos criminais decorrentes da condenação pelo art. 28. Afinal, o próprio

4 JORGE, Marco Antonio; JUSTUS, Marcelo (org.). **Economia do crime no Brasil**, cit., p. 275.

5 MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCrim, 2014. p. 75

RE 635659 / SP

legislador fez isso. Ele optou formal e legalmente pela descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. É só uma questão interpretativa.

A localização topográfica do art. 28 reforça essa tese. Apesar de o art. 28 da Lei nº 11.343/06 encontrar-se no capítulo denominado "Dos crimes e das penas", ele faz parte do Título III da Lei, que trata "Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas". As medidas repressivas estão localizadas no Título seguinte e se dirigem exclusivamente à produção e ao tráfico de drogas.⁶

Nessa linha, defende a professora Alice Bianchini que a Lei de Drogas distingue claramente entre prevenção e repressão, abordando esses dois universos de forma didática e separando-os em diferentes títulos, servindo de guia para toda e qualquer interpretação da norma, como se observa na leitura das finalidades do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) previstas no art. 3º:

"Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas."

Sobre a preocupação com as crianças e os adolescentes mencionada no voto do Ministro **Sepúlveda Pertence**, é importante ressaltar que a inclusão de medidas educativas e não criminais para usuários de drogas não impede a aplicação de medidas adequadas a menores de idade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite a adoção de medidas protetivas para menores, independentemente de a conduta ser tipificada como crime ou contravenção. Isso é corroborado pelos professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches.⁷

⁶ GOMES, Luiz Flávio (coordenador). Lei de drogas comentada. **Revista dos tribunais**, comentários ao art. 27 da Lei 11.232/06, Luiz Flavio Gomes (autor).

⁷ Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/38789/para-o-stf-o-usuariode-droga-e>

RE 635659 / SP

Primeiro, os arts. 98, inciso III, e 101 do ECA permitem a aplicação de medidas de proteção tanto para crianças quanto para adolescentes "em razão da sua conduta". Essas medidas podem incluir o encaminhamento aos pais ou responsável, orientação, apoio e acompanhamento temporários, tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, e inclusão em programas de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Outro ponto debatido na última sessão, levantado pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, refere-se à manutenção da estrutura policial, ministerial e judicial para conduzir, processar, aplicar e fiscalizar as medidas dispostas nos incisos I a III do art. 28, apesar de essas medidas não terem natureza criminal.

Em princípio, não há problema com essa abordagem. Mesmo que a sentença seja proferida por um juiz criminal, isso não implica a propagação de efeitos criminais, já que o juiz criminal pode atuar em outras áreas, como previsto na Lei nº 11.340/06 (Violência contra a mulher). Essa lei permite que o juiz criminal trate de questões cíveis como medidas protetivas de urgência, sem desvirtuar a natureza de suas decisões.

Cito as palavras da professora Alice Bianchini:⁸

“O processo todo correrá em uma vara criminal e a decisão será exarada por um/a magistrado/a criminal. Isso, entretanto, não vincula a natureza da ação. É que estamos diante da figura do direito judicial sancionador, que não possui disciplinamento autônomo no nosso sistema jurídico.

Assim, tal qual ocorre com as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, que podem ser

um-toxico-delinquente>. Acesso em: 13 jun. 2024.

8 BIANCHINI, Alice. Lei de Drogas descriminaliza porte para uso próprio?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>>. Acesso em: 24 jun. 2024.

RE 635659 / SP

decretadas por um juízo cível ou criminal (vide STJ, Recurso Especial 1.419.421, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.02.2014), há uma discricionariedade do legislador, ao estabelecer questões vinculadas à competência, sempre levando em consideração a razoabilidade.

(...)

Então é bastante pertinente que o tema fique no juízo criminal. **Lembrando que o fato de termos uma vara criminal e um/a magistrado/a com competência criminal não implica, necessariamente, que a natureza da conduta prevista no art. 28 seja criminal. Poderá haver uma sentença condenatória, mas ela não será uma sentença condenatória criminal. Vale lembrar, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa, que tem esse mesmo caráter de direito judicial sancionador.”**

Até que o Congresso, em conjunto com o Executivo, reformule uma política pública de drogas interinstitucional, multidisciplinar e baseada em evidências científicas, conforme previsto na Lei nº 11.343/06, será utilizada a estrutura atual para processar as condutas, excluindo-se, no entanto, os efeitos criminais de eventuais condenações pela prática do art. 28 da Lei nº 11.343/06, **mesmo quando proferidas por juízes criminais.**

É mais prudente utilizar a estrutura existente do que redesenhar a política atual, principalmente porque o Supremo Tribunal Federal não possui os instrumentos ou a legitimidade para isso. O ideal, como defendido pelo Ministro **Gilmar Mendes**, seria adotar uma política semelhante à de Portugal, onde, em substituição à participação do Poder Judiciário, há órgãos compostos por especialistas em saúde pública, com a atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas administrativas previstas em lei.

No entanto, essa iniciativa deve partir do Legislativo e do Executivo, com o auxílio eventual do CNJ, caso haja algum impacto no Poder Judiciário.

Como tentei mostrar em meu voto, o processo de elaboração da Lei nº 11.343/06 demonstra que a teleologia da norma **reflete a necessidade de tratar os usuários de drogas com enfoque em saúde e recuperação,**

RE 635659 / SP

em vez de em sua mera criminalização.

Não se pode negar que, apesar dos avanços da Lei nº 11.343/06, os resultados esperados não se concretizaram, ao revés, contribuiu ela significativamente para o aumento dos encarceramentos.

O legislador tentou diferenciar grandes traficantes, pequenos traficantes e usuários, mas **falhou em fornecer critérios objetivos**, resultando em condenações injustas. O uso de critérios subjetivos levou a avaliações discriminatórias, como considerar a baixa capacidade econômica ou o local da apreensão para se presumir traficância. Essa política não conseguiu prevenir ou diminuir o comércio de drogas; ao contrário, ela aumentou o número de encarceramentos, não reduziu a violência e o uso abusivo, intensificou a violência e a corrupção.⁹

Para o professor Salo de Carvalho, a criminalização das drogas gerou um custo social maior que os próprios efeitos das substâncias.¹⁰

Além disso, a investigação inadequada e as acusações frágeis baseadas apenas em depoimentos policiais contribuem para encarceramentos injustos.

A professora Maria Gorete Marques de Jesus destaca que a redação aberta do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e a predominância do patrulhamento nas ruas, como forma de abordagem principal, contribuem para a subjetividade na diferenciação entre traficante e usuário, conferindo veracidade aos relatos policiais.¹¹

Embora a quantidade de drogas seja um dos critérios menos

9 CARLOS, Juliana. Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil. IDPC, Relatório de Informações, set. 2015. p. 1; UILLE GOMES, Maria Tereza (2014). Estudo técnico para a sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei n. 11.343/2006. Curitiba: Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos; e SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCrim**, ano 24, n. 286, set. 2016. p. 9.

10 CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

11 JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. São Paulo: D'Plácido, 2021.

RE 635659 / SP

subjetivos, frequentemente é ignorada quando conveniente, com a interpretação de que quantidades menores são usadas estrategicamente pelos traficantes para evitar a prisão.¹²

Os policiais entrevistados pela professora Maria Gorete conferem maior relevância às condições econômicas para adquirir a droga como forma de diferenciar usuário de traficante. Segundo eles, se uma pessoa não possui recursos financeiros para adquirir certa quantidade de drogas, é mais provável que seja traficante.¹³

Policiais e magistrados frequentemente tomam decisões baseados em percepções subjetivas e valores morais, em vez de em critérios científicos, ao diferenciar usuários de traficantes. Por exemplo, a imagem do usuário de drogas no imaginário coletivo é associada a termos como "incapaz", "mentalmente comprometido", "zumbi" e "inimputável". Essa visão generalizada perpetua a ideia de que existem apenas dois tipos de pessoas em contato com drogas: o dependente químico em estado grave e o traficante. Isso ignora a variedade de formas de uso, que podem variar desde o uso experimental e ocasional até o uso nocivo ou tóxico.¹⁴

A interpretação de que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 veicula hipótese de descriminalização, embora seja um passo importante em direção a uma abordagem mais humana e eficaz para o problema das substâncias ilícitas, **não resolve por si só a subjetividade dos critérios previstos na lei para diferenciar usuários e traficantes.**

Mesmo em um cenário de descriminalização, a ausência de critérios objetivos claros pode levar a situações nas quais usuários são indevidamente punidos como traficantes.

A necessidade de um critério objetivo é evidente para se garantir que a descriminalização não se torne uma armadilha para os usuários ou um benefício aos traficantes.

Todavia, o parâmetro atual de abordagem, baseado em estereótipos e subjetivismo, mesmo se fixado um critério quantitativo, pode levar o

12 Idem

13 Idem.

14 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**, cit., p. 248; e JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**, cit., p. 240.

RE 635659 / SP

Brasil a repetir erros do Uruguai e do México, onde critérios quantitativos sem mudanças estruturais no sistema penal resultaram em interpretações discriminatórias e mantiveram o punitivismo.

No Uruguai, antes da legalização, a posse de drogas para consumo pessoal foi descriminalizada, mas isso dependia da determinação de um juiz. Mesmo assim, o encarceramento de usuários aumentou devido às deficiências do sistema de justiça. Entre 2009 e 2013, o número de pessoas encarceradas por delitos de drogas aumentou 39%, superando o aumento global da população carcerária em 24%.¹⁵

No México, a adoção de critérios quantitativos sem mudanças estruturais no sistema penal mostrou-se ineficaz, expondo os indivíduos a potenciais abusos e discriminação. Mesmo com a descriminalização do porte de pequenas quantidades de drogas (ex: 5 g de **cannabis**), o sistema de justiça criminal permite que uma pessoa seja detida pela polícia e encaminhada ao Ministério Público, ficando presa por até 48 horas, até que se decida se será denunciada ou liberada. Entre 2009 e maio de 2013, 140.860 pessoas foram presas no México por uso de drogas, segundo dados da Procuradoria-Geral.¹⁶

Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo alertam que a fixação de um marco quantitativo baixo permite a juízes e operadores do sistema penal interpretar perversamente o critério, criando uma "presunção de traficância" sempre que a quantidade de droga apreendida for maior do que a estabelecida legalmente. Mesmo em apreensões menores, juízes

15 ROSMARIN, Ari; EASTWOOD, Niamh. A quiet revolution: drug decriminalization policies in practice across the globe, cit. e STJ. Anteprojeto nova Lei de Drogas (exposição de motivos). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

16 HIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCrim**, cit., p. 9 e HERNANDEZ, A. P. **Drug legislation and the prison situation in Mexico**. Systems overload – drug laws and prisons in Latin America, 2011, p. 63; e ROSMARIN, Ari; EASTWOOD, Niamh. A quiet revolution: drug decriminalization policies in practice across the globe, cit. e STJ. Anteprojeto nova Lei de Drogas (exposição de motivos). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 13 jun. 2024

RE 635659 / SP

podem considerar o réu como traficante, desde que haja outras provas que indiquem essa intenção.¹⁷

Esses exemplos mostram que uma abordagem simplista e focada apenas na quantidade pode perpetuar problemas sistêmicos, sendo necessário adotar políticas públicas mais amplas e eficazes para lidar com o uso e o tráfico de drogas.

Por isso, defendo que cabe ao Congresso Nacional empreender as medidas legislativas necessárias aos avanços da política atual de repressão ao tráfico de drogas e ao tratamento dos usuários com enfoque em sua saúde e em sua recuperação, em vez de em sua mera criminalização, alinhando-se às tendências internacionais de priorizar a redução de danos e a cooperação para enfrentar o problema das drogas.

Da minha parte, não tenho dúvidas de que a Lei nº 11.343/06 foi editada com o objetivo de **educar os usuários de drogas, tratar os dependentes e punir severamente os traficantes e os financiadores do tráfico**. A nova legislação brasileira refletiu as diretrizes das convenções da ONU, buscando equilibrar a punição ao tráfico com a proteção da saúde pública.

A tarefa de elaborar e implementar uma política de drogas eficaz é, principalmente, do Congresso Nacional e do Poder Executivo. **Cabe aos legisladores, em conjunto com o Executivo, desenvolver um critério objetivo, baseado na quantidade do consumo médio brasileiro e em evidências científicas, de modo a trazer segurança jurídica**. O Congresso deve trabalhar em conjunto com especialistas nas áreas de saúde, direito e ciências sociais, além de ouvir as comunidades afetadas, para garantir que a política de drogas seja justa, humana e eficaz.

Da mesma forma defendida pelo Ministro **Edson Fachin**, entendo que cabe ao Congresso Nacional, em conjunto com o Poder Executivo e os órgãos competentes, definir a quantidade de **cannabis**, por meio de

17 HIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCrim**, cit., p. 9 e HERNANDEZ, A. P. **Drug legislation and the prison situation in Mexico**. Systems overload – drug laws and prisons in Latin America, 2011, p. 63.

RE 635659 / SP

evidências científicas.

Ressaltei, ainda, a abordagem brasileira de controle do tabaco, que, mesmo desprovida de criminalização e de penas aos usuários, demonstrou ser altamente eficaz, apesar de o tabaco ser mais prejudicial que outras drogas. Essa política resultou em melhorias significativas na saúde pública e na economia, sem necessidade de encarceramento, demonstrando que a regulação e a educação são ferramentas mais eficazes que a repressão.

Uma política centrada na redução de danos se mostra mais promissora do que simplesmente classificar determinadas substâncias como ilegais.

Isso demonstra que o *status* legal de uma substância não é um indicador confiável de seu potencial de dano, reforçando a necessidade de políticas públicas eficazes para mitigar os impactos das drogas na sociedade. Desconsiderar a natureza criminosa do porte de drogas ilícitas não levará necessariamente a uma percepção de menor risco no consumo dessas substâncias.

Mesmo defendendo que a Lei nº 11.343/06 descriminalizou a conduta de portar drogas para consumo pessoal, entendo que, para se implementar uma política de descriminalização efetiva no Brasil, é essencial a participação ativa do Congresso Nacional e do Poder Executivo, a fim de se promover um estudo aprofundado e multidisciplinar.

A fixação de critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes, embora seja um passo importante, não é suficiente para lidar com a complexidade do problema. Essa interpretação conferida ao art. 28 da Lei nº 11.343/06 seguida da fixação de um critério objetivo para diferenciar usuário de traficante em relação ao porte de **cannabis**, por exemplo, é um pequeno passo na busca por uma solução humana ao drama das drogas.

Por fim, adoto a sugestão do Ministro **Flávio Dino** para que haja participação **das secretarias estaduais e municipais de saúde no debate multidisciplinar sobre política pública de drogas**, e, ainda, com o fito de

RE 635659 / SP

viabilizar a política pública, faço apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários, **inclusive com o descontingenciamento imediato e permanente do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD).**

Dispositivo

Diante do exposto, no caso concreto, voto pela negativa de provimento ao recurso extraordinário e, nos termos da fundamentação de meu voto, determino que a condenação do recorrente não deve gerar efeitos penais.

Quanto ao tema da repercussão geral, proponho ao colegiado:

- a) reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06;
- b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais;
- c) fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, conforme previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, formulem e efetivem uma política pública de drogas interinstitucional, multidisciplinar e baseada em evidências científicas, a qual deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de drogas e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral aos usuários ou dependentes;
- d) determinar que a política pública referida no item c envolva todos os órgãos federais com atuação nas áreas de saúde (Ministério da Saúde e ANVISA), de educação (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação), de trabalho e emprego (Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho) e de segurança pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos), entre outros, cuja temática necessariamente

RE 635659 / SP

deva permear a política nacional de drogas como condição para sua efetividade e eficácia, com a participação das secretarias estaduais e municipais de saúde no debate multidisciplinar sobre política pública de drogas;

e) fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários, inclusive com o descontingenciamento imediato e permanente do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD);

f) propor que o Poder Executivo inicie campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo.

É como voto.

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

COMPLEMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Muito obrigado, Senhor Presidente! Eminente Ministro Decano, **Gilmar Mendes**, que nos acompanha por vídeo, Ministra Decana, **Cármem Lúcia**, eminentes colegas, eminente Vice-Procurador-Geral da República, senhoras e senhores advogados e defensores públicos, senhoras e senhores, todos que nos acompanham,

Senhor Presidente, já fiz distribuir complementação de voto diretamente a Vossas Excelências e aos respectivos gabinetes. Também já pedi à Secretaria de Comunicação que o divulgasse, mas, instado pelo Ministro **Flávio Dino**, acatei uma sugestão de Sua Excelência, e deixo claro que a acatei no dispositivo de meu voto. Sua Excelência me incentivou a fazer, pelo menos, um resumo dessa complementação de voto.

Sei que tomei bastante tempo da Corte, mas como, geralmente, na média, costumo seguir ou o Relator ou a divergência, penso que, na média de tempo, tenho algum crédito neste Plenário para me pronunciar.

Senhor Presidente, em primeiro lugar, informo que desenvolvo esta complementação de voto para que fique bem claro. Meu voto é claríssimo: nenhum usuário de nenhuma droga pode ser criminalizado. Esse foi o objetivo da lei de 2006. O objetivo da lei de 2006 foi descriminalizar todos os usuários de drogas, porque a lei de 1976, superada pela lei de 2006, tratava como crime – como crime – o uso de drogas, tratava como criminosos os usuários de drogas.

Por isso que, em meu voto nesta bancada, desenvolvi não só aquilo que foi dito em meu voto completo, mas também aquilo que foi dito na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que é explícito: houve uma descriminalização do uso de drogas.

Neste meu voto complementar, procuro deixar clara a diferença entre três conceitos. O primeiro é o de despenalização, que foi a posição

RE 635659 / SP

da Turma desta Corte em julgamento de 2007, com a qual não concordo e que está sendo superada pela maioria que já votou, inclusive com meu voto pela descriminalização. Foi um julgado da lavra de nosso saudoso e querido amigo, dos maiores nomes da história do Supremo, Ministro José Paulo **Sepúlveda Pertence**. Sua Excelência entendeu que a lei de 2006 apenas despenalizava o uso, na medida em que não impunha a prisão, mas mantinha os efeitos criminais: reincidência e os outros efeitos de uma condenação penal. O que considero mais nefasto, com a devida vênia, é a pecha de criminoso que se coloca em um usuário, que o inibe de buscar eventual ajuda em casos de dependência viciante. Aqui já foi dito e redito: sabemos que existem dependências e dependências: aquela que é viciante, aquela que é problemática e aquela que é socialmente normalizada, como há com o tabaco, como há com o álcool.

Nessa diferença entre despenalização e descriminalização, meu voto é pela descriminalização. Minha preocupação, Senhor Presidente e eminentes pares, é que, ao se dar interpretação conforme ao dispositivo em relação à **cannabis**, **a contrario sensu**, pode ser entendido que os usuários de outras drogas cometam crimes. E não foi essa a intenção da lei!

Com o rigor da verdade, participei da elaboração desse dispositivo. Como lembra o Sempre Ministro **Nelson Jobim**, muitas vezes, as leis não são específicas porque, naquele momento histórico, Ministro **Zanin**, elas são fruto do que é possível. O possível, naquele momento histórico, era exatamente o art. 28, e a intenção da legislação, do Congresso que a elaborou, com o apoio do Poder Executivo de então, que a sancionou e que participou das discussões – houve um grupo de trabalho na Casa Civil sobre o tema –, era superar a ideia de penalizar o usuário e dar a ele uma solução socioeducativa.

Então, temos a despenalização, que foi o voto do Ministro **Pertence**; temos a descriminalização, que já conta com seis votos, Senhor Presidente. Meu voto se soma ao voto da descriminalização.

Hoje pela manhã, Vossa Excelência me perguntou como era para ser proclamado meu voto. Por isso também entendi por bem fazer essa

RE 635659 / SP

complementação ao voto.

Já há, então, seis votos pela descriminalização. Na verdade, meu voto, o sexto voto, não é um sexto voto pela descriminalização, porque a descriminalização já existe desde 2006, desde que foi sancionada a lei – e repito –, não só para a **cannabis**, mas para todas as drogas. Repito: se dermos uma interpretação conforme só para a **cannabis**, estamos, **a contrario sensu**, criminalizando os demais usuários de outras drogas, e eu não leio, na lei, essa criminalização.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente e Ministro Toffoli, por favor?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não, Ministro **Gilmar**, o Relator sempre tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Está muito claro o que Vossa Excelência falou e considerou, mas o Presidente, com toda a paciência, rememorou aqui o longo percurso desse processo. Eu mesmo, a partir do voto do Ministro Fachin e do Ministro Barroso, acolhi a ideia de limitarmos a repercussão geral à *cannabis sativa* e não avançarmos para outras drogas, como constava do meu voto original. Foi uma convenção que fizemos, tendo em vista a questão técnica que se colocava - a votação era de um processo em que se tratava de uso de maconha (*cannabis sativa*) - e também para construirmos um consenso em torno dessa temática.

Quanto ao segundo ponto abordado pelo Ministro Dias Toffoli, ficamos em uma disputa, talvez, de significações. De fato - e Sua Excelência fala com a autoridade de quem participou do momento inicial da feitura da lei -, tudo indica que a lei teve esse intuito, se não de descriminalizar, pelo menos de despenalizar - isso está nos vários comentários. No debate profícuo que tivemos ao longo desse tempo, sabemos que, a rigor, a vida prática levou não só, como vimos neste caso, à aplicação de penas a usuários - o entendimento é esse - mas também, muitas vezes, a confundir usuário e traficante.

Claro, todos vemos com alegria o voto de Vossa Excelência no sentido de que a matéria já teria sido descriminalizada, mas, na vida

RE 635659 / SP

como ela é, as pessoas continuam sendo condenadas, enquanto usuárias, no processo penal e, a partir daí, sofrendo os efeitos da condenação criminal. É essa a questão que me parece relevante para que possamos encaminhar a conclusão do julgamento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Gilmar Mendes, que bem rememorou - e eu mesmo deixei claro no meu voto, e o Ministro Fachin também - que optamos por cingir à questão da maconha porque vínhamos adotando a postura de, em repercussão geral, ficarmos tão próximos quanto possível da situação concreta subjacente. Aqui, como relatei ao início, trata-se de alguém que foi condenado pelo porte de dois gramas de maconha.

O fato de nos estarmos pronunciando sobre a maconha não significa que estejamos, de alguma maneira, implicando qualquer outra droga. Apenas não nos pronunciamos sobre ela.

Devolvo a palavra ao Ministro Toffoli para a conclusão do seu complemento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Muito obrigado, eminente Relator e Decano, Ministro **Gilmar Mendes**, muito obrigado, Presidente!

Vejo que minha reiteração desse ponto já surtiu efeito. Surtiu efeito no **obiter dictum** do eminente Relator e na voz de Vossa Excelência, ou seja, não se pode dar uma interpretação **a contrario sensu** de que, ao se interpretar que a maconha foi descriminalizada pela lei, outras drogas estão criminalizadas - no que diz respeito ao usuário. Evidentemente, o tráfico está criminalizado (por isso que não pode esta Corte falar em legalização, nem estamos a falar).

Também coloco como terceiro tempo do meu voto complementar a diferenciação entre despenalização, descriminalização e legalização.

Legalização é uma política de Estado, como ocorreu em Portugal.

Penso, então, que já surtiu efeito, digamos assim, meu voto, agora reiterado, segundo o qual a descriminalização é o comando da lei de 2006 para todas as drogas no que diz respeito a seus usuários. O usuário não

RE 635659 / SP

deve ser criminalizado, deve ser tratado por políticas de saúde pública e socioeducativas. Ao se limitar ao tema da repercussão geral, não estaríamos a criminalizar usuários de outras drogas. Se bem entendi, foi a voz do eminente Relator e a de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vejo que também assentem alguns outros Colegas, concordando com sinais característicos de consentimento.

Pois não, Ministro **Luiz Fux**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência está bem explícito que a interpretação a *contrario sensu* é bifronte, porque, como acaba de noticiar o Ministro Gilmar, ele fez o corte para adstringir o voto dele ao uso da maconha.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Que é o tema da repercussão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim.

Agora também não significa dizer que implicitamente dissemos que não pode ser considerado lícito o uso de outras drogas. Isso não está dito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, mas estou dizendo em meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ah, bom, mas não foi ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Meu voto diz que a descriminalização foi para todas as drogas no que diz respeito ao seu uso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Foi isso, Presidente?

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Escolhemos a passagem bíblica: cada dia com sua agonia. Estamos discutindo apenas a maconha - em homenagem ao Ministro Flávio Dino e ao Ministro André, citei a Bíblia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu voto em seguida, então eu precisava...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não nos pronunciamos sobre isso, então, não tema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas penso ser importante fazer esse registro, seja para um lado, seja para o outro. No Plenário, já surge uma divergência em relação à leitura de ser uma interpretação exclusiva para a **cannabis**. E é legítima essa interpretação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, foi o Presidente que disse.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência vai votar já, só estou esperando o Ministro Toffoli concluir.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, outro ponto que queria deixar claro antes de fazer a leitura dos pontos aqui resumidos é que meu voto não fixa a quantidade. Trago estudo dizendo que fixar a quantidade não resolve o problema. Vamos imaginar um rapaz, morador de um lugar muito pobre, pego com R\$ 2 mil no bolso e 5 g de maconha. Vai ser perguntado a ele: "De onde vêm esses R\$ 2 mil?" Ele vai ser preso do mesmo jeito, como traficante. É a minha opinião, é meu voto, com todo o respeito dos que têm entendimento diferente do que estou aqui a declarar. Por isso que estamos em um colegiado.

RE 635659 / SP

Por esse motivo, não entro na fixação de quantidade em meu voto. Foi aí que muitas pessoas interpretaram meu voto como criminalizante, pelo fato de não tratar da quantidade.

Muito pelo contrário. Eu até, em mensagem de áudio a Vossa Excelência hoje pela manhã, disse que meu voto é o mais radical de todos: o meu voto é reconhecendo que a lei descriminalizou o uso para todas as drogas; de todas as drogas. Não cometem crime seus usuários.

Um terceiro ponto, bem captado ao fim da sessão pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, foi ao falar que o procedimento continuaria, apesar de não ser crime, no juízo criminal. É óbvio que isso pode ser uma fase de transição. Também dialoguei com Vossa Excelência hoje de manhã sobre isso: depois, até o Conselho Nacional de Justiça, na omissão do Congresso, ou das instâncias do Executivo, pode trazer outra solução. Mas não dá, do dia para a noite, da noite pro dia, ao deliberarmos os vários procedimentos que estão em curso, para darmos um destino a isso, Presidente. Temos que ter essa responsabilidade. Não adianta dizer que a questão está em julgamento desde 2015 e que temos que resolver de imediato. Se fosse fácil, teria sido resolvido pelo Congresso, pelo Poder Executivo, pela Anvisa ou pelo Judiciário. Se fosse fácil, estaria resolvido. Fácil não é. Não podemos aqui ter decisões que deixem dúvidas sobre uma série de consequências. É óbvio que, se eu ficar vencido, Senhor Presidente, como é de minha índole, procurarei, com a maioria eventualmente formada, em tal ou qual sentido, fazer um somatório de soluções que sejam as mais qualificadas possíveis. Muitas coisas ditas por vozes diferentes não são excludentes, são aditivas. Evidentemente que é um parâmetro, primeiro, ser crime ou não. Com meu voto, está claro que há seis votos no sentido de não ser crime o uso. A descriminalização já alcançou, então, seis votos com o voto que proferi na quinta-feira passada. Só que não fixo quantitativo e mantenho o procedimento – fiz referência a Vossa Excelência, Ministro **Alexandre de Moraes**, e, ocasionalmente, a cadeira estava vaga (quando a gente faz referência sem corpo presente, ela é mais sincera) – de que tem que ter uma explicitação sobre esse momento de transição, sobre onde ficarão esses

RE 635659 / SP

procedimentos.

Essa é uma síntese do complemento de meu voto. Então, Senhor Presidente, vou me permitir fazer a leitura de parte do voto (não do voto completo).

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está clara a posição de Vossa Excelência, todos já entendemos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas Vossa Excelência me desculpe o tempo para fazer a síntese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não, claro, Vossa Excelência tem a palavra, mas todos já entendemos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vou, então, agora, diretamente ao voto. No complemento do voto por escrito, já fiz os esclarecimentos de maneira sintética, mas acho importante ler pelo menos parte daquilo que estou acrescentando.

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 é constitucional. Desde sua edição, afastou expressamente os efeitos penais das medidas previstas nos incisos I a III. Na quinta-feira passada, li o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. É crime aquilo que é punido com detenção ou reclusão; é contravenção o que é punido com prisão simples. Aqui não temos detenção ou reclusão, não temos prisão simples. De crime não se trata. Ponto. Simples assim.

Não sendo inconstitucionais, as medidas educativas de caráter social e de saúde pública de que tratam os incisos I a III do referido dispositivo legal não violam – que é o tema em discussão – a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem dos usuários. Estabelecer ao usuário de drogas medidas socioeducativas ou de saúde pública não viola a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem dos usuários. O estabelecimento dessas medidas não viola os dispositivos constitucionais citados porque não preveem sanção propriamente dita. Elas têm de ser lidas como medidas de natureza preventiva.

Mesmo a condenação específica de prestação de serviço à

RE 635659 / SP

comunidade – que também há no regime de penas, na sanção de crimes – aqui não tem essa natureza. Ela tem uma natureza socioeducativa para aquele que é usuário. Não dá para confundir isso, no entanto, com uma sanção criminal **sui generis** socioeducativa.

Da mesma forma, as consequências previstas ao usuário ou dependente que descumpra injustificadamente as medidas educativas são sucessivamente advertência verbal, uma multa – isso reforça que não há caráter criminal – e prestação de serviços, que tem natureza socioeducativa, e não criminal, de compensação por um crime. As medidas, que podem ser substituídas a qualquer momento, adequam-se à situação do indivíduo na tentativa de acolher, atender e o reinserir socialmente, com o propósito de fortalecer a autonomia e a responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas, conforme o art. 19 da lei, que às vezes não é lembrado nem citado, mas que trata de uma questão de medidas preventivas.

Vou além e digo – saltando parte do voto – que, apesar da intenção do legislador de descriminalizar e afastar o usuário da esfera criminal, a interpretação conferida pela jurisprudência lá atrás acabou por colocá-lo indevidamente no sistema. A diferenciação entre despenalização, descriminalização e legalização é fundamental para compreender as distintas abordagens discutidas no presente caso. E elas não se misturam, são distintas.

A despenalização se refere à exclusão de penas privativas de liberdade, mantendo, no entanto, a conduta como crime. Foi a decisão deste Tribunal em 2007 ao interpretar a lei, com a qual, repito, não concordo. Acho que foi equivocada. Isso foi decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 2007, só para fazer o registro, no RE nº 430.105-QO.

Por outro lado, a descriminalização vai além. Implica que a ação deixa de ser considerada crime. Foi o que a lei quis dizer desde sua elaboração, sanção e vigência. Não apenas afasta a prisão, mas afasta a natureza penal, criminal, e todos seus efeitos a todos os usuários de drogas. É o que entendo como a teleologia dessa lei. Desde sua elaboração

RE 635659 / SP

até sua sanção, todos os pareceres foram nesse sentido.

A descriminalização, não há dúvida, acaba por permitir o redirecionamento de um custo, citado em todos os votos aqui, de R\$ 3 mil, em média do sistema penitenciário, lembrando, Senhor Vice-Procurador-Geral, que o Estado aplica cerca de R\$ 600 por aluno na rede pública de educação.

A fim de afastar qualquer dúvida remanescente, reitero que a descriminalização não se confunde nem com a penalização, que mantém os efeitos penais, nem com a legalização, uma política de Estado como um todo. E não estamos a tratar de legalização, até porque o tráfico é crime pela lei de 2006.

A legalização é uma abordagem mais abrangente. Ela não apenas descriminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, mas regulamenta sua produção e sua comercialização. É o que ocorre com o tabaco e o álcool, para falar de duas das drogas lícitas mais comuns em nosso meio social.

É importante que se diga e se repita: a definição da exata interpretação constitucional, a meu ver, dos dispositivos do art. 28 não resulta, em hipótese alguma, em legalização de nenhuma droga considerada ilícita pelo rol da Anvisa.

A norma penal é conhecida, nos conceitos jurídicos, como norma penal em branco. Ou seja, o Estado Regulador diz o que é ou não lícito. Na divisão de competências do Estado Brasileiro, a Anvisa é quem se ocupa disso.

Por outro lado, das três correntes citadas em meu voto, filiei-me – falando de correntes doutrinárias teóricas – à defendida pela Professora Alice Bianchini. Para ela, o art. 28, desde sua edição, representou verdadeira *abolitio criminis* para o usuário. Por isso, entendo desnecessário declarar a norma inconstitucional ou dar a ela interpretação conforme.

Salto longo trecho do voto complementar e volto ao ponto já manifestado por mim, debatido no final da última sessão e levantado pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, sobre o procedimento. Eu já fiz o esclarecimento de que, quando a maioria for formada, isso pode ser

RE 635659 / SP

definido como um momento transitório, mas, em meu entendimento, deve ser definido, senão ficará a dúvida. E outra: teremos juízos indo pra cá e para lá, em decisões multivalentes.

Aqui, Ministro **Gilmar**, prezado decano, Relator, que trouxe um voto, como sempre, profundo sobre o tema – aliás, em relação aos usuários, eu comungo com ele aqui –, digo no voto complementar escrito: o ideal, como defendido pelo Ministro **Gilmar Mendes**, seria adotar uma política semelhante à de Portugal, onde, em substituição à participação do Poder Judiciário, há órgãos compostos por especialistas em saúde pública com a atribuição de aplicar aos usuários, dependentes, as medidas administrativas previstas em lei.

Ou seja, Ministro **Flávio Dino**, lá não há sequer essas medidas administrativas, que, segundo meu olhar, são as estabelecidas no art. 28 e aplicadas pelo Judiciário.

A Administração Pública cuida dos usuários. Eles não são problema da Justiça. Estamos assumindo problemas que não são nossos por falência dos outros órgãos de deliberação da sociedade – e nos chamam, depois, de ativistas! No entanto, essa iniciativa deve partir do Executivo, do Legislativo e do CNJ, esse último como formulador de políticas públicas do Estado-juiz.

Conforme tentei mostrar em meu voto, o processo de elaboração da lei demonstra que a teleologia da norma reflete a necessidade de tratar os usuários com enfoque em saúde e recuperação, e não na criminalização.

Indo mais adiante, digo que a interpretação de que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 veicula a hipótese de descriminalização, embora seja um passo importante em direção a uma abordagem mais humana e eficaz para o problema das substâncias lícitas – já há seis votos, com o meu, pela descriminalização, mas não posso deixar de, responsabilmente, fazer essa proclamação aqui (essa advertência, melhor dizendo): essa decisão não resolve, por si só, o problema, muito menos a subjetividade dos critérios previstos para diferenciar usuários e traficantes. Aliás, muitos dos votos proferidos já disseram que, mesmo que a quantidade seja menor, caberá uma análise, Ministro **Fux**, do contexto em que houve a constatação do

RE 635659 / SP

porte de drogas.

Aliás, agradeço, mais uma vez, a Vossa Excelência, que teve a deferência de autorizar um pedido de vista antecipado meu em relação a seu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Imagine! Isso é uma recíproca pela sua gentileza e a urbanidade de sempre, como qualquer Colega faria.

Ministro Toffoli, exatamente nessa toada que Vossa Excelência agora está, o art. 28, no § 2º, dispõe:

"Art. 28 [...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente."

Que é, mais ou menos, isso que Vossa Excelência está dizendo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Votos que fixam quantidade dizem isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência afirmou aqui duas premissas que, no meu modo de ver, são inquestionáveis. Nossa aparente interlocução, que conduziu a uma eventual suposição de divergência, é, na verdade, uma grande convergência, porque Vossa Excelência destaca esse aspecto e a questão da deferência científica para os órgãos próprios, que os órgãos têm que fixar isso, pelo que estou entendendo do voto de Vossa Excelência. Vou votar logo a seguir, gostaria de entender.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente.

Qual é a grande dificuldade aqui? Qual é a situação, digamos, de uma disjuntiva? Seja com um critério mais objetivo ou não, da maneira como está colocado o tema, sem uma política pública de Estado,

RE 635659 / SP

continuaremos na disjuntiva entre uma situação em que a quantidade pode ser condenadora de um usuário que esteja com uma quantidade "x" acima do que foi fixado aqui (ele não é traficante, mas será considerado como um) e outra em que o traficante vai usar do quantitativo para picotar a quantidade de drogas repassada aos "aviõezinhos", para usar os termos que se leem nos jornais, que se veem na televisão, que são aqueles entregadores de droga, ou as "mulas", como se diz no palavreado popular. Temos aqui uma situação complexa e dramática. Poderemos ter usuários que, por estarem com um pouco mais do limite, serão classificados como traficantes, *tout court*; e traficantes que serão classificados como usuários, porque estarão com uma quantidade menor. É um drama.

Digo, na complementação de voto, que, no Uruguai, antes da legalização – e lá se tratou de legalização da maconha, da **cannabis** –, a posse para consumo pessoal foi descriminalizada, mas isso dependia da determinação de um juiz. Mesmo assim, o encarceramento lá aumentou mais do que a média do encarceramento de outros crimes: 39% para as drogas e 24,5% para os outros crimes.

No México, a adoção de critérios quantitativos, sem mudanças estruturais no sistema penal, mostrou-se ineficaz, expondo os indivíduos a potenciais abusos e discriminação.

Mesmo com a descriminalização – em tudo isso aqui, cito fontes de pesquisa (não vou ficar citando nome de pesquisadores e de livros, mas tudo está dito nas notas de rodapé) – do porte de pequenas quantidades de drogas – 5 gramas de **cannabis** –, o sistema de justiça criminal permite que uma pessoa seja detida pela polícia e encaminhada ao Ministério Público, ficando presa por até 48 horas, até que se decida se será denunciada ou liberada. Esse modelo expõe os indivíduos a potenciais abusos e discriminações. Entre 2009 e maio de 2013, 140.860 pessoas foram presas no México por uso de drogas, segundo dados da Procuradoria-Geral daquele país.

Um tema importante que gostaria de trazer – e aqui preciso citar os pesquisadores –, Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo alertam que a fixação

RE 635659 / SP

de um marco quantitativo baixo permite aos juízes e operadores do sistema penal interpretarem perversamente o critério, criando uma presunção de traficância sempre que a quantidade de droga apreendida for maior do que a estabelecida legalmente. Mesmo em apreensões menores, juízes poderão ainda considerar o réu como traficante, desde que haja outras provas que indiquem essa intenção – e aí cito a fonte dessa pesquisa, que já comentei aqui, não vou repetir.

De minha parte, estamos aqui a discutir o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006. Nesse sentido, digo e voto, com todo o respeito aos votos proferidos em todas as outras correntes formadas, que, de minha parte, a lei foi editada com o objetivo de tratar, do ponto de vista socioeducativo e de saúde pública, os usuários de drogas, de todas; tratar os dependentes e punir severamente os traficantes e financiadores do tráfico.

A nova legislação brasileira refletiu as diretrizes das Convenções da ONU, buscando equilibrar a punição ao tráfico com a proteção da saúde pública. A tarefa de elaborar e implementar uma política de drogas eficaz é principalmente do Estado Legislador e do Estado Executivo e de suas agências reguladoras.

Cabe aos legisladores, em conjunto com o Executivo, desenvolver um critério objetivo baseado na quantidade de consumo médio brasileiro e em evidências científicas para trazer segurança jurídica.

O Congresso deve trabalhar em conjunto com especialistas em ciências das mais variadas e ouvir as comunidades afetadas, para garantir que a política de droga seja justa, humana e eficaz.

Da mesma forma defendida pelo Ministro Luiz **Edson Fachin**, entendo que cabe ao Congresso Nacional, em conjunto com o Poder Executivo e os órgãos competentes, definir a quantidade de **cannabis**, utilizando-se de evidências científicas, sem prejuízo também da competência da Anvisa, que já poderia tê-lo feito.

Ressaltei, ainda, a abordagem brasileira de controle do tabaco, que, mesmo desprovida de criminalização e de penas aos usuários, como é o caso para as demais drogas, demonstrou ser altamente eficaz.

Penso que é fundamental que pelo menos se acolha o item 6 de

RE 635659 / SP

minha proposição de tese, Senhor Presidente, no sentido de que se proponha que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento ao público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo. Não há esclarecimento para a sociedade.

Uma política centrada na redução de danos se mostra mais promissora do que simplesmente classificar determinadas substâncias como ilegais. A política do tabaco mostra que o **status** legal de uma substância não é indicador confiável de seu potencial dano, reforçando a necessidade de políticas públicas eficazes para mitigar os impactos das drogas na sociedade.

A fixação de critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes, embora seja um passo importante, não é suficiente para lidar com a complexidade do problema, mesmo que seja fixado pelo Congresso, mesmo que seja estabelecido pela Anvisa.

Precisamos de uma política pública global. É isso que quero deixar claro neste julgamento. Não estamos aqui a resolver o problema. Não estamos aqui a solucionar esse dramático problema da sociedade contemporânea ocidental.

Essa interpretação conferida ao art. 28, seguida da fixação de um critério objetivo para diferenciar usuário de traficante em relação a **cannabis**, por exemplo, é um pequeno passo na busca por uma solução humana para o drama das drogas.

Por fim – e aqui para registrar em voto, porque o fiz no debate no final da sessão –, adoto a sugestão do eminente Ministro **Flávio Dino** para que, com o fito de viabilizar a política pública, os Poderes Legislativo e Executivo garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizadora, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários, inclusive com o descontingenciamento do Fundo Nacional de Drogas (FUNAD), que fica contingenciado anos e anos e anos, governos, governos e governos.

RE 635659 / SP

Leio agora só o dispositivo e encerro, Senhor Presidente, agradecendo antecipadamente a atenção de Vossa Excelência e a paciência de todas e todos.

Diante do exposto, no caso concreto, voto pela negativa de provimento ao recurso extraordinário e, nos termos da fundamentação de meu voto, determino que a condenação do recorrente não deve gerar efeitos penais, na medida em que ele foi sancionado a prestar serviço à sociedade, conforme o art. 28. Mas isso não é crime, não tem efeito penal nenhum.

Quanto ao tema de repercussão geral, minha proposição é a seguinte:

1. Reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006;

2. Reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não geram efeitos penais;

3. Fazer apelos aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, conforme previsto no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, formulem e efetivem uma política pública de drogas interinstitucional, multidisciplinar, baseada em evidências científicas, que deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de **cannabis** e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral aos usuários e dependentes;

4. Determinar que a política pública referida no item 3 envolva todos os órgãos federais com a atuação nas áreas de saúde: Ministério da Saúde e Anvisa; de educação: Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação; de trabalho e emprego: Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho; de segurança pública: Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Política sobre Drogas e Gestão de Ativos, entre outros órgãos cuja temática necessariamente deva permear a política nacional de drogas como condição para sua efetividade e eficácia;

RE 635659 / SP

5. Fazer apelos aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para o cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais ligadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários, inclusive com o descontingenciamento do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD).

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ministro Toffoli?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Apenas uma pergunta sobre o descontingenciamento do Funad: Vossa Excelência fixa um prazo para isso? Porque me parece que seria pertinente, uma vez que sem ele é muito difícil a implementação do que Vossa Excelência menciona.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu não fixo prazo. Seria imediato.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Imediato. E a segunda pergunta, quando Vossa Excelência fala dos órgãos federais, lembro que o SUS é fortemente descentralizado, talvez, referir-se pelos menos aos estados. Parece-me que seria importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Desde já acatado, vou complementar o voto e agradeço.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Apenas estou falando a Vossa Excelência e também ao ilustre Presidente que imagino, junto com o Decano, vai propor a tese e esses itens instrumentais me parecem importantes

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E esses itens não são excludentes, independentemente do sentido da deliberação final. Por isso que disse, anteriormente, que, independentemente do sentido do voto final, penso que a tese poderá ser a mais ampla possível.

E, por fim:

6. Propor que o Poder Executivo inicie uma campanha educativa.

RE 635659 / SP

É como voto, Senhor Presidente.

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Com o pronunciamento do Ministro Dias Toffoli, forma-se então maioria de que o porte para consumo pessoal constitui ato ilícito sem natureza penal. Gostaria de deixar claro que o Tribunal, até agora e já por maioria, manifesta-se pela natureza ilícita do porte para consumo e, por via de consequência, pela vedação de consumo em local público, pelo fato de ser, evidentemente, uma atividade ilícita. Penso que seja muito importante destacar esse ponto, sem prejuízo, embora não esteja na tese proposta pelo Ministro Gilmar, de discutirmos a questão do descontingenciamento e da campanha de esclarecimento contrária ao consumo de drogas, que, como o Ministro Toffoli disse, em matéria de cigarros, funcionou perfeitamente bem.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, boa tarde!

Só queria relembrar três pontos rápidos. Formada a maioria agora pela ilegalidade administrativa, Vossa Excelência bem colocou, não se está liberando o uso em locais públicos, até porque o porte para o uso é diferente do uso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não estamos liberando o uso em lugar nenhum, apenas não estamos punindo se for em local reservado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Isso é muito importante porque mesmo drogas lícitas têm regulamentação. Não é possível fumar o cigarro, o tabaco, em restaurantes, aviões. O álcool, para dirigir; não é possível a venda para menores de idade. Essa primeira observação é muito importante.

A segunda observação, que foi a preocupação, a que eu já me referira, do Ministro André, na sessão passada, eu havia feito uma reflexão ao Ministro Toffoli, que agora a ela aderiu, de que, enquanto não

RE 635659 / SP

houver uma regulamentação administrativa, é necessário verificar quem continua analisando a questão. O Ministro Toffoli, na sessão passada, disse que, mesmo no voto de Sua Excelência, continuaria a justiça penal até que, eventualmente, o próprio CNJ fizesse essa regulamentação para um procedimento de jurisdição voluntária na justiça cível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Essa foi uma cogitação do Ministro Gilmar Mendes que acho que, mais adiante, podemos considerar, de termos algum tipo de regulação pelo Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agora, um terceiro e último ponto, e aqui pedindo vênica ao que disse o Ministro Toffoli, há comprovação científica, empírica, matemática, de que a fixação de uma gramatura faz diferença. Não é loteria, não é adivinhação.

O estudo que eu trouxe, de mais de 682 mil flagrantes, envolvendo mais de dois milhões de investigados, mostra o seguinte: em 72% dos casos - isso são todos os flagrantes de 2003 a 2017 no Estado de São Paulo -, a polícia só tem uma prova, a droga apreendida. Vejam, é a única prova. Eu mesmo coloco em meu voto e já repeti várias vezes que essa é uma presunção relativa, para evitar o que Vossa Excelência trouxe, de alguém, na boca do fumo, vendendo, com balança, situação em que a presunção é afastada. Agora, isso vai forçar a polícia a apreender outros instrumentos.

Volto a dizer: em 72% dos casos - dois milhões de investigados -, foram presos como traficantes somente com a quantidade de drogas. É óbvio que, se forem quinhentos quilos, não precisa de mais nada.

Essa mesma quantidade, antes da alteração da lei, fazia com que, de cada cem presos, quinze fossem por tráfico. A mesma mediana. Para o preso negro de 18 a 26 anos, analfabeto, em torno de 20 gramas e o branco, com curso superior e mais de 30 anos, 57, 58 gramas.

Antes da alteração da lei, repito, de cada cem presos, quinze eram considerados traficantes. Depois da alteração da lei, com a mesma gramatura, quarenta e seis, ou seja, três vezes mais, sem qualquer mudança de criminalidade.

E um último ponto: vários países adotaram, com enorme sucesso, a

RE 635659 / SP

gramatura para distinguir usuário de traficante: Bélgica, Colômbia, Espanha, Holanda, Itália, Paraguai, Portugal, República Checa, Uruguai e, por incrível que pareça, até a Rússia. Ou seja, vários países, exatamente por isso.

Vossa Excelência colocou uma preocupação que é, eu diria, de grande parte da sociedade. Ah, mas e se o usuário for pego com mais droga do que o previsto? Primeiro que, obviamente, o usuário, a partir de uma fixação, não vai comprar mais droga do que o previsto. Mas, se assim o fizer, inverte o ônus da prova. Aí ele é que tem de comprovar que, com aquela droga, não é traficante. Não é uma presunção absoluta.

Ah, e o traficante? O traficante, o aviãozinho, a mula, que Vossa Excelência disse, o *delivery*. Lamentavelmente, como disse na sessão passada, há aplicativos, é só pedir, igual ao *iFood*, chega lá o pacotinho de drogas. Não importa! Para isso, a gramatura, porque a atitude é de traficância.

Mas é muito importante, insisto, fixar, não importa qual gramatura, mas uma gramatura, para diferenciar, porque, em 72% dos casos, só essa foi a prova para condenação como traficante.

Agora, o negro de 18 a 26 anos, analfabeto, é condenado com 20 gramas; o branco, curso superior, mais de 30 anos, com 57 gramas. A única prova para os dois. A polícia, então, deve produzir mais provas e, com isso, vamos evitar esse encarceramento.

Obrigado, Presidente!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Alexandre de Moraes!

Aliás, o jornal *Folha de S. Paulo* divulgou, há poucos dias, um estudo. Os pesquisadores Daniel Duque, Alisson Santos e Michael França, que analisaram três milhões e meio de boletins de ocorrência feitos em São Paulo entre 2010 e 2020, concluíram o seguinte:

Para a Polícia de São Paulo, a diferença entre um traficante e um usuário de drogas pode estar na cor da pele, ainda mais quando o acusado é flagrado com pequenas quantidades de maconha. Em razão disso, trinta e uma mil pessoas pardas e pretas foram enquadradas como

RE 635659 / SP

traficantes em situações similares àquelas em que brancos foram tratados como usuários.

Ou seja, a pesquisa confirma exatamente o que Vossa Excelência acaba de dizer.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, nesses dados de 2002 a 2017, para um branco, nas mesmas condições que um preto ou pardo ser considerado traficante, ele tem de ter, no mínimo, 80% mais de droga. Isso não é justiça.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Para deixar claro, essa é uma matéria controvertida em todo o mundo. Há países que adotam a repressão e há países que adotam uma visão mais liberal.

Mas, para que ninguém ache que o que estamos fazendo é uma extravagância, países como Alemanha, Canadá, Portugal, Espanha, Uruguai e os principais estados dos Estados Unidos tratam ou como ilícito administrativo ou como não ilícito; México, Colômbia, África do Sul e Geórgia despenalizaram por decisão judicial.

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux (Vogal): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhoras e senhores advogados, senhoras e senhores que acompanham a presente sessão,

A CAUSA

Nos termos do relatório, trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação do recorrente à sanção de **prestação de serviços à comunidade**.

Neste recurso extraordinário, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (direito fundamental à intimidade e à vida privada).

OS FATOS

In casu, consta dos autos que, **durante revista realizada por agentes penitenciários, no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP**, encontrou-se, dentro de um marmitex, uma porção da substância conhecida como “maconha”, conforme laudos periciais de constatação juntados aos autos. /

Extrai-se dos autos que o ora Recorrente encontrava-se preso preventivamente, em razão de **condenação anterior pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes** (art. 157, §2º, incisos I e II, na redação vigente à época dos fatos).

RE 635659 / SP

Pelo crime de roubo, a sentença condenatória fixou a pena de reclusão em 11 anos, 6 meses e 16 dias, no regime inicial fechado (vol. 01, fls. 97, dos autos físicos; e-doc. 6, e-fls. 115). /

Durante a revista, o recorrente assumiu que a droga encontrada pelos agentes na cela era de sua propriedade, razão pela qual foi lavrado termo circunstanciado de ocorrência, pela prática do **ilícito definido no art. 28 da Lei 11.343/2006**, vindo a ser-lhe **imposta sanção de prestação de serviços à comunidade**.

(Reitere-se)

A REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral foi reconhecida e fixado o Tema 506, cujo objeto é o seguinte:

“Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada”.

O acórdão recorrido limitou-se a assentar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, na esteira da jurisprudência sedimentada, e negou provimento ao recurso da defesa, mantendo a imposição da sanção de prestação de serviços à comunidade (e-doc. 06, e-fls. 163/164).

PREMISSAS TEÓRICAS

Feito este breve relatório, permito-me iniciar este voto rememorando o compromisso que assumi, quando tomei posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal em 2020, com o dever de defesa da Constituição e das instituições democráticas, da efetividade dos direitos fundamentais e da harmonia e separação de poderes.

Disse eu, naquela oportunidade: / *“numa sociedade democrática, o direito de discordarmos uns dos outros deve ser reconhecido como requisito essencial para o aprimoramento do ser humano e das instituições. Em tempos de pós-verdade, profetizada por Gadamer em seu clássico Verdade e Método, o dissenso*

RE 635659 / SP

expõe os excessos de cada lado do debate e convida a coletividade a enxergar as diversas perspectivas de um mesmo mundo.É somente através da justaposição entre os diferentes que construímos soluções mais justas para os problemas coletivos. /

No plano da cidadania,o Supremo Tribunal Federal assumiu posição importante na garantia das liberdades individuais e na promoção da igualdade material. A Corte laborou no resgate de identidades historicamente vulneráveis,reconhecendo os direitos dos povos indígenas e dos afrodescendentes nas ações afirmativas em prol das minorias étnicas,legitimou as uniões estáveis homoafetivas e a paternidade socioafetiva;rechaçou a trans e a homofobia,e validou a Lei Maria da Penha. /

Calcado nesses antecedentes jus políticos ,preservaremos, à frente da nossa Suprema Corte,a sua função precípua como instituição de jurisdição maior, defendendo a nossa Constituição,seus valores morais e suas razões públicas,e conjurando das nossas deliberações temas mais afeitos aos demais Poderes.[Ainda o discurso de 2020] Meu norte será a lição mais elementar que aprendi ao longo de 4 décadas no exercício da Magistratura:a necessária deferência aos demais Poderes no âmbito de suas competências, combinada com a altivez e vigilância na tutela das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. /

As três últimas décadas testemunharam as deliberações valiosas do Poder Judiciário,notadamente do Supremo Tribunal Federal,na consolidação e avanço do PROCESSO DEMOCRÁTICO E SOCIAL e no resguardo dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. /

Se assim o é,também não se podem desconsideraras críticas,em vozes mais ou menos nítidas e intensas,de que o Poder Judiciário estaria se ocupando de atribuições próprias dos canais de legítima expressão da vontade popular,reservada apenas aos Poderes integrados por mandatários eleitos.Em referência a tal juízo de censura,é comum o emprego das expressões“judicialização da política” e “ativismo judicial”. [explicar]

Esse é um aspecto da jurisdição que me é muito caro e preocupante. /

Assistimos,cotidianamente,o Poder Judiciário ser instado a decidir questões

RE 635659 / SP

para as quais não dispõe de capacidade institucional .Mais ainda,a cláusula pétrea de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial, erigiu uma zona de conforto para os agentes públicos .Em consequência,alguns grupos de poder que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de naturezas diversas para o Poder Judiciário,instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas. !!!

Essa prática tem exposto o Poder Judiciário,em especial o Supremo Tribunal Federal,a um protagonismo deletério,corroendo a credibilidade dos tribunais quando decidem questões permeadas por desacordos morais que deveriam ter sido decididas no Parlamento. /

Essa disfuncionalidade desconhece que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio das respostas– nem é o legítimo oráculo – para todos os dilemas morais, político se econômicos de uma nação .Tanto quanto possível,os poderes Legislativo e Executivo devem resolver interna corporis seus próprios conflitos e arcar com as consequências políticas de suas próprias decisões.

Aos nossos olhos,o Judiciário deve atuar movido pela virtude passiva,devolvendo à arena política e administrativa os temas que não lhe competem à luz da Constituição.E, quando excepcionalmente assumir esse protagonismo,o Judiciário poderá,em lugar de intervir verticalmente,atuar como catalisador e indutor do processo político-democrático,emitindo incentivos de atuação e de coordenação recíproca às instituições e aos atores públicos.” O Brasil não tem governo de juízes.

Feitas essas considerações a título de premissa teórica do meu voto, passo a analisar o caso sob julgamento. /

DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: ILICITUDE DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO, SEM PENA DE PRISÃO

1. Pleiteia-se, no presente caso,a exclusão da incidência da infração prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006sobre a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo

RE 635659 / SP

peçoal determinada quantidade da substância conhecida como maconha, por alegada violação dos princípios constitucionais da intimidade e da privacidade. /

2. Para a decisão do presente recurso extraordinário, organizei meu voto sob 3 enfoques:

(i) Primeiro: A questão do controle de constitucionalidade de normas em situações de razoável **dissenso moral e científico**, consideradas as competências constitucionalmente atribuídas a cada um dos poderes, bem como as capacidades institucionais de órgãos técnico-científicos, como a ANVISA, agência reguladora desta temática no Brasil; /

(ii) Segundo: suscitarei a instigante questão da autocontenção e da deferência ao Legislador no tema *sub judice*, considerando dois aspectos: **(a)** no direito comparado, os modelos-paradigma de liberação do consumo e da venda de maconha, indicados como exemplos para o mundo, **foram desenvolvidos pelos respectivos órgãos Legislativos;** **(b) no Brasil**, o legislador despenalizou consumo de drogas, prevendo como consequências medidas não punitivas, cujo objetivo é a educação e a proteção da saúde dos usuários, sob o ângulo da saúde pública; /

(iii) O terceiro ponto concerne às considerações a respeito da liberação do consumo sem, previamente, regular e organizar todo o sistema, considerando que a venda de drogas é controlada por grandes organizações criminosas dedicadas ao narcotráfico no Brasil.

3. Estabelecidas estas premissas, considerarei o caso concreto *sub judice*, no qual se trata de **posse de drogas no interior de estabelecimento prisional**.

(a) DA NECESSIDADE DE AUTOCONTENÇÃO E DE RESPEITO ÀS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

4. O enfrentamento da controvérsia sob julgamento exige prévia análise dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito. /

5. A problemática da **legitimidade democrática** da *judicial review* – a **clássica dificuldade contra majoritária** –, exige que as Cortes atentem à sua natureza de órgãos não submetidos ao escrutínio das urnas. O

RE 635659 / SP

excepcionalíssimo poder de sobrepor a sua interpretação da Constituição sobre aquela promanada dos poderes políticos eleitos, diante de disposições constitucionais dotadas de alto grau de abstração, indeterminação e vagueza, somente deve ser exercido quando não haja dúvida razoável da ocorrência de violação da Lei Maior. /

6. À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito –democracia e constitucionalismo. /

7. A discussão de fundo potencializa essa preocupação . É que a questão jurídica debatida, qual seja, a constitucionalidade ou não da norma acerca do porte de drogas para uso próprio, **revela amplo dissenso moral no seio da sociedade**. Tanto é assim que, ao longo de todos esses anos, não se chegou a um consenso mínimo, nem mesmo entre os *experts*, quanto às vantagens políticas, econômicas e sociais da descriminalização da conduta . Trata-se, com efeito, de questão a demandar definição de políticas públicas, de caráter interdisciplinar e interdepartamental, e não de mera verificação da adequação entre a norma jurídica e a Constituição da República. /

8. *In casu*, parte considerável da sociedade brasileira, especialmente aqueles que vivem em regiões dominadas pelo tráfico e veem seus filhos expostos aos riscos do consumo desde a mais tenra idade, repudia a liberação do consumo de drogas, temendo pelo futuro de suas famílias, por razões econômicas, financeiras e de saúde.

9. Sob o ângulo do dissenso social, **é eloquente a existência de dúvida ou dissenso razoável acerca da liberação do consumo de maconha**. Neste mesmo momento, o Congresso Nacional discute a possibilidade de uma Emenda à Constituição que acrescentaria dispositivo ao artigo 5º da Constituição, estabelecendo que *“a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”*. /

10. A ausência de amplo consenso sobre o tema exigida Corte

RE 635659 / SP

postura minimalista e de autocontenção judicial. Este é um caso que se encaixa perfeitamente nas preocupações do jurista Jeremy Waldron, no sentido de que o Judiciário deve exercer a autocontenção nos casos em que os cidadãos ou seus representantes eleitos equacionam entre si as divergências acerca dos direitos e das limitações fundamentais a todos aplicáveis. /

11. A questão é ainda mais grave quando, além do dissenso moral ou social, há fundado desacordo científico sobre o tema. /

12. Como é sabido, no Brasil, o art. 28 da Lei de Drogas tem natureza de **norma em branco**. /

13. Significa dizer que não é o Legislador, através da Lei 11.343/2006, quem especifica quais são as drogas cujo comércio e consumo deve ser submetido a um controle especial. **Deveras, a listagem das substâncias cujo consumo é proibido não provém do Congresso Nacional, mas da agência reguladora dotada da devida capacidade técnico-institucional para a matéria: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – a qual exerceu notável trabalho independente na época da trágica Pandemia.** /

14. O art. 28 da Lei 11.343/2006 tipifica a conduta de comprar drogas, para consumo próprio, **“sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”**. /

15. Compete à ANVISA, órgão técnico especializado em saúde pública, a exclusão ou inclusão de substâncias entorpecentes da norma regulamentadora, consubstanciada na Portaria nº 344/1998. /

16. No exercício desta atribuição, a ANVISA frequentemente atualiza a lista das várias substâncias submetidas a controle especial pela classe médica. Entre essas substâncias, **constam o THC e algumas formas químicas do canabidiol**. Portanto, na consideração daquela agência, dotada de capacidade institucional, trata-se de substâncias potencialmente causadora de efeitos deletérios à saúde humana. /

17. Vale ressaltar que, atualmente, a Portaria 344 da ANVISA **prevê a possibilidade de prescrição e manipulação, por médicos, de medicamentos alopáticos e homeopáticos à base de canabidiol**, desde

RE 635659 / SP

que registrados na própria Agência, conforme se extrai do art. 61, §1º, da referida norma. Confira-se o teor da regulação: /

Art. 61 As plantas da lista "E" (plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) e as substâncias da lista "F" (substâncias de uso proscrito no Brasil), deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, não poderão ser objeto de prescrição e manipulação de medicamentos alopáticos e homeopáticos. (Redação dada pela Resolução – RDC nº 66, de 18 de março de 2016)

§ 1º Excetua-se do disposto no caput:

I - a prescrição de medicamentos registrados na Anvisa que contenham em sua composição a planta Cannabis sp., suas partes ou substâncias obtidas a partir dela, incluindo o tetrahidrocannabinol (THC). (Redação dada pela Resolução – RDC nº 66, de 18 de março de 2016)

II - a prescrição de produtos que possuam as substâncias canabidiol e/ou tetrahidrocannabinol (THC), a serem importados em caráter de excepcionalidade por pessoa física, para uso próprio, para tratamento de saúde, mediante prescrição médica. (Redação dada pela Resolução – RDC nº 66, de 18 de março de 2016)

18. Considero, por essas razões, inadequado que o Judiciário, adotando **postura não deferente aos órgãos técnico-científicos detentores dos saberes sobre o tema**, tome para si a tarefa de fixar quais são as substâncias e as quantidades que os indivíduos devem ser autorizados a adquirir ou plantar, para consumo próprio. /

19. O dissenso científico sobre a matéria orienta a Corte a adotar postura minimalista, de não intervenção direta e de respeito às autoridades públicas competentes. /

20. Acrescento às importantíssimas contribuições já aportadas anteriormente a este Plenário, trecho da recente entrevista divulgada pelo Dr. Dráuzio Varella, com o psiquiatra Ricardo Laranjeira, acerca da **maconha**:

“o uso compulsivo hoje é maior do que era há 20, 30 anos, de acordo com as evidências, quanto mais cedo o indivíduo começa a usá-la, maior é a

RE 635659 / SP

possibilidade de tornar-se dependente .Considerando que garotos de 12, 13 anos, às vezes, até mais novos, estão usando maconha atualmente, o problema se agrava.

Além disso, as concentrações de THC (princípio ativo da maconha) aumentaram muito nos últimos tempos. Na década de 1960, andavam por volta de 0,5% e agora alcançam 5%. Portanto, a maconha de hoje é 10 vezes mais potente do que era naquela época. /

Diante disso, a Escola Paulista de Medicina sentiu a necessidade de montar um ambulatório só para atender os usuários de maconha e há uma lista de espera composta por adolescentes e jovens adultos desmotivados, que fumam seis, sete baseados por dia e não conseguem fazer outra coisa na vida. Isso não acontecia quando a concentração de THC era mais fraca e o acesso à droga mais restrito." /

21. O psiquiatra afirma, ainda, que tem sido frequente a necessidade de tratamento de jovens usuários de maconha que "Não estudam nem trabalham. Estão completamente desmotivados. É o que chamamos de síndrome motivacional. O nome é feio, mas pertinente". Além disso, Laranjeira afirma existir "uma relação complexa entre maconha e doenças mentais como psicose e depressão." Esta afetação da saúde mental tem sido confirmada por diversos estudos, um deles recentemente publicado no New York Time se divulgado pela Folha de São Paulo, segundo o qual "21% das pessoas no estudo tinham algum grau de transtorno por consumo de Cannabis (CUD na sigla em inglês), que os médicos caracterizam genericamente como um consumo problemático de maconha que provoca uma variedade de sintomas, como problemas sociais e ocupacionais recorrentes, indicando incapacidade e perturbação."

(b) – O DIREITO COMPARADO E O DIREITO BRASILEIRO

22. Experimentos legislativos modernos e avançados em diversas nações têm chamado a atenção de estudiosos do Direito Comparado e merecem a consideração da Academia Jurídica, do Poder Legislativo e das autoridades competentes, para decidir sobre o melhor desenho de política pública relacionada às drogas no Brasil.

RE 635659 / SP

23. As experiências estrangeiras revelam, a meu sentir, tratar-se de tema extremamente complexo, que demanda a atuação conjunta de diversos órgãos governamentais, **mediante regulação não apenas do consumo de determinada droga, mas também de como será o futuro mercado de vendas das substâncias entorpecentes que porventura venham a ter seu consumo liberado.**

24. Os países que são indicados como modelo de liberação do consumo de determinadas drogas optaram, **por seus respectivos Poderes Legislativos**, por realizar ampla regulação de toda a cadeia de produção, distribuição, venda e consumo.

25. Neste sentido, por exemplo, recentemente, **em 23 de fevereiro de 2024, o Bundestag, Poder Legislativo da Alemanha**, aprovou uma lei que legaliza parcialmente a venda, o cultivo e o consumo de uma quantidade determinada de maconha, por **maiores de 18 anos**. Foi prevista uma *vacatio legis*, para que a regra passe a valer em 1º de abril. Por esta lei, haverá permissão de cultivo e consumo exclusivamente para as pessoas **cadastradas como membros dos chamados “clubes de maconha”**, cada qual a ser integrado por, no máximo, 500 adultos, para fins de controle.

26. O objetivo da nova legislação, segundo declaração do ministro da Saúde alemão, o social-democrata Karl Lauterbach, **não é simplesmente assegurar o consumo de maconha, mas essencialmente “combater o mercado ilegal e o crime relacionado às drogas”, além de reduzir a quantidade de tráfico e diminuir o número de usuários**.

27. Da mesma maneira, nos Estados Unidos, alguns Estados-Membros, **por meio dos seus respectivos ÓRGÃOS LEGISLATIVOS – representativos, portanto, de decisão majoritária de seus cidadãos** – promoveram a liberação regulada tanto da venda quanto do consumo recreativo e/ou medicinal do canabidiol. Foram fixadas **regras para definição dos locais em que a venda e o consumo são permitidos.**

28. No Uruguai, o legislador **regulou toda a cadeia de cultivo, produção, distribuição e venda da maconha ao consumidor final, mediante controle do Governo, exigindo prévio cadastramento do**

RE 635659 / SP

usuário.

29. Portanto, **o redesenho de políticas públicas de drogas nos mais diversos país estem sido realizado não pelo Judiciário, mas sim pelo Legislativo.** É o caso, além dos países antes citados, também de Holanda, Portugal e Canadá, que passaram a regular o mercado de cultivo, produção, venda e consumo de quantidades limitadas de maconha para maiores de 18 anos.

(c) RISCOS DA LIBERAÇÃO SEM PRÉVIA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA

30. À luz das considerações anteriores, constata-se que a Lei 11.343/2006, ao manter como comportamento ilícito o porte de drogas para consumo próprio (art. 28), mediante sanções não prisionais, teve por finalidade, além da proteção do bem jurídico consubstanciado na saúde pública, também **coibir o mercado ilícito de venda de drogas** no nosso país, que fortalece a criminalidade organizada.

31. À luz das experiências estrangeiras, forçoso reconhecer que, **para se promover a legalização do consumo de maconha no Brasil, seria indispensável a prévia regulação, pelo legislador, do mercado de plantio, fornecimento e vendas da substância**, concomitantemente à atuação dos órgãos de expertise, como a ANVISA.

32. Uma declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sem a intervenção dos órgãos políticos incumbidos da tomada de decisões que envolvem saúde pública, segurança pública, combate ao crime organizado e o próprio mercado de venda e consumo, decerto irá **incrementar o poder do narcotráfico**, maior beneficiário do crescimento do consumo, – o qual, absolutamente, não pode ser descrito, nos dias de hoje, como integrado principalmente por pretos e pobres. O consumo de drogas, é importante que se diga, não tem classe nem cor.

33. Como é amplamente sabido, no Brasil, **as organizações criminosas são as detentoras do controle da cadeia de produção, distribuição, fornecimento e vendas de todas as drogas no nosso país.** A declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei

RE 635659 / SP

11.343/2006 em nada alteraria esse cenário; só tende a piorar – diante dos estudos que indicam, matematicamente, o **aumento vertiginoso do consumo nos países que optaram pela legalização**. Será, portanto, uma decisão que favorecerá o financiamento dos narcotraficantes, com consequências intergeracionais.

34. Nos países que regularam o consumo por meio do Poder Legislativo, foram estabelecidos os locais em que a venda será lícita, os limites quantitativos do consumo por cada cidadão, a necessidade de licenciamento dos locais de venda por órgãos controlados pelos respectivos Governos, a fixação do teor de cada substância oferecida a consumo e a idade mínima do consumidor. Como isso pode ser implementado por mera decisão judicial? /

35. Com todas as vênias das compreensões em contrário, entendo que a liberação do consumo de maconha, **sem a prévia atuação do legislador na regulação de quem serão os operadores deste mercado de venda de maconha**, terá efeitos potencialmente catastróficos para a nossa economia, a nossa sociedade e quiçá a própria higidez do nosso Estado de Direito.

36. Finalmente, a regulação da cadeia de cultivo, produção e comércio **de qualquer substância** voltada ao consumo humano (desde gêneros alimentícios até produtos cosméticos, passando por substâncias controladas) **é essencial para fins de preservação da saúde da população e dos consumidores**. /

38. Por todas estas razões, considero que a liberação do consumo de determinada quantidade de maconha, por decisão judicial, em tema que manifestamente refoge à sua capacidade institucional, revela-se temerária, em três aspectos: /

(i) no âmbito da proteção ao sistema público de saúde e de vigilância sanitária – pois o Supremo Tribunal Federal não detém conhecimentos técnicos para determinar o tipo e a quantidade de maconha cujo consumo é seguro para a saúde, podendo favorecer o consumo de maconha sem que haja um órgão competente para fazer o controle de qualidade sobre a sua composição – segundo a entrevista do psiquiatra Ricardo Laranjeira, o

RE 635659 / SP

teor de THC vem mudando ao longo do tempo, para causar cada vez mais dependência; /

(ii) quanto à proteção da saúde individual – declarar a inconstitucionalidade do art. 28 não contribui para a regulamentação médica dos limites máximos seguros de consumo individual, com atenção à idade e à saúde física e psíquica do consumidor, visando à proteção de pessoas vulneráveis; /

(iii) no segmento da segurança pública – a liberação da aquisição ou cultivo de maconha, em pequenas quantidades individuais, sem regulação prévia, pelo legislador, do mercado de vendas desta droga, salvo o que já é regulado pela ANVISA, propiciará às organizações criminosas dedicadas ao narcotráfico um incremento do seu mercado consumidor, além do potencial de fortalecer, financeiramente, a criminalidade, que parece cada vez menos temerosa da ação estatal mais capaz de promover um ambiente de terror, mesmo por meio de lideranças presas em estabelecimentos penais federais de segurança máxima – considerando o presídio exemplo do caso que estamos a julgar.

39. Por todas estas razões, resta evidente tratar-se de tema ainda não suficientemente maduro na sociedade, tampouco na comunidade científica. /

40. O razoável dissenso moral, social e científico sobre o tema, ausente violação expressa da Constituição, orienta no sentido do respeito às capacidades institucionais do Parlamento e da Agência Reguladora de Vigilância Sanitária (ANVISA). /

A NATUREZA DA INFRAÇÃO DEFINIDA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

41. Logo após a edição da Lei 11.343/2006, a doutrina passou a discutir a conduta definida no art. 28, tendo em vista a ausência de pena de prisão para o usuário. /

42. O debate se ancorava no texto do art. 1º do Decreto-Lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941, denominada “Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais”. Nos termos daquele

RE 635659 / SP

dispositivo, “*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”. /

43. Parte dos autores passou a defender que o art. 28, posto não impor pena de reclusão, de detenção nem de multa, não teria natureza de crime nem contravenção, pois tampouco fora imposta pena de prisão simples ou de multa. Alguns doutrinadores defenderam tratar-se de infração *sui generis*, um *tertium genus*.

45. Esta Corte, desde a primeira oportunidade em que analisou o tema da natureza do art. 28 da Lei 11.343/2006, concluiu ter ele promovido uma política de despenalização ou “desprisionalização” do consumo.

46. Neste sentido, cito o precedente da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no RE 430105-QO, julgado em 13 de fevereiro de 2007, pouco depois da publicação da Lei 11.343/2006:

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a

RE 635659 / SP

previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. **Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.** 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(RE 430105 QO, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13-02-2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

48. Ao mesmo tempo, a Lei 11.343/2006 prevê, no art. 48, que são aplicáveis, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal a todos os ilícitos nela previstos, atribuindo aos Juizados Especiais Criminais a competência para o processo e julgamento das condutas previstas no art. 28 (art. 48, §1º), **vedada a prisão em flagrante (§2º).**

49. De qualquer maneira, a par de não restarem dúvidas de que o legislador decidiu manter a natureza ilícita das condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, **a disputa conceitual perde relevância prática, uma vez reconhecida a constitucionalidade do preceito primário e do secundário do art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como da previsão de que os órgãos competentes para seu processo e julgamento são os Juizados Especiais Criminais.** O legislador estabeleceu, assim, normas processuais e administrativas capazes de oferecer resposta suficiente, razoável e proporcional à conduta prevista no art. 28, a qual, embora não criminosa,

RE 635659 / SP

permanece ilícita

Volto ao Caso Concreto

50. *In casu*, trata-se de **posse de drogas por um detento**, que guardava em sua cela –dividida com outros 33 detentos –certa quantidade de maconha.

51. Extrai-se dos autos que o ora Recorrente foi condenado pelo crime de **posse de drogas** para consumo próprio, encontrada em seu poder, **no interior da cela do presídio de Diadema/SP** (fls. 35), onde se encontrava preso **pela prática de crimes de roubo qualificado e uso de documento falso**, à pena de reclusão, 11 anos, 6 meses e 16 dias, no regime inicial fechado (fls. 97).

52. Este caso corrobora outra passagem da anteriormente citada entrevista do Dr. Dráuzio Varella com o médico psiquiatra Ricardo Laranjeira.

53. Disse o Dr. Dráuzio: “No Carandiru, minha experiência mostra que **há quem fume um baseado a cada 30 minutos**. Uma droga que exija tal frequência de consumo não pode ser considerada leve, não é verdade?”

54. Em sua resposta, Ronaldo Laranjeira afirmou: “**Infelizmente, não existem drogas leves, se produzirem estímulo no sistema de recompensa cerebral. Em geral, as pessoas perguntam: mas se a droga dá prazer, qual é o problema? O problema é que ela não mexe apenas na área do prazer. Mexe também em outras áreas e o cérebro fica alterado. Diante de uma fonte artificial de prazer, ele reage de modo impróprio. Se existe a possibilidade de prazer imediato, por que investir em outro que demande maior esforço e empenho? A droga perverte o repertório de busca de prazer e empobrece a pessoa. Comer, conversar, estabelecer relacionamentos afetivos, trabalharsão fontes de prazer que valorizamos, mas não são imediatas. No ambulatório da Escola Paulista de Medicina que atende usuários de maconha, pude notar que há dois grupos distintos. Um é constituído por jovens que perderam o interesse por tudo o que faziam. Não estudam nem trabalham. Estão completamente desmotivados. O outro grupo é formado por pessoas nas quais se estabelece uma relação complexa entre maconha**

RE 635659 / SP

e doenças mentais como psicose e depressão. Não se sabe se a maconha produz a doença mental. O que se sabe é que ela piora os sintomas de qualquer uma delas, seja ansiedade ou esquizofrenia.

55. Note-se, portanto, a clientela que o tráfico pode obter no interior de estabelecimentos prisionais, uma vez liberado o porte para consumo pessoal. Se prende-se mal, a solução não é a liberação geral, mas a adequação da polícia à realidade social.

DISPOSITIVO

56. Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso extraordinário e, para fins de tese de repercussão geral, fixo que, para os fins do art. 28 da Lei 11.343/2006, a definição da lista de substâncias submetidas a controle especial compete à ANVISA, considerando que o legislador já despenalizou a conduta e converteu-a em mera infração, não em crime, tendo em vista os termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941).

57. Em consequência, não acompanho, com todas as vênias, a tese proposta. Considero que o Poder Judiciário **não detém capacidade institucional para fixar o parâmetro quantitativo objetivo (gramagem ou gramatura)**, cabendo ao Poder Legislativo promover referida delimitação.

58. Por conseguinte, deve ser mantido o dispositivo, por oferecer resposta suficiente, razoável e proporcional à conduta, que não admite prisão em flagrante, mas permanece ilícita.

59. **É como voto.**

{1} Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

RE 635659 / SP

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[2] The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* Vol. 115 (6), 2006, p. 1.346/1.406.

[3]Disponívelem:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/02/alemanha-descriminaliza-posse-e-uso-de-maconha.shtmlA%20de>

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Luiz Fux, que defendeu, com grande categoria, qualidade e profundidade, uma posição divergente, mas extremamente respeitável e compreensível nessa matéria tão delicada. Apenas registro: não estamos liberando; estamos tentando disciplinar a ilicitude de uma forma específica. A posição de Vossa Excelência é muito compreensível, porque, como disse, essa é uma matéria divisível em todo o mundo e não é fácil; não por outra razão estamos há anos tentando amadurecer essa questão.

Muito obrigado pela colaboração verdadeiramente valiosa e rica de Vossa Excelência!

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : VIVA RIO
AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

RE 635659 / SP

ADV.(A/S) :CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO
ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) :DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA

ADV.(A/S) :PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) :ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) :CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

ADV.(A/S) :ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI

AM. CURIAE. :GROWROOM.NET

ADV.(A/S) :ROGÉRIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) :VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) :MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS

ADV.(A/S) :PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305

ADV.(A/S) :ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

AM. CURIAE. :INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) :LEVI RESENDE LOPES

ADV.(A/S) :RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509

RE 635659 / SP

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) :ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA

VOTO VOGAL

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Este recurso extraordinário, interposto com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição brasileiro, tem como objeto o acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da comarca de Diadema/SP, pelo qual desprovido recurso, mantendo-se decisão de primeiro grau, na qual afastada a tese de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 13.343/2006.

Foi reconhecida a repercussão geral da questão nele posta, afirmando o Plenário dever ser julgada a validade constitucional, ou não, do que naquela norma se põe e na qual se define para *"adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar"*, a sujeição às seguintes penas: *"I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo."*

Na norma questionada, submete-se às mesmas medidas: *"quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica"* (§ 1º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

O recorrente afirma que a criminalização da posse de drogas para

RE 635659 / SP

consumo pessoal desatenderia o inc. X do art. 5º da Constituição da República. Nele se prevê que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado à direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente sua violação"*.

O recorrente afirma que o dispositivo constitucional apontado protege as escolhas dos indivíduos no espaço privado, quando não se adotem condutas ofensivas a terceiros. Daí decorreria que determinado fato somente poderia ser, legitimamente, definido como crime se dele sobrevierem lesões a terceiros, o que não se daria em caso de porte de droga para uso pessoal.

Sublinha que as condutas descritas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 estariam circunscritos à vida privada do agente, pelo que não se poderia caracterizar a lesividade apta a justificar a tipificação como crime na forma da norma impugnada.

Pede o provimento do recurso extraordinário, para absolver o recorrente com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, por afronta ao direito à intimidade e à vida privada (inc. X do art. 5º da Constituição).

2. Em 8.12.2011, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa à tipicidade do porte de droga para consumo pessoal (Tema 506), nos termos seguintes:

"Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida."

3. Na assentada de 20.8.2015, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, proferiu voto no sentido do provimento do recurso extraordinário para: a) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, dele afastando qualquer efeito de natureza penal,

RE 635659 / SP

permanecendo a aplicabilidade das medidas civis e administrativas nele previstas; *b*) conferir interpretação conforme à Constituição aos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se da conduta prevista no art. 28, o autor do fato será apenas notificado para comparecer em juízo; *c*) conferir interpretação conforme ao *caput* do art. 50 da Lei n. 11.343/2006, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico, o preso deve ser imediatamente apresentado ao juiz; *d*) absolver o acusado, por atipicidade da conduta; *e*) determinar providências ao Conselho Nacional de Justiça.

O Ministro Edson Fachin pediu vista.

Em 10.9.2015, o Ministro Edson Fachin proferiu voto pelo parcial provimento do recurso extraordinário para: *a*) declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sem redução de texto, específica para a situação como se deu no caso concreto (uso de maconha); *b*) manter, nos termos da legislação, a proibição do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; *c*) manter a tipificação criminal da produção e comercialização da maconha e, ao mesmo tempo, declarar a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação, até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa; *d*) declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas para diferenciar o usuário do traficante e determinar aos órgãos do Executivo que exerçam suas competências e emitam, até que sobrevenha legislação, no prazo de noventa dias, provisórios parâmetros diferenciadores e indicativos para serem considerados pelo juiz no caso concreto; *e*) absolver o acusado por atipicidade de conduta; *f*) a criação de observatório judicial sobre drogas neste Supremo Tribunal, na forma de comissão temporária.

O Ministro Luís Roberto Barroso prolatou voto no sentido do provimento do recurso extraordinário, sugerindo a seguinte tese:

“É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas

RE 635659 / SP

para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores”.

O saudoso Ministro Teori Zavascki pediu vista. Sendo seu substituto, o Ministro Alexandre de Moraes devolveu a vista em 23.11.2018.

Em 2.8.2023, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu voto, dando provimento ao recurso extraordinário e apresentando a seguinte tese:

“1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente ‘maconha’, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior;

3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes;

4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores a fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira

RE 635659 / SP

fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionado, a diversidade de entorpecentes, a apreensões de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega 'delivery'); locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do Em tráfico;

5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores a faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário”.

Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, reajustou seu voto para restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativas à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*) e para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até sessenta gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia.

Os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques negaram provimento ao recurso extraordinário, assentando a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

O Ministro Dias Toffoli proferiu voto-vista, no qual negou provimento ao recurso e propôs a seguinte tese de julgamento:

“a) reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006;

RE 635659 / SP

b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais;

c) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, formulem e efetivem uma política pública de drogas, conforme previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, interinstitucional, multidisciplinar, baseada em evidências científicas, a qual deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de cannabis e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral ao usuário e dependentes;

d) Determinar que a política pública referida no item 'c' envolva todos os órgãos federais com atuação nas áreas de saúde (Ministério da Saúde e ANVISA), educação (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação), trabalho e emprego (Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho), segurança pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos), dentre outros cuja temática necessariamente deva permear a política nacional de drogas como condição para a sua efetividade e eficácia;

e) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários; e

f) Propor que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo”.

4. O objeto específico posto no presente recurso relaciona-se ao reconhecimento, ou não, de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

RE 635659 / SP

A edição da Lei n. 11.343/2006 trouxe inegável transformação no arcabouço legal, no qual fundamentada a política de enfrentamento às drogas no Brasil. Distinguiu-se, então, a prevenção do uso e o tratamento do usuário, cuidou-se da competência dos órgãos de saúde e da repressão ao tráfico e das atribuições dos órgãos de segurança pública.

Pela criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), objetivou-se articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com *a)* a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; *b)* a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Para Renato Brasileiro de Lima, “o art. 1º da Lei nº 11.343/06 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas” (*Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. rev., Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 1019).

Na Lei n. 6.368/1976, cominava-se, ao crime de aquisição, guarda ou porte de entorpecentes para uso próprio, pena de detenção seis a dois anos e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa:

“Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”.

No art. 28 da Lei n. 11.343/2006, exclui-se a possibilidade de pessoa condenada por posse de drogas para consumo próprio cumprir pena privativa de liberdade por esse delito. No lugar da pena privativa de liberdade antes cominada, foram previstas as penas de *a)* advertência sobre os efeitos das drogas; *b)* prestação de serviços à comunidade; *c)* medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

RE 635659 / SP

Tem-se no dispositivo legal em questão:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

RE 635659 / SP

5. O novo tratamento legal conferido ao uso de drogas levou parte da doutrina a defender que a Lei n. 11.343/2006 teria descriminalizado formalmente essa conduta. Assim, por exemplo:

“Em relação ao usuário e/ou dependente de drogas qual é a natureza da decisão político-criminal adotada (no art. 28) pelo legislador de 2006: houve descriminalização, legalização ou despenalização da posse de droga para consumo pessoal? A resposta que prontamente devemos dar reside na primeira alternativa (descriminalização ‘formal’, que ocorre quando o fato deixa de ser crime, mas continua dentro do direito penal). A posse de droga para consumo pessoal, de acordo com nossa opinião, deixou de ser ‘crime’, no sentido técnico – lamentavelmente, como veremos logo abaixo, não foi essa a posição adotada pelo STF.

A conduta descrita no art. 28, para nós, continua sendo ilícita (uma infração, aliás, uma infração penal sui generis). Tecnicamente, de acordo com nosso ponto de vista, isso significa que houve tão somente a descriminalização ‘formal’, não concomitantemente a legalização da posse de droga para consumo pessoal.

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente ‘crime’, mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito) – essa é a posição de L.F. Gomes. A conduta descrita no art. 28 da nova lei continua sendo ilícita (mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar). Houve descriminalização ‘formal’, ou seja, a infração já não pode ser considerada ‘crime’ (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o art. 28 retrata mais uma hipótese de despenalização. Descriminalização ‘formal’ e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da Lei de Drogas (houve um processo misto). (...)

A Lei 11.343/2006 (art. 28), de acordo com a opinião de L. F. Gomes, aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado ‘crime’ (embora continue sendo um ilícito sui generis, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização ‘formal’, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial).

RE 635659 / SP

O fundamento do que acaba de ser dito é o seguinte: por força da Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º), ‘considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente’ (cf. Dec.-lei 3.914/1941).

Ora, se legalmente – no Brasil – ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada, cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser ‘crime’ do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).

Em outras palavras: a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal (...). Retirou-lhe a etiqueta de ‘crime’ porque de modo algum permite a pena de prisão. O usuário já não pode ser chamado de ‘criminoso’. Ele é autor de um ilícito, ou seja, a posse da droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de ‘criminoso’. Do contrário, cai por terra toda a preocupação preventiva e não punitivista da lei, em relação ao usuário. O fato de a própria lei ter intitulado o capítulo III, do Título III, como ‘dos crimes e das penas’ não impede a conclusão acima exposta porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico. Ele também fala em crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950 e aí não existe nenhum crime. Se o agente não aceitar transação penal e, no final, for condenado, essa condenação vale para o efeito da reincidência e dos antecedentes criminais. De qualquer maneira é certo que, se a reincidência versar sobre uso de drogas, cabe transação penal em favor do usuário.

Infração sui generis: diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração sui generis (...). Não se trata de ‘crime’

RE 635659 / SP

nem de 'contravenção penal' porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, sui generis. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos Juizados Especiais ou da Vara especializada). Assim, não é 'crime', não é 'contravenção' e tampouco é um 'ilícito administrativo': é um ilícito sui generis. (...)' (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de drogas comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico).

Essa tese minoritária, entretanto, foi rejeitada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 430.105 (DJe 27.4.2007), na qual se decidiu que a Lei n. 11.343/2006 não descriminalizou a posse de drogas para consumo pessoal, tendo promovido sua despenalização, pelo que condenação anterior por esse delito poderia inclusive gerar reincidência:

"I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo 'igor técnico', que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas', só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

RE 635659 / SP

3. Ao uso da expressão 'reincidência', também não se pode emprestar um sentido 'popular', especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado" (RE n. 430.105-QO, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 27.4.2007).

Essa cognição foi reafirmada em outros precedentes deste Supremo Tribunal:

"ENTORPECENTE – POSSE – ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – DESCRIMINALIZAÇÃO – AUSÊNCIA. Apesar de despenalizado o crime, não houve a descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal – artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. RECURSO – VOLUNTARIEDADE. A protocolação de recurso submete-se à voluntariedade" (RHC n. 121.584, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 6.11.2020).

"'HABEAS CORPUS' – POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL (LEI Nº 11.343/2006, ART. 28) – INOCORRÊNCIA DE 'ABOLITIO CRIMINIS' – SIMPLES MEDIDA DE 'DESPENALIZAÇÃO' DESSA CONDOTA – NATUREZA

RE 635659 / SP

JURÍDICA DE CRIME MANTIDA – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR DELITO DESSA NATUREZA COMO CIRCUNSTÂNCIA CAPAZ DE PRODUZIR REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (HC n. 148.484-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24.4.2019).

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria Criminal. Prequestionamento. Ofensa reflexa. Precedentes. Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 de Lei nº 11.343/06): natureza jurídica de crime. Precedentes.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.

2. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional.

3. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a conduta de portar droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não perdeu seu caráter criminoso.

4. Agravo regimental não provido” (AI n. 741.072-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 25.5.2011).

6. A caracterização do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 como tipo penal na jurisprudência deste Supremo Tribunal levou, por exemplo, ao reconhecimento da caracterização da posse de drogas para consumo próprio durante a execução penal como falta grave. Nesse sentido, por exemplo:

“Agravo regimental em habeas corpus. Alegação de nulidade da homologação da falta grave sem prévia audiência. Inovação de argumentos no agravo regimental. Inadmissibilidade. Precedentes. Execução penal. Porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06). Configuração de falta grave. Regimental não provido” (HC n. 139.071-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 5.9.2018).

RE 635659 / SP

7. Tem-se por evidenciado que a iniciativa do legislador de afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa pela posse de drogas para consumo próprio não foi suficiente para afastar a inserção do usuário de drogas no sistema de persecução penal.

Destaque-se, como afirmado pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, prolatado na sessão do dia 2.8.2023, que o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 foi introduzido no sistema para melhorar a situação do usuário. Entretanto, na aplicação da lei, os órgãos e agentes do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público, Judiciário) deram interpretação mais rigorosa para esse dispositivo, invertendo a finalidade daquela Lei e fazendo prevalecer a cultura da criminalização e maior penalização para essa conduta.

Nesse aspecto, ressalte-se que a qualificação similar dada ao usuário e ao traficante foi afastada pelo legislador, tendo sido afirmado nos debates havidos no Congresso Nacional que o tratamento a ser conferido ao usuário não poderia ser o mesmo dado àquele que comete algum crime. Tem-se, por exemplo, no parecer do Relator do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 7.134 na Câmara dos Deputados:

"Um dos temas de maior premência é a questão do uso indevido e do tráfico ilícito de drogas.

A maior parte dos dispositivos que regulam as atividades de redução da demanda e da oferta de drogas no Brasil datam de 1976 – Lei n° 6.368, de 1976 –, nada obstante tenham ocorrido alterações em seu texto original, introduzidas pela Lei n° 10.409, de 2002. A legislação brasileira sobre drogas constitui-se, portanto, em documento elaborado há mais de vinte e cinco anos, em uma realidade diversa dos momentos atuais, nos aspectos políticos, culturais, econômicos e sociais do País, em especial no que se refere à garantia de direitos dos cidadãos brasileiros.

Nesses quase trinta anos que se passaram, o avanço do conhecimento científico, aliado aos novos contornos assumidos pelo

RE 635659 / SP

fenômeno da droga, nos cenários nacional e mundial, tornaram ultrapassados os conceitos e métodos utilizados na abordagem do tema. De uma visão meramente médico-policia, o uso indevido e o tráfico ilícito de drogas passaram a ser tratados como questões de alta complexidade, relacionadas à saúde pública, à segurança e ao bem-estar social.

O texto da Lei nº 6.368, de 1976, guarda anacronismos e conceitos controversos, quando confrontados com o momento político-social do País, em que a sociedade é conclamada a compartilhar, com o Estado, a responsabilidade pelas políticas sociais e a atuar na plena observância dos direitos essenciais da pessoa.

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei 6.368, 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.

Embora com intenção de atualizar a Lei nº 6.368, de 1976, o Projeto de Lei que resultou na Lei nº 10.409, de 2002, pretendeu introduzir a compulsoriedade de tratamento para usuários ou dependentes de drogas – embora tenha sido vetado o dispositivo. A mesma medida foi repetida pelo PL 7134/02, aprovado pelo Senado. A pretensão, simultaneamente, desrespeitaria (1) o princípio da Constituição Federal que estabelece a garantia de liberdade individual e (2) as recomendações da área científica quanto à importância do prévio diagnóstico do usuário para constatar a necessidade de tratamento e da obtenção do seu consentimento para a efetividade da atenção à sua saúde.

Além disso, vale comentar que ambos os textos pecam em questões de menor relevância, mas que abrem lacunas em sua aplicação. Em primeiro lugar, fazem referência à estruturação sistêmica da ação do Governo, sem estabelecer princípios e orientações básicos que reflitam os anseios sociais. Além disso, estabelece

RE 635659 / SP

obrigações que, por sua natureza, podem ser arguidas quanto à sua inconstitucionalidade, como é o caso do seu Artigo 1º.

Podem ser mencionados equívocos conceituais e metodológicos, tais como a consideração de terminologias ultrapassadas e em desuso. É o caso da classificação das drogas como entorpecentes – que, na verdade, é apenas um dos tipos de drogas –, a utilização de palavras de cunho negativo como ‘antidrogas’ e a junção inconcebível de aspectos diversos, como prevenção, tratamento e erradicação em um único capítulo.

Nada obstante o Substitutivo ao Projeto de Lei 7.134, de 2002, adotado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico, refletir o meritório anseio desta douta Casa de reparar os equívocos da legislação sobre drogas vigente, a análise acurada do texto deixa transparecer a reincidência dos problemas anteriormente detectados, agravados por disposições de questionável constitucionalidade, como é o caso do artigo 2º, que estabelece que ‘é dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, com domicílio ou sede no país, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevido de substâncias, produtos ou drogas consideradas ilícitos que causem dependência física ou psíquica’, com suspensão de auxílios e subvenções em caso de descumprimento.

Sendo assim, encaminho novo Substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.134, 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 possibilidades concretas de ser implementada.

A proposta que apresento a esta Casa está alinhada aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, com destaque para as Convenções das Nações Unidas, respeita a Carta Magna do País e, acima de tudo, resguarda os direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, procuramos, no 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.

RE 635659 / SP

de caráter repressivo, melhorando, no entanto, a redação de alguns dispositivos que não estavam de acordo com o sistema de penas brasileiro”.

No mesmo sentido, consta no parecer do Relator no Senado Federal:

“O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer”.

8. A natureza criminal da conduta, reafirmada em precedente deste Supremo Tribunal, atrai a ação dos órgãos de persecução penal do Estado, tornando complexa a tarefa de distinguir a posse para uso próprio da posse de pequena quantidade destinada ao tráfico ilícito.

Pelo § 2º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, conferiu-se tão alargada discricionariedade aos aplicadores da norma (mais próxima de espaço de arbítrio), que permitiu a prevalência de compreensão e aplicação que piora a situação do usuário de drogas, passando de usuário a pequeno traficante. Introduziu-se, assim, espaço para o arbítrio do investigador ou julgador, o que é incompatível com os princípios do Estado de Direito, mais ainda quando se cuida de matéria penal.

Quanto à desconstituição da presunção relativa, não basta a autoridade policial e a acusação fazerem menção a objetos aleatórios, tais como celular, tesoura ou depósitos plásticos, facilmente encontrados em

RE 635659 / SP

qualquer residência do País. Note-se que mesmo a forma de acondicionamento é questão a ser analisada com cautela e justificativa específica, pois, de forma isolada, pode representar simplesmente que o usuário adquiriu o entorpecente daquela maneira e não a desfez antes de seu consumo.

Não é incomum que a condenação por tráfico de drogas esteja cercada de presunções, não de provas concretas, como a Constituição da República exige. Nesse contexto, é de se observar maior cautela na fixação de tese que não abra espaço para que, a partir do encontro de quaisquer dos objetos mencionados pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, afaste-se a presunção relativa para o quadro de que aqui se cuida. É preciso que o julgador indique, com fundamentos concretos e relacionados ao caso em análise, o motivo pelo qual a presença daquele objeto caracterizaria a prática de tráfico, e não posse para consumo pessoal.

Este Supremo Tribunal, há tempos examina casos em que pessoas que portavam pequenas quantidades de drogas ilícitas foram condenadas como traficantes de drogas a penas privativas de liberdade, sem comprovação suficiente da destinação dos entorpecentes à mercancia. Assim, por exemplo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE TENDO EM VISTA O CUMPRIMENTO DE MEDIDA MAIS SEVERA DO QUE A PENA APLICÁVEL À CONDUTA RECLASSIFICADA. PLEITO PELA RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (RHC n. 205.077-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 20.9.2021).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.

RE 635659 / SP

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECER A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (HC n. 187.266-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 31.8.2020).

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE ÍNFIMA DE ENTORPECENTES (8,3 GRAMAS). DENÚNCIA POR TRÁFICO. CONDUTA QUE NÃO SE ADEQUA AO TIPO PENAL DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. EXISTÊNCIA DE FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM O DEPÓSITO PARA CONSUMO PESSOAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO JUSTIFICADA PELA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. (...)

II – Preso em flagrante, teve prisão posteriormente convertida em preventiva, por guardar em sua residência, 8 gramas de crack e 0,3 gramas de cocaína. Conduta que se assemelha ao tipo penal de consumo pessoal e não do tráfico de drogas.

III – O trancamento da ação penal em habeas corpus só é justificável diante da ocorrência de situações de ilegalidade ou teratologia, tais como aquelas constantes do art. 395 do Código de Processo Penal: (i) a denúncia for manifestamente inepta; (ii) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; (iii) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

IV – Ordem concedida para trancar a ação penal e conceder a liberdade ao paciente, salvo se estiver preso por outro motivo” (HC n. 138.565, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 3.8.2017).

Em sentido semelhante, foi o que decidi no *Habeas Corpus* n. 163.730, ao conceder a ordem e restabelecer a sentença pela qual havia sido rejeitada a denúncia formulada contra paciente que “*ter[ia] supostamente*

RE 635659 / SP

importado onze sementes da planta cannabis sativa de uma empresa holandesa”. Naquela assentada, realcei que “a Segunda Turma deste Supremo Tribunal assentou a atipicidade da conduta de importar pequena quantidade de sementes de cannabis sativa para consumo próprio”.

9. Além da relativa ineficácia do previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 na promoção da despenalização do tratamento conferido ao usuário de drogas, a constitucionalidade mesma da criminalização da posse de entorpecentes para consumo próprio deve ser examinada por este Supremo Tribunal.

Pelo princípio da alteridade, a tipificação penal de determinada conduta pressupõe lesão a bem jurídico alheio. A autolesão não pode configurar fato típico, e a conduta que prejudique apenas a saúde do próprio agente não pode ser criminalizada.

Conforme anota Rogério Sanches Cunha, o princípio da alteridade *“se fundamenta na impossibilidade de que alguém seja penalmente responsabilizado por fato que não ultrapasse sua esfera particular, ou seja, que não cause danos a terceiros”* (Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 114-115).

10. Nessa linha, ao julgar caso envolvendo o art. 16 da Lei n. 6.368/1976 (equivalente ao atual art. 28 da Lei n. 11.343/2006), a Primeira Turma deste Supremo Tribunal enfatizou que o mero consumo de entorpecentes não configurava aquele tipo penal:

“De minha parte, tendo a filiar-me aos que reputam não realizado o tipo do art. 16 da Lei de Entorpecente na conduta de quem, recebendo a droga, incontinenti, a consome, de modo a sequer em abstrato gerar o risco de que o faça outrem: parto de ser a figura típica cogitada um delito contra a saúde pública, que se insere entre os ‘crimes contra a incolumidade pública’, é dizer – na lição do mestre Hungria (Comentários, 2ª ed., IX/9) – entre aqueles que ‘acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado número de

RE 635659 / SP

peças ou coisas'. (...)

'Como observou Vicente Greco Filho (in Tóxicos, Saraiva, 1977, p. 99)' – prossegue o aresto – 'a lei não pune e não punia o vício em si mesmo porque não tipifica a conduta de 'usar'. O que o legislador sanciona é a aquisição, guarda ou porte de entorpecentes para uso próprio, por entender que 'o viciado quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos'. No entanto, a partir do momento em que a consome, lesiona a si próprio e sua conduta não representa mais uma perigo social'' Lei n. 11.343/2006. Qualquer destinação dada à droga pelo agente que não o consumo próprio atrairá a incidência de outro tipo penal da Lei n. 11.343/2006, como o tráfico de drogas, descaracterizando a posse para uso próprio.

Os demais tipos penais previstos na Lei n. 11.343/2006, portanto, são suficientes para promover a tutela da saúde pública, evidenciando a desproporcionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo próprio prevista no art. 28 daquele diploma legal.

É certo que, em tese, a droga possuída pelo agente pode ser extraviada ou subtraída por terceiros e, então, atingir a saúde de outrem. Trata-se, entretanto, de risco que pode ser suficientemente coibido pela caracterização da conduta de posse de drogas para consumo próprio como ilícito civil ou administrativo.

A criminalização da posse de drogas – e atendo-me ao que é posto para exame neste caso, a dizer, a maconha - para consumo próprio, com as consequências para a saúde do usuário que daí advém, contraria os princípios da proporcionalidade, da necessidade e da intervenção mínima, mostrando-se desarmônica com a Constituição da República.

12. Cumpre ressaltar a competência deste Supremo Tribunal para dotar de efetividade normas constitucionais e legais, à luz do que se dispõe na Constituição da República.

RE 635659 / SP

Demonstrada a existência de norma constitucional garantidora dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania que tenham o exercício inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, pode este Supremo Tribunal fixar parâmetros objetivos ou determinar a aplicação de norma existente, até que o legislador supra a omissão inconstitucional, sem que se configure usurpação de competência específica do Poder Legislativo. Nesse sentido, por exemplo:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que

RE 635659 / SP

o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero” (MI n. 4.733, Relator o Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 29.9.2020, grifos nossos).

Na espécie, a ausência de critérios objetivos para se diferenciar usuário de traficante importa descumprimento do princípio da igualdade e da norma posta no inc. XXXIX do art. 5º da Constituição da República, a qual dispõe que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

A distinção entre os agentes que adquirem, guardam, têm em depósito, transportam ou trazem consigo maconha e aqueles que praticam a conduta prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes) foi feita pelo Congresso Nacional.

O que se colocam em exame nos autos é a validade de interpretação judicial e a aplicação das normas que não apenas não garantem a distinção feita pelo legislador nem asseguram que para iguais comportamentos se adotem idênticas medidas judiciais, permitindo-se exame policial e judicial arbitrários, motivados pelos preconceitos dos agentes estais, desigualando pessoas com enquadramento e consequências jurídico-penais diversas para situações iguais.

13. Mostra-se adequada e suficiente, assim, a proposta do Ministro Relator de reconhecer a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, nos termos da tese fixada pelo Ministro Alexandre Moraes, na sessão de 2.8.2023. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que os dados apresentados confirmam o que se tinha por intuição, inclusive quanto à discriminação das pessoas que são presas por tráfico de drogas:

“Conforme o citado estudo da Associação brasileira de

RE 635659 / SP

Jurimetria, as medianas das quantidades de drogas tipificadas como tráfico por grau de instrução variam consideravelmente no caso da apreensão de maconha.

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

De igual forma, tenho dever-se conferir interpretação conforme à Constituição aos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se da conduta prevista no art. 28, o autor do fato será apenas notificado para comparecer em juízo, podendo a ele ser imposto o dever de frequentar curso ou programa educativo.

14. Impõe-se, assim, na minha compreensão, seja reconhecida ao Congresso Nacional e também aos órgãos do Poder Executivo a competência para a definição de critérios sobre o uso de drogas em geral, a explicitação legal dos critérios necessários para que se objetive o grau de ilicitude do produto e o critério distintivo do que deve ser uso e o que não pode ser assim considerado.

Retira-se, em princípio, do órgão policial ou do judicial o arbítrio que prospera grandemente para avaliar-se, segundo preconceitos em relação à pessoa abordada, investigada ou processada, cada caso submetido à atuação do Estado.

É competência do legislador em primeiro lugar e mesmo de órgãos do Poder Executivo nacional definir os critérios necessários a que a norma

RE 635659 / SP

penal posta no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 produza seus efeitos atendidos seus fins.

Entretanto, considerados o período estendido desde o advento daquela norma e os efeitos produzidos no sentido oposto ao pretendido pelo legislador, sendo submetida a matéria a este Supremo Tribunal, com base na competência constitucional afirmada (al. *a* do inc. III do art. 102), há que se assegurar a eficácia plena dessa atribuição constitucional, conforme ampla e consolidada jurisprudência.

Assim é que, evitando “buracos negros” no cumprimento constitucional, o constituinte de 1987/1988 estabeleceu competências do Supremo Tribunal Federal para prover omissões ou lacunas impeditivas da eficácia plena dos princípios e das regras constitucionais, não apenas previsto o instrumento do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão a permitir a atuação provisória deste Supremo Tribunal integrando norma até que se tenha a atuação definidora legalmente de direito inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

Na espécie em apreço, como antes mencionado, é direito fundamental de todo jurisdicionado saber previamente das consequências possíveis de seus atos, incluídos, e principalmente, os que possam acarretar consequências jurídico-penais e aqueles que possam receber dos órgãos estatais, de investigação, processamento e julgamento igual tratamento a todos os outros em igualdade de situação.

A ausência de norma definidora de critérios objetivos qualificadores de usuário de maconha a distingui-lo do traficante é gravosa ao jurisdicionado e impõe, no caso em exame, resposta judicial integradora da norma posta no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, até que se tenha a atuação definitiva e definidora dos órgãos de competência primária para o cuidado do caso, a saber, do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

RE 635659 / SP

15. No caso em exame, consta que o recorrente, então custodiado no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, foi condenado pela prática do crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 à pena de dois meses de prestação de serviços à comunidade por ter sido flagrado com a posse de um invólucro de maconha de três gramas.

Constatada a destinação da droga para consumo próprio, incabível a condenação criminal do recorrente.

16. Pelo exposto, **voto no sentido de prover parcialmente o recurso para absolver o recorrente pela atipicidade da conduta e, quanto ao tema reconhecido de repercussão geral, declarar:**

a) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, para afirmar não se considerar penalmente típico adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo maconha, para consumo pessoal, enquanto ausentes parâmetros legais ou regulamentares distintivos de usuário e traficante, como se deu no caso concreto, observado o item b;

b) até que sobrevenha legislação ou regulamentação dos órgãos competentes especificando as quantidades mínimas distintivas de usuário e traficante, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, o juiz presumirá usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, quantidade entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dada aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, podendo essa presunção relativa ser afastada, mesmo quando a quantidade de maconha for inferior àquela fixada, quando comprovado não se cuidar de posse para uso por outros elementos objetivamente caracterizadores de tráfico de entorpecentes.

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, já que Vossa Excelência vai encerrar, poderia utilizar rapidamente a palavra?

Todas as premissas que assentei aqui, considerando constitucional o art. 28, são no sentido de que as previsões de sanções do art. 28 são constitucionais. Entretanto, Senhor Presidente, não considero crime o art. 28. Considero que o artigo é constitucional porque, conforme o legislador tratou a matéria, ele não impôs penas inerentes à criminalização do porte, do uso. Considero constitucional por isso. Pergunto: quem declara inconstitucional, afasta do mundo jurídico o art. 28?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É sem redução de texto, Ministro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Há dois pontos de vista que convergem para o mesmo resultado. Há os que interpretam conforme a Constituição para dizer que não pode ser tratado como crime, portanto declaram inconstitucional sem redução de texto. E há os que consideram, como o Ministro Toffoli e Vossa Excelência, que a interpretação correta, independentemente de interpretação conforme, é de que já não se trata mais de crime. Há um consenso, há uma maioria clara, portanto, sobre não tratar como crime, ou por declaração de inconstitucionalidade ou por entender que essa é a interpretação correta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E mais um ponto, Senhor Presidente: de qualquer maneira, eu me oponho à fixação de gramatura.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ficou bem clara a posição.

Estenderei para ouvir ainda o Ministro André, mas o Relator pede a

RE 635659 / SP

palavra. Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, queria cumprimentar Vossa Excelência pela condução da sessão, um tema tão importante, e também fazer algumas notas bastante breves.

Em princípio, deixo em aberto ainda a questão da chamada gramatura. Inicialmente, estava acompanhando a proposta do Ministro Alexandre quanto a 60g. É bom deixar bem claro também que, em todos os votos que trouxemos, e são muito ricas as complementações e observações, ninguém partiu da premissa de que a droga é positiva. Pelo contrário, estamos afirmando que se trata de uma infração e que é necessário que haja tratamento às pessoas viciadas. Essa é a premissa básica de que partimos.

Até encaminhei, depois, a Vossa Excelência - podemos realizar a discussão amanhã - propostas no sentido de fazermos um encaminhamento em torno dessa temática, medidas que podem ser acrescentadas na fixação das teses. É fundamental que, como já foi dito, o tema relativo ao usuário saia do âmbito da persecução criminal e passe para o âmbito, se for da Justiça, da Justiça Cível. Daí a importância inclusive...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - E da saúde pública, não é Ministro?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Da saúde pública, e, portanto, da necessidade de que haja tratamento em relação a essas pessoas, um sistema de tratamento. Por isso também a sugestão que nos veio, até mesmo da Secretária da Secretaria de Políticas Antidrogas - SENAD, para que esse fundo, hoje contingenciado em um bilhão, seja utilizado em campanhas de convencimento das pessoas, de conscientização das pessoas, tal como se falou em relação ao cigarro, ao tabaco de forma geral.

Só para ter essa perspectiva e deixar bem claro que não estamos em nenhum momento, fazendo um "liberou geral", fazendo uma liberação do

RE 635659 / SP

uso de drogas para fins recreativos. Nossa premissa é de que a droga causa danos sim às pessoas e que as pessoas precisam ser tratadas quando estão viciadas. Essa é a premissa básica, embora estejamos tratando aqui só da *cannabis sativa*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Gilmar!

Vossa Excelência está participando por videoconferência, apenas dois Colegas, que votaram por 25g, em conversa interna, sem inconfidência porque é público, que foram os Ministros Zanin e Kassio Nunes Marques, tinham concordado em elevar para 40g. Essa é a ideia que, nesse momento, está na mesa, mas vamos ainda amadurecer e bater o martelo quanto a esse ponto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Se for esse o consenso, também estarei de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito bem, Ministro Gilmar!

Darei a palavra ao Ministro André, e ficamos só com a proclamação para amanhã.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhor Presidente, agradeço.

Primeiro, ressalto a riqueza dos debates. É preciso reconhecer isso, e também a evolução de entendimentos ao longo do julgamento, não apenas do Supremo como um todo, mas também de entendimentos individuais, em votos que já tinham sido proferidos e que se foram ajustando ao longo do processo de maturação das discussões.

Senhor Presidente, apenas faço um registro: o voto do Ministro Dias Toffoli trouxe uma perspectiva à qual aderirei a alguns aspectos, mas não posso deixar de consignar uma divergência conceitual da minha parte. O Ministro Dias Toffoli e outros Ministros fizeram uma distinção entre crime, pena e ilícito administrativo, que, com a devida vênia, guardo divergência por entender que, principalmente no Direito Penal moderno, não necessariamente um crime guarda correlação com pena privativa de liberdade. Cito como exemplo crimes relacionados à responsabilização de pessoas jurídicas, que não trazem a hipótese de privação de liberdade, mas têm tratamento criminal. É uma diferença conceitual que apenas deixo consignada, de entendimento dogmático.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Ministro André me permite um aparte? O art. 32 do Código Penal prevê outras penas além das privativas de liberdade, a demonstrar que não é um critério exclusivo para definição de crime.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Exato! Resgato a Lei nº 9.605, que trata dos crimes ambientais e prevê, em relação às pessoas jurídicas, como penas: multa, restrição de direitos e prestação de serviços à comunidade. Só reforço, no que tange a prestação de serviços à comunidade, que há uma correlação...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O que não deixa de ser uma penalidade administrativa, com a

RE 635659 / SP

devida vênia. São ópticas diferentes da teoria.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - São óticas distintas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permita-me, Ministro André. Sem querer...

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu não queria alongar o debate, mas...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas essa questão trazida por Vossa Excelência, há até quem diga que essa invenção de pessoa jurídica poder praticar crime, na verdade, crime não é, porque não tem pena privativa de liberdade. Foi só uma forma de endurecer a penalidade, porque a pessoa jurídica sofre, como disse o Ministro Toffoli, sanções civis e administrativas, mas é uma discussão interessante.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Mas o processo é o processo-crime.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente, na Justiça criminal.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Os critérios de valoração da prova são os do processo criminal, há uma série de consequências: reincidência, gradação de pena, uma série de questões previstas no Código Penal, na Constituição, como ilícito penal. Respeito os entendimentos, são justificáveis sob um aspecto, mas que não podemos, penso, com a devida vênia, repito, desconsiderar em relação a uma doutrina também estabelecida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Só para registro, Ministro André, se me permite, eu já votei na Turma, em caso concreto, logo no início, no sentido de que não há crime para pessoa jurídica. Só para deixar claro que estou sendo coerente com posições anteriores.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Pelo menos, ela não pode ser algemada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não pode ser algemada.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu até rediscuto

RE 635659 / SP

a ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Apenas para dizer que são ópticas diferentes. Já votei nesse sentido em julgamentos anteriores. Fiquei até vencido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A lei veda a prisão.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - São óticas distintas.

Por isso sempre a minha indagação: se descriminalizar, quem fará o processamento de tudo? Daí a minha preocupação, e que, em alguma medida, ainda que mantendo a divergência, trouxe à reflexão, penso, dos eminentes Pares sobre essa questão.

Senhor Presidente, com relação à aderência referida pelo Ministro Toffoli, em meu voto inicial, propus duas sínteses de tese, vamos dizer assim, do meu próprio voto. Primeiro, reconheci a constitucionalidade do art. 28. No segundo ponto, estabeleci, à época, um prazo de 180 dias para o Congresso deliberar sobre o quantitativo que distinguiria a relação para definição entre traficante e portador. Considero esse prazo, hoje, inexequível, especialmente por estarmos em momento de julgamento durante período que antecede o pleito eleitoral, onde o Congresso Nacional terá dificuldade para deliberação sobre inúmeros temas - essa temática não seria diferente. E o Ministro Dias Toffoli, no item *c* do seu dispositivo, coloca um apelo para que isso seja deliberado em 18 meses.

Estou reajustando, então, meu voto para aderir, nesse ponto, ao aspecto colocado pelo Ministro Dias Toffoli e ao último tópico do dispositivo de Sua Excelência, que fala na proposição para que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso das drogas. Estou também, portanto, aderindo a essa tese trazida por Sua Excelência. Não obstante, ao aderir a esse item de fixação do prazo de 18 meses, deixo de estabelecer, conforme fez Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, uma fixação, pelas razões já exposta: por não me sentir com a capacidade técnica e expertise suficiente na matéria para definir esse quantitativo.

RE 635659 / SP

Senhor Presidente, com esses reajustes, agradeço a Vossa Excelência a palavra concedida.

25/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Temos alguns bons consensos.

Primeiro, o descontingenciamento do fundo. Segundo, penso que todos são favoráveis ao uso de parcela dos recursos do fundo para uma campanha de esclarecimento contra o consumo de drogas. E, penso, há consenso de que não é legítimo o consumo em local público.

Há uma maioria que entende categorizar como ilícito, porém de natureza administrativa; há uma maioria que se dispõe a fixar um quantitativo que distinga consumo de tráfico até que o Congresso venha a fixar, e penso que essa maioria não fixa prazo, apenas diz que prevalecerá o que decidirmos até o momento que o Congresso fixe.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, pela ordem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Apenas para complementar: essa fixação como presunção relativa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Como presunção relativa. É possível, portanto, que, com quantidade inferior à que venhamos fixar, considere-se tráfico, dependendo das circunstâncias, e, com mais, não se considere tráfico, dependendo das circunstâncias. Apenas uma presunção.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas há, Senhor Presidente, nesse aspecto de gramagem, a maioria?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Temos o Ministro Zanin, o Ministro Kassio e eu votando por 25g. Estou pronto para reajustar, penso que o Ministro Zanin

RE 635659 / SP

e o Ministro Kassio no mesmo sentido, pelo que conversamos. Votaram por 60g o Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia e a Ministra Rosa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A Ministra Rosa votou por 60g, acompanhando-me.

Também entendo possível chegarmos a 40g.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Proclamaremos amanhã, mas talvez uma quantidade intermediária entre as posições seja 40g.

Pois não, Ministro Zanin.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, entendo que é possível esse reajuste, mas sempre levando em consideração o art. 28, § 2º. Quer dizer, essa quantidade, essa presunção relativa se soma aos critérios do art. 28, § 2º, de modo que o juiz possa fazer a diferenciação entre usuário e traficante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Claramente, é isso mesmo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - É isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Exatamente isso, acho que estamos de acordo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu até sugeri, Ministro Zanin, para o Relator, o Ministro Gilmar Mendes, que colocasse amanhã na tese essa característica de presunção relativa, que pode ser afastada, a partir do artigo citado por Vossa Excelência, com outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos, como balança, cadernos de anotação, celulares, contatos de compra e venda, locais e circunstâncias de apreensão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - E esclarecer também que, por ser ilícito, evidentemente não pode ser consumido em local público. Acho que esse é um ponto muito importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

RE 635659 / SP

Senhor Presidente, só gostaria de esclarecer um ponto novamente – penso que isso está implícito e, em alguns votos, explícito, formando-se maioria –: trata-se de um ilícito administrativo.

Em meu voto, não fixar um valor em gramas, no caso da **cannabis**, fazendo deferência ao Congresso, não significa que o Congresso pode vedar ou criminalizar o consumo. Não posso falar por todos os votos proferidos, mas o sentido de meu voto – e disse aqui, logo no início, novamente, da complementação – é o de que o uso de maneira privada é ilícito administrativo, não podendo ser estabelecido como ilícito criminal. Por quê? Porque, se assim o for, estarão sendo violadas a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem das pessoas. De meu ponto de vista, penso que é importante isso ficar claro. Deixo claro em meu voto e gostaria de explicitar. Ou seja, ao se fazer deferência, não quer dizer que o Congresso pode vir a criminalizar o usuário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Perfeitamente.

Vamos, então, amanhã, proclamar o resultado formalmente, tendo amadurecido as teses. Porém, gostaria de deixar claro nessa proclamação provisória, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, considera que o consumo de drogas ilícitas é uma coisa ruim e que o papel do Estado é evitar o consumo, combater o tráfico e tratar os dependentes. Em nenhum momento, portanto, estamos legalizando ou dizendo que o consumo de drogas é uma coisa positiva. Pelo contrário, estamos apenas deliberando a melhor forma de enfrentar essa epidemia que existe no Brasil e que as estratégias que temos adotado não estão funcionando, porque o consumo só faz aumentar e o poder do tráfico também. Esse é o primeiro ponto. Droga é ruim, nós a condenamos, e o Estado deve evitar o consumo.

Em segundo lugar, estamos propondo a liberação dos valores contingenciados no Fundo Nacional Antidrogas. Parte desse valor deve ser destinado a campanhas educativas para esclarecer à população, sobretudo, aos jovens sobre os malefícios do consumo de drogas, tal como se fez com sucesso em relação ao cigarro, como lembrou o Ministro Dias

RE 635659 / SP

Toffoli em seu voto.

Estamos reiterando que o consumo de drogas e o porte para consumo pessoal são atos ilícitos, sujeitos a sanções, apenas não sujeitos a sanções penais. Não sujeitos a prisão porque o Congresso já havia despenalizado, e não sujeitos a consequências penais porque entendemos que essa não é a melhor maneira de se tratar uma questão de saúde pública.

Entendemos, à maioria, que é importante fixar a quantidade que distingue o porte para consumo pessoal de tráfico, para impedir a discriminação documentada em pesquisas aqui reveladas pelo Ministro Alexandre e confirmadas em ampla matéria da *Folha de S. Paulo*, que veiculou pesquisa realizada pelo Insper, prestigiada faculdade de São Paulo.

É assim que estamos neste momento e amanhã firmaremos as teses alinhadas com as proposições que granjearam maioria do Plenário, respeitadas as importantíssimas manifestações contrárias, como o voto louvadíssimo, eu diria, de grande qualidade, do Ministro Luiz Fux, que interpreta boa parte do pensamento existente na sociedade, e, igualmente, do Ministro André Mendonça, que, da mesma forma, refletiu esse pensamento.

Como disse, é uma matéria controvertida, divisível em toda parte do mundo. Estamos procurando encontrar a melhor solução para enfrentar esse problema no Brasil, de acordo com as nossas circunstâncias, inclusive para evitar o hiperencarceramento de jovens pobres, primários e de bons antecedentes, que acabam engrossando as fileiras do crime organizado.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (25350/DF, 163657/SP) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA (33073/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA (125605/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER (17120/GO)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE (3803-D/RJ, 003803D/RJ)

AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI)

AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA (43056/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) (SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA (19772/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO (129630/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO (58271/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI (0320762/SP)
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGÉRIO MAIA GARCIA (56255/RS) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (015682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : LEVI RESENDE LOPES (58890/DF)
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (46056/DF, 456898/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus*

curiae Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.09.2015.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, no caso concreto, acompanhava o Ministro Gilmar Mendes (Relator) e dava provimento ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente, determinando sua absolvição, e, quanto à tese (tema 506 da repercussão geral), divergia parcialmente do Relator, propondo-a nos seguintes termos: "1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada

entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior; 3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes; 4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega `delivery`), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico; 5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores à faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário", o julgamento foi adiado por indicação do Ministro Gilmar Mendes (Relator). Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas - tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante

fundamentação exauriente das autoridades envolvidas"; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Alexandre de Moraes, o qual, nesta assentada, fixava o quantitativo de 60g ou 6 plantas fêmeas como critério para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do voto-vista do Ministro André Mendonça, que acompanhava o Ministro Cristiano Zanin no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, mas propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006; II - Fica estabelecido o prazo de 180 dias para o Congresso Nacional estabelecer critérios objetivos para diferenciar aquele que porta drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006) do traficante de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006), parâmetros que não impedirão que, no caso concreto, seja afastada a presunção mediante fundamentação idônea da autoridade competente", e conferia interpretação conforme a Constituição ao art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, para esclarecer, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema, que: I - Será presumido usuário e, portanto, sujeito às consequências jurídicas elencadas pelo art. 28, caput e incisos I, II e III, o indivíduo que estiver em posse de até 10 gramas de maconha; II - Tal presunção poderá ser desconstituída, no caso concreto, com base em fundamentação idônea pela autoridade competente, à luz dos demais parâmetros estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006; do voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava o voto do Ministro Cristiano Zanin, negando provimento ao recurso e assentando a constitucionalidade do dispositivo impugnado, fixando a quantidade de 25g ou 6 plantas fêmeas para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; e do voto do Ministro Edson Fachin, que ratificava o seu voto no sentido de acompanhar o Relator relativamente ao dispositivo impugnado, mas considerava que o estabelecimento da quantidade de maconha seria atribuição do Poder Legislativo, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Plenário, 6.3.2024.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, no caso concreto, negava provimento ao recurso extraordinário, determinava que a condenação do recorrente não gere efeitos penais e propunha a fixação da seguinte tese (tema 506 da repercussão geral): "a) reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006; b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais;

c) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, formulem e efetivem uma política pública de drogas, conforme previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, interinstitucional, multidisciplinar, baseada em evidências científicas, a qual deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de *cannabis* e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral ao usuário e dependentes; d) Determinar que a política pública referida no item 'c' envolva todos os órgãos federais com atuação nas áreas de saúde (Ministério da Saúde e ANVISA), educação (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação), trabalho e emprego (Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho), segurança pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos), dentre outros cuja temática necessariamente deva permear a política nacional de drogas como condição para a sua efetividade e eficácia; e) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários; e f) Propor que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha "antitabagismo", o julgamento foi suspenso. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 20.6.2024.

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux, que negava provimento ao recurso extraordinário, declarando constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, sem fixação de quantitativo para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava o voto do Ministro Edson Fachin no sentido do parcial provimento do recurso, declarando a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, para dar interpretação conforme, e, até que sobrevenha a atuação do Legislador, acompanhava o voto do Ministro Alexandre de Moraes no tocante ao critério quantitativo; e do voto ora reajustado do Ministro André Mendonça, que aderiu ao entendimento do Ministro Dias Toffoli quanto aos itens "c" (prazo de 18 meses) e "f" (proposição de campanha sobre os malefícios do uso de droga), deixando de estabelecer uma fixação de quantitativo de droga, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 25.6.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Hindenburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

26/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Nas sessões que antecederam à data de hoje, nós chegamos a alguns consensos. Quanto ao dispositivo, decidiu-se dar provimento ao recurso extraordinário para absolver o acusado, por atipicidade da conduta - nessa parte, penso que a decisão tenha sido unânime.

Igualmente, por maioria, entendeu-se que o porte de drogas para consumo pessoal configura ato ilícito, mas não de natureza penal.

Conviemos, igualmente, no descontingenciamento do Fundo Nacional Antidrogas, devendo parte desse fundo financiar campanhas desestimulando o consumo de drogas.

Também por maioria, conviemos na fixação de uma quantidade que distinga o usuário, ou seja, quem tenha porte para consumo pessoal, de quem atue no tráfico, que, por evidente, continua a ser uma infração de natureza criminal.

Nós tínhamos três manifestações por fixar essa quantidade distintiva em 25 gramas, que era o meu próprio voto, o do Ministro Zanin e o do Ministro Nunes Marques, e por fixar em 60 gramas, que tinha o voto dos Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. A Ministra Rosa Weber também havia votado no sentido da fixação, segundo penso, ainda sem quantidade. Nós havíamos chegado a um acordo interno, que precisa, evidentemente, ser ratificado na sessão pública, de ficarmos a um meio caminho, em 40 gramas, a quantidade adotada no Uruguai, que é a experiência de que nós temos notícia.

É sempre muito importante lembrar e voltar a esclarecer isto: a discussão sobre ser ou não ser competência do Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre esse assunto. Quem recebe os *habeas corpus* que envolvem as pessoas presas com drogas é o Supremo Tribunal Federal. Logo, nós precisamos ter um critério que oriente a nós mesmos em que

RE 635659 / SP

situações se deve considerar tráfico e em que situações se deve considerar uso. Assim, não existe matéria mais pertinente à atuação do Supremo do que essa, porque cabe ao Supremo manter, ou não, uma pessoa presa, como cabe aos juízes de primeiro grau.

Então, essa é tipicamente uma matéria para o Poder Judiciário. Nós precisamos ter um critério para definir se a pessoa deve ficar presa ou não, ou seja, se nós vamos produzir esse impacto dramático na vida de uma pessoa ou não. Portanto, não há papel mais importante talvez para o Judiciário do que ter um critério para definir se uma pessoa deve ser presa ou não deve ser presa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, Vossa Excelência vai consignar os votos vencidos também, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Certamente.

Este é um caso de repercussão geral. Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal vota repercussão geral, nós decidimos o caso concreto, a relação jurídica subjetiva envolvida, e fixamos uma tese de julgamento. Na decisão do caso concreto, que envolvia um detento preso com cerca de 3 gramas de maconha, a maioria do Tribunal entendeu que, em se tratando de porte para consumo pessoal, ele não deveria ser condenado.

A maioria do Tribunal deu provimento ao recurso extraordinário do requerente para absolvê-lo por atipicidade da conduta, vencidos os Ministros André Mendonça, Nunes Marques... Ministro Zanin?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Eu também, Senhor Presidente, neguei provimento ao recurso no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Votaram em sentido divergente os Ministros André Mendonça, Nunes Marques e Cristiano Zanin.

Nesse particular, Ministro Fux, não consta. Vossa Excelência deu provimento?

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Neguei provimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Então, o Ministro Fux deve ser contabilizado igualmente como divergência neste caso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu também neguei provimento ao recurso no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Aí já está ficando complicado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Penso que a proclamação teria de ser separada: o caso concreto e a tese, porque uma vez vencido no caso concreto, na tese, eu voto com aquilo que reflita a posição da maioria.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Neste momento, eu estou proclamando a questão do caso concreto. Então, votaram pelo provimento do recurso, o Ministro Gilmar Mendes, eu próprio, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Alexandre de Moraes, a Ministra Rosa Weber e a Ministra Cármen Lúcia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Cumprimentando Vossa Excelência, os Senhores Ministros, o Vice-Procurador e todos, Presidente, digo que votei pelo parcial provimento, porque era para dar interpretação conforme, e o pedido dele era mais extenso. Parece-me que, nesse sentido, eu dizia que acompanhava o voto do Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não, aqui é o provimento para absolver o acusado. Eu acho que nesse Vossa Excelência votou no sentido de não o condenar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pelo parcial provimento.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permite, Presidente, e a Ministra Cármen Lúcia também, no tocante ao reconhecimento da atipicidade da conduta e da absolvição, o provimento se dá tal como o recurso extraordinário pleiteou no voto que

RE 635659 / SP

formulei.

O provimento da via final nesse voto fica parcial? Porque, como requerida, nesse recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo do art. 28, até que fiquem empregadas, seja ela da interpretação conforme, seja daquela a que eu me referi mais diretamente, que é a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, mas também entendi nesse sentido. Por isso houve o provimento parcial no final.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nessa direção, portanto, e aí, a decorrência da técnica é que, na verdade, se declara inconstitucional uma aplicação do dispositivo e não o dispositivo em si, que permanece hígido e *in totum*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu entendi.

Nós estamos esperando o Relator.

O Relator, no dispositivo que propôs, disse o seguinte: por maioria, dar provimento ao recurso extraordinário para absolver o acusado por atipicidade da conduta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós precisamos definir isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas está claríssimo! Vejam. O Relator propôs o seguinte dispositivo: dar provimento ao recurso extraordinário para absolver o acusado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - De acordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Todo mundo está de acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O provimento parcial, Presidente, devia-se à circunstância de que o pedido formulado pelo recorrente era que se absolvesse pela atipicidade da conduta e declaração de inconstitucionalidade do art. 28. Assim era o pedido.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É um recurso extraordinário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Considerando que uma interpretação era inconstitucional, mantivemos a higidez do dispositivo. Uma parte do pleito ficaria não atendido.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Essa é a razão pela qual dei provimento parcial. O resultado seria esse.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Idem. Nessa mesma direção, Ministra Cármen.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu, por enquanto, estou lendo o dispositivo do Relator. Depois, podemos deliberar.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeito, mas, Presidente, no tocante à absolvição do réu por atipicidade de conduta, não há dissonância com o Relator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Porque, veja, eu penso que podemos dizer assim: por maioria, dar provimento ao recurso extraordinário na parte referente à absolvição do acusado, vencidos os Ministros Luiz Fux, André Mendonça, Nunes Marques, Cristiano Zanin e Dias Toffoli. O Relator havia contabilizado Vossa Excelência, Ministro Toffoli, como absolvendo também.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, se Vossa Excelência me permite, nesse ínterim, enquanto aguardamos a conexão com Sua Excelência o Ministro-Relator, apenas para explicitar o sentido do voto que proferi lá, no longínquo dia 10 de setembro de 2015, em relação ao qual a Ministra Cármen agora também veio de se referir.

No que diz respeito ao dispositivo em si, lá em 2015, eu assentei, reiterei e mantive: declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para a situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que, descrita no tipo legal, tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta.

RE 635659 / SP

Portanto, a inconstitucionalidade aqui é uma nulidade constitucional, mas, na técnica da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, porque nós estamos a nos dirigir a esta prática específica desta droga que, a partir do voto que proferi, e depois Vossa Excelência também, nos cingimos a uma droga específica. Por isso, no tocante à matéria de fundo, há um provimento parcial. No tocante à absolvição do réu, não há dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O Ministro Gilmar acabou de entrar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Boa tarde, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Boa tarde, Ministro Gilmar. Seja bem-vindo. Nós estamos aqui, neste momento, começando a votar o dispositivo, ainda não a tese. Vossa Excelência havia limitado o dispositivo à questão da absolvição do acusado, com o que a maioria está de acordo, mas há um pedido para deixar explicitada também a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

De modo que eu estava submetendo aos Colegas, e agora a Vossa Excelência, o seguinte dispositivo. Provimento do recurso extraordinário, por maioria, para: declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da lei, ou conferir interpretação conforme ao art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas.

Votaram, nesse sentido, o Relator, eu próprio, Ministro Fachin, Ministro Alexandre de Moraes, Ministra Rosa Weber e Ministra Cármen Lúcia. A única diferença é que alguns declararam inconstitucional e outros interpretaram conforme a Constituição, mas acho que esse é fiel.

A segunda parte: absolver o acusado por atipicidade da conduta e, nesse sentido, votaram o Ministro Gilmar Mendes, eu próprio, Ministro Edson Fachin, Ministro Alexandre de Moraes, a Ministra Rosa Weber e a Ministra Cármen Lúcia.

RE 635659 / SP

No tocante à declaração de inconstitucionalidade, ficaram vencidos os Ministros Cristiano Zanin, Nunes Marques, André Mendonça, Dias Toffoli e Luiz Fux. No tocante à absolvição, ficaram vencidos Cristiano Zanin, Nunes Marques, André Mendonça e Luiz Fux.

Agora passaríamos, então, à discussão da tese. Eu a tenho aqui comigo, Ministro Gilmar. Vossa Excelência gostaria de ler daí, ou prefere que eu leia aqui e Vossa Excelência acompanha?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Pode ler, Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

26/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

PROPOSTA
(TESE)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ficaram, então, as seguintes teses propostas pelo Ministro Gilmar Mendes. Submeterei uma a uma porque são diferentes proposições. A primeira:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I, do Código Penal) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III, do Código Penal).

Alguma divergência quanto a essa primeira proposição? Sei que houve divergência numérica, mas acho que ela reflete a posição da maioria. Pois não, Ministro Zanin?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, nesta parte, tendo em vista que há divergência em relação ao posicionamento que adotei e há uma distância grande, eu pediria vênua para não acompanhar esta parte da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas Vossa Excelência diverge de que a maioria entendeu nesse sentido?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Não, na verdade, que a maioria entendeu, não. Ela reflete, a meu ver, o que foi decidido pela maioria, mas minha posição não se coaduna com esta parte da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Entendi, por isso Vossa Excelência votou vencido no dispositivo. Vossa Excelência votou pela constitucionalidade do dispositivo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exatamente.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - (PRESIDENTE) - Isso já foi consignado. Agora, mesmo os Ministros vencidos se pronunciam para verificar se a tese corresponde ao que efetivamente foi a vontade da maioria, mesmo Vossa Excelência divergindo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Tal como já ocorreu, recordo que o Ministro Edson Fachin, em julgamento recente, entendeu que a tese havia ficado muito distante da posição adotada por Sua Excelência. Nesse caso, então, entendo que não poderia referendar esta parte da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - (PRESIDENTE) - Está bom.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Presidente Barroso, apenas para consignar que examinei detidamente o voto da Ministra Rosa e comparei com a tese proposta pelo ilustre Relator. Considerei e submeto à apreciação de Vossa Excelência que a Ministra Rosa já votou praticamente em tudo. Considero, então, que não estou votando por esta razão.

Gostaria de um esclarecimento de Vossa Excelência, uma vez que a Ministra Rosa votou, inclusive, na direção do item 1 que Vossa Excelência acabou de ler.

É uma dúvida, na verdade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - (PRESIDENTE) - Penso que Vossa Excelência tem toda razão, tanto que já consignei aqui o voto da Ministra Rosa Weber. Vossa Excelência participou dos debates enriquecendo-os, mas acho que, quanto a votar a tese, já há um pronunciamento da Ministra Rosa Weber.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ok, Presidente, era só para deixar claro isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Flávio Dino. O Ministro Zanin, então, pede para ficar vencido na tese.

Ministro Nunes Marques.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Eu pediria para Vossa Excelência, por gentileza, repetir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) -

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções previstas no art. 28, I e III, do Código Penal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, com o perdão de Vossa Excelência, porque esqueci de o saudar e ao eminente Procurador-Geral da República. Nessa tese, então, há o esclarecimento, que Vossa Excelência prestou já por diversas vezes, que há a expressão ilícito e a questão de que é vedado o consumo público?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Claramente. Tanto que pode ser apreendido. Veja, eu bem entendo que a posição de Vossa Excelência foi divergente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, nesse particular, eu queria só esclarecer o seguinte, diminutamente, porque o Ministro Nunes Marques está raciocinando ali, e vou aproveitar esse momento de reflexão dele. Entendo, e até incluí no voto escrito, que essa figura representa um *tertium genus*. Por quê? Porque há leis administrativas que preveem figuras penais e há leis penais que preveem figuras administrativas, por exemplo, o Código de Trânsito, a Lei Ambiental, o Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor é praticamente um Código Civil específico e ele prevê crimes. Não há, então, nem leis e nem sentenças quimicamente puras, por isso considero ser a figura do art. 28 constitucional; sanções proporcionais razoáveis, mas é considerado ilícito. Isto é o quanto basta para que essas consequências se produzam:

RE 635659 / SP

apreensão da droga, aplicação das sanções razoáveis que o art. 28 estabelece, razão pela qual considerei constitucional. Isso não significa dizer que considerei constitucional e porque, topograficamente está em uma lei, eu criminalizei. Considerei o artigo constitucional por ser razoável, proporcional à conduta praticada. Só isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A tese proposta pelo Ministro Gilmar claramente espelha o que a maioria decidiu.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso é verdade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É uma infração, um ato ilícito extrapenal, de natureza administrativa.

Respeito a posição do Ministro Zanin, mas temos a praxe de que quem perde ainda assim pode concordar que a tese reflita a posição majoritária, e é o caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, entendo que, com a devida vênia, fica um desconforto para o julgador concordar com tese contrária aos fundamentos de seu voto. Eu até coloquei isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Essa é a posição do Ministro Marco Aurélio, de que quem votasse vencido não votaria na tese, mas nós superamos. A tese é saber se corresponde à posição majoritária, e não à posição do Ministro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Estou de acordo, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não estou de acordo e me oponho à tese também.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Zanin e Ministro Fux.

Ministro Nunes Marques?

Na verdade, Vossa Excelência foi ao Código Penal. O Ministro Gilmar, com o apoio da maioria, disse se aplicarem as sanções do art. 28, advertência e medida educativa, e suprime prestação de serviços à comunidade, por ser uma pena corporal, que tem natureza penal. Ele excluiu apenas essa, ficando as outras duas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, até para lembrar, essa observação veio lá de trás, ainda com a contribuição do Ministro Celso de Mello. Sua Excelência concordava com o esboço que fazíamos, mas dizia que, como estava tipificado como pena, não ser adequado o sentido da desclassificação. A partir daí, fizemos essa evolução.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, acho que não me fiz entender. Não concordo com a técnica de que quem votou completamente contrário a esse ponto de vista ter que concordar com a tese. Particularmente, pelo do que consta no meu voto, não tenho a menor dificuldade, porque coloquei serem cabíveis as sanções e possível, em uma lei penal, ter um *tertium genus*. Isso está no meu voto. Não teria dificuldade quanto a isso, apenas não concordo quanto a quem votou completamente pela constitucionalidade e criminalizou a conduta ter de se submeter à tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não é se submeter. Vossa Excelência já consignou a divergência, mas poderia ser que a tese do Ministro Gilmar não correspondesse à vontade da maioria. E a tese corresponde à maioria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sem dúvida.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Essa posição que Vossa Excelência está afirmando e segundo o Ministro Zanin, que teve um precedente, foi vencida no Plenário. Entendemos que mesmos os Ministros vencidos votariam na tese para verificar se ela expressava, ou não, a posição majoritária. E essa tese claramente expressa a posição majoritária. O Ministro Toffoli, vencido na questão de fundo, concorda que a tese corresponde à posição majoritária.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Se constar que a tese reflete a posição majoritária, não há nenhuma contradição do julgador, no meu entendimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas é isso mesmo. Votar a tese é saber se ela corresponde à posição majoritária.

Quer dizer, as pessoas que votaram vencidas não estão aderindo a essa posição, estão apenas acatando que esta posição reflete a vontade majoritária.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não só acatando, desculpe-me, Presidente, mas colaborando para a formulação do que foi a vontade da maioria, em razão do Colegiado. É evidente que cada um tem a liberdade, como sempre fazia o Ministro **Marco Aurélio** quando vencido, ou, ocasionalmente, um ou outro colega, como citou agora o Ministro **Zanin**, em determinada situação específica, de discordar da tese e registrar seu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tanto que é votação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas discordar da tese não é discordar do mérito, é saber se a tese expressa ou não a vontade majoritária.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas isso tem que ficar explícito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Não. Entendo que seja discordar do mérito. Pode discordar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A prática aqui é: a pessoa discorda do mérito julgando, dando provimento ou negando provimento. A partir do momento em que prevaleceu um ponto de vista, votar a tese é verificar se a tese expressa efetivamente o ponto de vista que prevaleceu.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, Vossa Excelência me permite, já que fui mencionado? Como não poderia deixar de ser, é procedente a observação que o Ministro Zanin fez.

Do que depreendo, temos, a rigor, nos nossos afazeres de julgamento, dois momentos.

O primeiro momento é esse que já se encerrou: decidimos o caso concreto e se formou uma vontade majoritária. Neste primeiro momento, cada um de nós, como não poderia deixar de ser, defende seu ponto de vista e as teses, "os pontos de vista", são escrutinados e se forma uma maioria.

Formada a maioria, nasce um momento, digamos assim, essencialmente *per curiam* do Tribunal, em que o Tribunal, como que se reunisse novamente, diz: formou-se uma maioria em tal direção; qual a compreensão, que temos chamado de tese, espelha essa vontade majoritária?

Aqui faço duas observações. Por exemplo, nas teses presentes - Vossa Excelência está ainda no item 1, mas me permitirei adiantar -, votei vencido no momento anterior e, portanto, não espelha a posição que defendi o que está nos itens 4, 5, 6 e 7 da tese. Nada obstante, reconheço que esses itens estão alinhados com a compressão majoritária, que pessoalmente não segui, pois desde 2015 sustento que é atribuição legislativa a fixação de quantidade. Mas essa posição não prevaleceu.

RE 635659 / SP

Nada obstante esse momento *per curiam*, é preciso que o Tribunal também reconheça que *per curiam* abre, em casos em que cada um dos julgadores se sentir assim, para registrar, como se faz, aliás, na Suprema Corte norte-americana e alguns outros tribunais, como o próprio Tribunal Constitucional alemão e outros tribunais que funcionam basicamente *per curiam*, de não se sentir confortável e querer registrar uma posição diversa, como aliás se faz, com um voto de dissenso, mesmo no julgamento *per curiam*.

Por isso, há casos, digamos assim, excepcionais, em que o julgador não se sente confortável de subscrever aquilo que essencialmente não vai ao encontro da sua percepção. Creio que o Colegiado precisa ser deferente a essa ordem de ideias.

Nada obstante, aqui, de onde profiro voto, entendo que esse momento *per curiam* - e por isso já estou adiantando o voto, Presidente - me leva a reconhecer que todos os itens propostos pelo Ministro Gilmar estão coerentes com a vontade majoritária, ainda que, no momento anterior, o voto que proferi não o acompanhasse em todos os itens. Da minha parte, assim entendo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Deixem-me só fazer uma observação semântica. Na tradição da Suprema Corte americana, tanto quanto eu saiba, quando eles falam *per curiam*, é que não há um redator para o acórdão. *Per curiam* significa que a Corte falou a uma só voz, você nem fica sabendo quem votou e ali não há divergência. O que há na Suprema Corte americana, diferentemente das europeias, é voto divergente. Mas lá não se proclama tese, portanto o sujeito vota contra ou a favor sobre o provimento do recurso e consigna a sua posição.

Nós temos uma sistemática diferente. Nós votamos o caso e, depois, sendo repercussão geral, votamos uma tese. O que sempre praticamos aqui é: mesmo derrotado, no mérito do caso concreto, o Ministro vencido vota na tese, apenas para verificar se a tese espelha o que efetivamente foi decidido pela maioria.

Agora, entendo, e penso que esse foi o ponto que o Ministro Fachin

RE 635659 / SP

quis assinalar, que, às vezes, a tese, ainda que correta, causa tal desconforto ao Ministro que ele prefere não aderir, embora ela esteja expressando a vontade da maioria.

Penso que seja essa a posição do Ministro Zanin.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exatamente, Senhor Presidente. Não tenho dúvida de que a tese espelha o que a maioria deliberou.

Tal como ocorreu há cerca de três ou quatro semanas, quando decidimos um caso que envolvia a questão sindical, em que o Ministro Edson Fachin também consignou sua divergência quanto à tese, assim aqui o faço, na medida em que há uma distância entre a tese que está sendo colocada e o voto que proferi, reconhecendo a constitucionalidade da Lei 11.343/2006.

É só nesta parte da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Perfeito, perfeito.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Sem prejuízo, da parte que toca à questão da gramatura, por exemplo, eu estar totalmente de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito bem.

Considerarei aprovada a proposição 1 de tese do Ministro Gilmar Mendes, com o registro da posição vencida do Ministro Zanin e do Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, minha posição tem uma ressalva só: aplico todas as sanções do art. 28. Acho que aí há uma exclusão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, então, diverge, porque considera que é penal, e o Ministro Gilmar excluiu um item de natureza penal?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não estou criminalizando a

RE 635659 / SP

conduta. Estou dizendo que é um *tertium genus*, o artigo é constitucional; e se ele é constitucional, todas as sanções são cabíveis. Mas não divirjo para criminalizar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está certo. Com a divergência do Ministro Zanin, do Ministro Fux e do Ministro Kassio, aprovada a proposição 1.

Leio a proposição 2.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Alexandre?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, cumprimento Vossa Excelência, cumprimento a Ministra Cármen e os Colegas.

Presidente, resolvida essa questão, queria dizer que, obviamente, em que pese o Colega votar se corresponde ou não à maioria, acho que se deve garantir ao Colega a possibilidade de, inclusive, rejeitar a tese.

Queria, entretanto, Presidente, fazer uma observação para que, eventualmente, não se crie precedente diverso do que já temos em vários casos. Vossa Excelência e o Ministro Flávio Dino, no início da votação, acabaram acordando que ele não votaria. Parece-me que ele deva votar na tese, Presidente, porque a Ministra Rosa Weber não analisou, em seu voto, pelo menos metade dos pontos da tese. A questão da presunção relativa ou não; a questão do que afasta a presunção ou não. Até agora, em todos os casos, os Ministros que ingressaram depois votaram na tese.

Se é posicionamento do próprio Ministro Flávio Dino não querer votar, respeito, mas acho que não podemos criar isso como precedente.

Obrigado, Presidente!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É só porque acho que a gente teria que fatiar, ir ao voto da Ministra Rosa Weber e ver os pontos sobre os quais ela se manifestou, e, em relação a esses, o Ministro Flávio Dino não votaria.

Penso, Ministro Alexandre, que, na essência, o que tinha de mais

RE 635659 / SP

importante, que era tratar como penal ou não penal, a Ministra Rosa inequivocamente se manifestou.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas, Presidente, em todos os outros casos, mesmo na essência, o Ministro que ingressou votou a tese.

Acho um precedente um pouco complexo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Sim, mas sem a possibilidade de divergir sobre o que a Ministra aposentada já pronunciou. Essa possibilidade não existe, porque consignamos que prevalece o voto de quem aposenta.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Foi no mérito, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vou ler agora o item 2 da proposição do Ministro Gilmar:

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2016, serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta.

O que não deixa de ser uma reiteração do primeiro item.

Acho que coerentemente o Ministro Zanin e o Ministro Fux também divergirão quanto a esse entendimento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, veja como é diferente, por exemplo, se consideramos um *tertium genus* e não é uma figura penal, não pode incidir a reincidência. Não pode haver reincidência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas ele não falou de reincidência. Ele diz assim...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O que está falando? Efeitos penais.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RE 635659 / SP

(PRESIDENTE) - As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28... portanto Vossa Excelência entende que o inciso II deveria estar incluído também? Ele limitou aos incisos I e III do art. 28.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX- Eu ouvi...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta. Vossa Excelência está de acordo com essa tese?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estou de acordo. Agora, Presidente, só uma observação que ficou passada. Só para também exteriorizar essa posição. Com a devida vênia, entendo que o que Ministro Alexandre destacou é de se considerar, porque entendo que o julgador não pode dizer "ah, eu me abstenho"! Tem que se posicionar na tese também, tem que votar a tese. Não é dizer: "ah, eu não vou votar a tese porque fiquei vencido" Não é isso. É, às vezes, discordar da tese.

Mas, se bem me recordo, todos os que ingressaram aqui, em embargos de declaração e em tese, na hora da tese, tiveram oportunidade de julgar, a menos que eu esteja enganado, mas os Colegas me poderiam refrescar a memória se isso não procede.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Passo a ler o item 3.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, apenas para deixar claro, estou presente e apto a votar. Agora, claro, quem conduz o julgamento é Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Flávio Dino, veja Vossa Excelência, na sessão de 24 de agosto de 2023, o Ministro Gilmar Mendes reajustou o voto no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativas a substâncias entorpecentes tratadas nos autos do presente recurso, *cannabis sativa*, bem como para incorporar os parâmetros

RE 635659 / SP

objetivos de fixação de 60g de maconha ou seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do delegado de polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A Ministra Rosa Weber acompanhou expressamente o Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Flávio Dino não pode, ao votar na tese, divergir da essência do voto da Ministra Rosa.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permite, apenas sendo coerente com o que houvera dito antes, quando se está na tese, como Vossa Excelência bem salientou, o que deliberamos é se a tese é coerente com a maioria. O voto da Ministra Rosa compôs a maioria. Temos definido que é um outro momento o exame de saber se a tese agora é coerente ou não com a maioria.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES -Exatamente. Ministro Fachin, permite-me? Por que se não, Ministro Fachin, como ficaria a proclamação? Votam dez Ministros, porque não vamos poder colocar que a Ministra Rosa votou na tese. E se abstém o Ministro Flávio Dino? É um momento subsequente, é um segundo momento. Acho que não deveríamos criar esse precedente de não possibilidade de o Ministro que ingressou votar na tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não, não acho que haja impossibilidade de votar. O Ministro Flávio Dino leu, e me pareceu que leu adequadamente, que a Ministra Rosa Weber já se havia manifestado sobre as questões relevantes que estão aqui sendo decididas. Por via de consequência, ele não deveria votar, porque, inclusive, pelo que percebi das intervenções dele durante o debate, ele nem concorda com a posição da Ministra Rosa Weber. Respeitei, portanto, a posição dele de considerar que, tendo votado a Ministra Rosa Weber nas questões essenciais, ele não deveria pronunciar-se. Se ele quisesse votar, acho que teria todo o direito. Eu apenas...

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Pois não, Presidente, peço, então, a Vossa Excelência que me perdoe e consigne que o meu voto é de acordo com o item 1 da tese.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ótimo! E o item 2, que acabei de ler?

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Já houve votação quanto ao item 2?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - De acordo também, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Passo a ler o item 3:

3. Em se tratando de posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em juízo, sendo vedada a lavratura de auto de prisão em flagrante ou de termo circunstanciado.

Alguma objeção?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, a partir do momento em que votarmos a tese e isso for publicado, amanhã, já teremos uma nova realidade nas ruas. Essa nova realidade será exatamente que o policial, apreendendo 10g de maconha, sem nenhuma outra prova, deverá imediatamente considerar que isso é porte para uso próprio.

Se é porte para uso próprio, o item 3 diz, corretamente, que não poderá ser lavrado auto de prisão em flagrante nem termo circunstanciado - até aí, não há nenhum problema -, mas deverá notificar o autor do fato para comparecer em juízo. Qual juízo? A polícia vai ficar perdida.

Esse foi o grande problema que o Ministro André levantou na sessão retrasada, eu coloquei e o Ministro Toffoli também. Devemos fazer uma regra de transição em que, enquanto não houver uma alteração, continuará o juízo penal, porque é o juízo que está pronto para isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RE 635659 / SP

(PRESIDENTE) - O Ministro Gilmar faz essa observação ou, pelo menos em algum momento do voto dele, eu li essa observação. Deixe-me conferir aqui.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, temos que verificar que há centenas de casos por dia. Vai notificar quem?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O Ministro Gilmar diz que, até que seja fixado o novo rito, a competência para julgar as condutas do art. 28 será, excepcionalmente, das varas criminais. Há uma regra de transição aqui portanto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Acho melhor constar na tese, Ministro Gilmar. Falo isso do ponto de vista prático. A autoridade policial vai enviar para quem? Vai enviar para o Dipo, em São Paulo, vai enviar para as varas criminais. A autoridade policial deve estar ciente de que pode continuar enviando para o juízo criminal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está dito aqui no voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Na tese não está dito, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está dito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Talvez pudéssemos incorporar esse parágrafo no dispositivo como um item de tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Na conclusão da tese, o Ministro Gilmar fez oito itens e, depois, disse:

O Supremo Tribunal Federal deliberou ainda que, nos termos do voto do Relator, até que seja fixado pelo Conselho Nacional de Justiça esse novo rito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 será, excepcionalmente, das varas criminais, conforme a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a

RE 635659 / SP

sentença.

Desse modo, está resolvido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Em regra, juizados especiais criminais.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, permite-me uma observação?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Zanin.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - O art. 48, § 1º, da Lei nº 11.343 fala em competência dos juizados especiais criminais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Acabei de falar isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Se for essa a compreensão da maioria, parece-me, de estabelecer uma regra de transição, em princípio, deveria valer o que está no art. 48, § 1º.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Acho que essa foi a intenção do Ministro Gilmar: dizer que, enquanto não sobrevier nova regulação, se aplica, excepcionalmente, o que está vigendo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - É que o regime é juizados. Na conduta do art. 28, a lei fala em juizado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, se me permite, para a regra de transição não ser uma regra de confusão, temos que manter, como disse o Ministro Zanin, o juizado e o termo circunstanciado. Não podemos colocar que é vedada a lavratura de termo circunstanciado porque tudo tem que estar digitalizado até que haja uma regra de transição; faz-se o termo circunstanciado e ele imediatamente é enviado ao juizado. Enquanto houver essa competência, se inventarmos uma notificação que não seja o termo circunstanciado,

RE 635659 / SP

vamos parar o trabalho da polícia em relação a isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas acho que o que o Ministro Gilmar quis evitar aqui é levar preso em flagrante para a delegacia, entendeu?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Viciado não é prisão em flagrante nunca.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não, mas leva a pessoa para a delegacia, acho que foi isso que se quis evitar. Levar para a delegacia significa tratar como crime, não é?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, com todo respeito, na regra de transição, a pessoa vai ser levada para onde?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Para lugar nenhum, apreende a droga e notifica para comparecer em juízo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Uma notificação no meio da rua? Não existe esse procedimento, é impossível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Nós estamos criando.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Na prática, é impossível, a regra de transição não pode. Com todo o respeito, não foi isso que foi votado no mérito, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Qual é o artigo? É o art. 48...

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - É o § 1º, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O 48, § 1º, diz assim:

“§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado” - que também não é o caso - “na

RE 635659 / SP

forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais”.

Aqui é para o processo-crime, mas não vejo problema de que seja nos juizados especiais criminais. Acho que a apreensão da droga, sim; a apreensão do indivíduo, eu votaria contra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A última intervenção nesse ponto.

Vamos pensar a realidade. Primeiro, é necessário fazer um auto de apreensão que a própria pessoa assine - verifica-se e se coloca -, precisa-se pesar a droga. Pesar a droga, para ver se é usuário ou não por presunção, não pode ser feito no meio da rua. Isso tem de ser feito no estabelecimento. Nós iremos fixar, o CNJ ou o próprio Congresso, um estabelecimento civil, administrativo.

Na regra de transição, essa droga precisa ser levada, hoje, até a delegacia, para que se pese, se faça o auto e se diga: 8g, é usuário, termo circunstanciado, apresente-se no juizado. Não é possível tirarmos, neste momento, esse encaminhamento à delegacia, porque é o único local que vai poder pesar a droga para aplicar a nossa tese e determinar o comparecimento ao juizado especial criminal.

Essa é a minha preocupação, Ministro Gilmar e Presidente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu tinha colocado - o Ministro Barroso já referiu - que, até que seja fixado pelo CNJ esse novo rito, a competência para julgar as condutas do art. 28 será excepcionalmente das varas criminais, as varas existentes, conforme a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença. Foi isso o que tínhamos combinado.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, respeitosamente, como sou o primeiro votar, considero que, com a aquiescência de Vossa Excelência e do Ministro-Relator, Ministro Gilmar, trazer para tese o que está no penúltimo parágrafo dessa folha que Vossa Excelência leu é uma medida, como disse o Ministro Alexandre, prática.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sem

RE 635659 / SP

nenhum problema.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - ...e trocar vara por juizado. No sentido geral, o que tem mais similitude com esse processo *sui generis* que estamos criando? O juizado, não a vara. É o que está mais próximo, e o juizado, inclusive, é mais capilarizado. Acho que inserir juizado especial criminal na tese, puxando para cima.

Vossa Excelência tem razão, Presidente, está no voto, mas é importante que conste da tese, porque a tese é quase uma lei nesse caso, quanto mais clara, melhor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas, vejamos, está no dispositivo. A única mudança que eu faria, onde o Ministro Gilmar falou varas criminais, seria colocar juízos criminais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Juizados especiais criminais.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Juizados especiais criminais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pela ordem, Senhor Presidente, só um esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Deixe-me só resolver esse ponto aqui.

Ministro Gilmar, então, estou colocando: será excepcionalmente dos juizados especiais criminais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - De acordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu só queria dizer que não haverá muitos problemas práticos, porque, na hora da organização dos juizados especiais, não há tantos juizados disponíveis. Normalmente eles são conjuntos, juizados especiais cíveis e criminais.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RE 635659 / SP

(PRESIDENTE) - Eu colocaria juizados criminais porque você pode ter localidades em que não tenha juizado especial. Eu colocaria só juizados criminais ou júzos criminais, que é um gênero.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Não, Presidente, perdoe-me, mas, quando não há a unidade, como o Ministro Fux acabou de dizer, existe o juizado, às vezes misto, com uma vara. Sobre a questão do rito, que o Ministro Alexandre esclareceu, é preciso que haja um rito de transição até o CNJ ou eventualmente o Congresso decidir. Pela Lei nº 9.099, dos juizados especiais criminais, toda comarca tem juizado. Ele pode estar dentro ou fora da vara criminal, mas existe, é um rito.

Do ponto de vista prático, o rito da Lei nº 9.099 é o mais próximo desse procedimento administrativo, vamos chamar assim. Eu sugeriria, insisto nisso, Presidente, à luz do que o Ministro Zanin e o Ministro Alexandre propuseram, que esse parágrafo explicativo ou expletivo, que está após a tese, que está no penúltimo parágrafo, seja colocado no item 3 da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está constando do dispositivo, o Relator vai decidir, mas, como técnica, coloca-se na tese o que é permanente; o que é transitório, deixa-se como complemento do dispositivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, se pacifica e se esclarece o entendimento, podemos colocar na tese e deixar explicitado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Assim ficará, então, Vossa Excelência mandará a tese retificando.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só uma última sugestão, Presidente, até em virtude disso. O CNJ poderia rapidamente resolver a transição, passando essa competência, até que o Congresso legisle, do juizado especial criminal para o juizado especial cível, porque, na maioria dos casos, como o Ministro Flávio Dino disse, no Brasil, eles são cumulativos.

RE 635659 / SP

Obrigado, Presidente!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Item 4:

4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006, será presumido usuário quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até "x" quantidade de *cannabis sativa* ou 6 plantas fêmeas.

Votaram no sentido de fixar uma quantidade o Ministro Gilmar, o Ministro Alexandre de Moraes, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Cristiano Zanin, o Ministro Nunes Marques e eu próprio.

Consulto, ratificando o que havíamos conversado, se posso consignar 40g de *cannabis sativa* ou 6 plantas fêmeas. Lembrando que 40g é um dos critérios adotados no Uruguai, mas os votos existentes falavam em 25g e 60g. A única coisa que acho que devemos fazer é fixar uma quantidade específica para acabar com a discricionariedade. Pois não, Ministro Alexandre?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, antes de entrar na gramatura, faltou uma locução importante: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, será presumido usuário quem, para uso próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo." Faltou "para uso próprio", que é a diferenciação de usuário para traficante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - De acordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Parece bem.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, eu tinha colocado, a partir daquela pesquisa de jurimetria, entre 25g e 60g, posicionando-me inicialmente em 60g, mas concordo em ficarmos nessa média de 40g e 6 plantas fêmeas.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, apenas pela ordem, como fiz inserir no voto que entendo que não temos essa *expertise*, pelo menos eu não tenho, não voto pela gramatura.

SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas Vossa Excelência já votou, está perfeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, quero registrar que estou votando no sentido de que isso foi tido como maioria. No meu voto, a fixação de gramatura seria até que sobreviesse a atuação do Legislativo ou a do Executivo. Mas, votada a tese, considero que ela corresponda efetivamente ao que ficou como sendo por maioria. Apenas para anotar isso.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Mas a maioria se formou nesse sentido, não, Presidente? Até que se regulamente. Era melhor expressar isso na tese também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Sim, acho que sim. É que o Ministro Fachin havia votado delegar ao Congresso sem fixar. A Ministra Cármen acompanhou o Ministro Fachin, mas fixando uma quantidade. O Ministro Kassio também.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Eu, da mesma forma, Senhor Presidente, inclusive reajuste o voto, mas nessa direção: uma fixação provisória até que tenha a disciplina pelo Congresso ou pelos órgãos executivos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Alexandre, a posição de Vossa Excelência nesse ponto para saber onde está a maioria ou não?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, também aderi a esse posicionamento: até que o Congresso Nacional estipule uma nova gramatura.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A tese ficaria então:

Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, será presumido usuário quem, para uso próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40g de *cannabis sativa* ou seis plantas fêmeas, até que o Congresso venha a legislar a respeito.

Está bem assim, Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - De acordo.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, apenas para consignar que acompanho em relação à tese, mas divirjo quanto à gramatura, porque meu voto é em 25g: tal como proposto, salvo pelo Ministro, no debate.

Presidente, aqui é aquela fronteira: entendo que é *per curiam*, é a posição da maioria, mas não tem maioria de 60g. Li os votos e, salvo engano, não há uma definição da questão de 60g. A questão de 40g é nova, então, em algum momento, tenho o direito de dizer que não concordo com 40g, e sim com 25g.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ficam consignadas as posições do Ministro Flávio Dino e do Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Presidente, perdoe-me. É que, lendo de novo a tese, vamos esbarrar em um problema em relação ao item 3, que é o confronto com o item 6. Só faço essa observação para a gente decidir e discutir quando do item 6, porque há uma contradição insanável.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vamos chegar lá.

Proposição 5:

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite assim estabelecido, quando presentes elementos indicativos do intuito de

RE 635659 / SP

mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelhos celular contendo contatos de usuários ou traficantes.

Este é um ponto que destacamos: essa presunção que estamos estabelecendo de 40g é relativa. Se outros fatores revelarem indícios de tráfico, mesmo sendo uma quantidade reduzida, o enquadramento será como tráfico. Todos de acordo com a proposição 5?

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Presidente, perdoe-me, mas a antinomia que identifiquei no item 6 também está no item 5 em relação ao item 3, porque o Ministro Alexandre alertou. A questão é: a polícia abordou alguém e, pelo que entendi, ficaram 40g. Ao Ministro Alexandre pergunto: o que o policial militar vai fazer? Vossa Excelência disse no item 3: apreende a droga e comunica ou faz o TCO ou não faz. Para mim não ficou claro se há TCO ou não. Quando o item 5 fala em delegado de polícia e o item 6 fala em delegado de polícia, estamos presumindo que o cidadão vai ser levado à delegacia. Perdoe-me, Presidente, quero que a tese seja clara. O PM vai levar o cidadão para a delegacia? Sim ou não?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O item 5 não fala de delegado.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Fala sim, Presidente, o item 5 fala de delegado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permita-me, Ministro Flávio, a partir da regra de transição que constou no item 3, acho que a preocupação do voto de Vossa Excelência, fica superada, porque, veja, o que diz o item 3? A autoridade policial.

A autoridade policial, nos termos do Código de Processo Penal, é só o delegado de polícia, não é o policial militar, não é o oficial da polícia militar, não é o investigador de polícia, como se chama em São Paulo, ou detetive, em outros estados. A autoridade policial é o delegado. Sendo a autoridade policial, mantendo o termo circunstanciado e o envio para o

RE 635659 / SP

juizado, obviamente será levado à delegacia. Essa norma de transição será levada até que haja uma nova regulamentação. Até porque - conforme Vossa Excelência e a suposta preocupação, e com razão -, não dá para saber qual o peso, se tem celular, se foi apreendido.

Essa é uma preocupação correta, e discutimos muito, para a nova legislação, disciplina. Por enquanto, continua sendo levado à delegacia de polícia, até porque se fala em autoridade policial no item 3, no item 5 e no item 6. O delegado de polícia que abordará na delegacia.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ministro Alexandre, quero explicitar isso na redação.

O que ocorre? O PM encontrou o cidadão com 35g. O policial militar não irá decidir. Vossa Excelência tem razão, a autoridade policial. Para que pese, verifique traços de mercancia, etc., é claro que o PM conduzirá o cidadão ou cidadã para a delegacia de polícia. Isso tem de ficar explicitado. E o delegado fará o quê? Também tem que ficar claro. Porque, para submeter ao juizado, qual será o veículo para chegar ao juizado? O TCO.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permita-me, Ministro Flávio?

Tendo o encadeamento dos itens 3, 5 e 6, o procedimento, até que haja nova disciplina, será: o policial aborda; havendo droga, leva para a delegacia - até porque os policiais não andam com balança no bolso -, não só será pesado, mas também deve constatar no auto ser entorpecente.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - As circunstâncias, claro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Fará as circunstâncias, e competirá à autoridade policial ou realizar o termo circunstanciado e encaminhar ao juizado, liberando imediatamente a pessoa, ou o delegado, de forma circunstanciada, para afastar a presunção relativa de 40g, deverá afirmar o flagrante. Além disso, havia caderneta com endereços, havia balança de precisão? Aí, faz-se o flagrante.

Parece-me, e gostaria de saber se é isso mesmo, Ministro Gilmar, ser essa a ideia dos itens 3, 5 e 6.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É isso. Basicamente mantendo a atual disciplina até que venha a regulamentação. Inclusive, a regulamentação sugerida por nós e pelo próprio CNJ.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Agora está claro. Deixou-se claro ser esse o itinerário: passa pela delegacia. Porque, amanhã, irão perguntar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso decorreu de uma pergunta que o Ministro Alexandre fez durante os debates: depois que isso entrar em vigor, o que será? É essa questão que se está respondendo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli, por favor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, todos os eminentes Colegas, Dr. Hindenburgo, a Advocacia, a Defensoria, todos os que nos acompanham, servidores e servidoras.

Senhor Presidente, anteciparei meu voto se me permitem.

Conforme encaminhei a Vossa Excelência, coloco-me de acordo com os conceitos trazidos não só nas teses propostas, nos itens de tese propostos pelo eminente Relator, mas também no dispositivo final, que refletem a votação majoritária nessa discussão tão longa e tão necessária. Penso que a Corte produziu, ao fim e ao cabo, uma decisão extremamente importante.

Gostaria de cumprimentar Vossa Excelência pelo tirocínio – não sei se isso está fora do vocabulário...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Tirocínio está na trave, né?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas se é para elogiar, serve.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Elogio pode ser qualquer vocabulário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Elogio a inteligência, a firmeza de Vossa Excelência em terminarmos esse julgamento. Até eu, que estava com vista, já estava aflito para trazer minha opinião e o Colegiado se manifestar em seu coletivo. Então, gostaria de cumprimentar Vossa Excelência. Penso que o momento, nesse final de semestre, que termina muito bem, com muitas atividades desta Corte, ao fim e ao cabo, foi adequado e necessário. Cumprimento o eminente Relator e todos os eminentes colegas. Foi uma discussão extremamente enriquecedora.

Tive a oportunidade, agora há pouco, de encaminhar mensagem ao eminente Relator, dizendo que também estou de acordo com as teses formuladas por Sua Excelência e com os dispositivos decorrentes da tese. Só fiz uma sugestão: acolher um posicionamento que fiz sobre sugerir que haja campanhas educativas sobre a questão do uso de drogas, tal qual foi feito com o tabaco. É uma droga lícita (tabaco), mas houve uma grande campanha para desestimular seu uso em defesa da saúde pública. Campanha visando à saúde pública. Deixo, então, essa sugestão e digo que, evidentemente, os debates levarão a algum ajuste, eventualmente, como esse do item 3. Desde logo, coloco-me com o que a maioria estiver acolhendo e, apesar de vencido no sentido do caso concreto, penso que a tese, em grande parte, contempla meu posicionamento ao longo do voto, que é pela não penalização, mas, além de não penalização, pela descriminalização, ou seja, pela ausência de efeitos penais.

Agradecendo a Vossa Excelência e aos eminentes Colegas, assim me manifesto quanto a Tese.

Muito obrigado, Senhor Presidente!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, como voto depois do Ministro Dias Toffoli, não sei se Vossa Excelência colheu os votos... É apenas o seguinte: como não concordei com a gramatura e o item 5 diz "a presunção do item anterior é relativa", não posso concordar com isso. Concordo que a autoridade policial pode prender por tráfico, mas isso

RE 635659 / SP

não preciso nem dizer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Consigno a divergência do Ministro Fux quanto ao item 5.

Leio a proposição 6:

6. Nesses casos, caberá ao delegado de polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativas minudentes para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos, como tirocínio e a experiência dos agentes policiais, alegação de nervosismo ou atitude suspeita e a invocação de denúncias anônimas ou tentativa de fuga, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal da autoridade e de nulidade da prisão.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, aqui não concordo com a redação, pedindo vênia ao Ministro Gilmar, porque muito do que está aqui não foi discutido. Nesses casos caberá ao delegado consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativas para o afastamento da presunção. Quanto a isso, todos concordamos. Concordo que, se as justificativas forem abusivas, arbitrárias, ele deve ser responsabilizado. Agora, não concordo com o enunciado do que já seria previamente o abuso: "sendo vedada a alusão a critérios subjetivos, como o tirocínio, a experiência dos policiais, a alegação de nervosismo, atitude suspeita e a invocação de denúncias anônimas".

A polícia, no tráfico - o Ministro Gilmar sabe disso -, principalmente em locais dominados pelo tráfico, pela milícia, vive de denúncias anônimas. As pessoas não têm coragem de dizer que em determinada casa, em determinado local, há um traficante, se não essa pessoa vai ser morta no dia seguinte.

Recebe-se, então, uma denúncia anônima; a polícia chega; a pessoa que está lá vendendo corre; a polícia prende; só que, na corrida, ela joga fora a balança, joga fora isso, só com a droga. Quando o delegado falar que a denúncia foi anônima e que a pessoa estava em atitude suspeita e fugiu, não valerá?

Aqui, pediria e votaria no sentido de se colocar a necessidade,

RE 635659 / SP

obviamente, de fundamentação, mas tiraria: "sendo vedada alusão a critérios subjetivos, como tirocínio, a experiência dos policiais, a alegação de nervosismo, ou a atitude suspeita e a invocação de denúncias anônimas".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Alexandre, Vossa Excelência concordaria em "sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários"?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Obviamente, obviamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está bem, Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Está bem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pronto! "Sendo vedado alusão a critérios subjetivos arbitrários".

Item 7:

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio.

Parece natural, não vejo divergência aqui.

Item 8:

8. A apreensão de quantidades superiores aos limites, ora fixados, não impede o juiz de concluir pela atipicidade da conduta, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

Nós debatemos isso; 40 gramas é uma referência. Pode ser tráfico com menos ou pode ser porte com mais, depende das circunstâncias do caso.

Essas são as teses.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Por favor, Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu já havia

RE 635659 / SP

encaminhado ontem ao Ministro Gilmar e ele havia concordado, mas acho que, pela celeridade, no item 7, na verdade, para que possamos adequar a Lei da Audiência de Custódia ao juízo de garantias, aqui seria: deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento de presunção de porte para uso próprio.

Agora é audiência de custódia, não é o recebimento do auto de flagrante somente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência propõe substituir "ao receber o auto de prisão em flagrante" por "na audiência de custódia"?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Audiência de custódia; exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - De acordo, Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - De acordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, observação, pela ordem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Desde que não seja o voto sobre o juízo de garantias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não, é só por coerência mesmo.

Aqui, na hipótese "prisão por quantidades inferiores ao fixado no item 5", estou manifestando minha divergência, porque não toquei em quantidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Assento a divergência do Ministro Fux quanto ao item 7.

Item 8, todos de acordo.

Depois, o Ministro Gilmar acrescentou:

RE 635659 / SP

O Supremo Tribunal Federal deliberou, ainda nos termos do voto do Relator, determinar ao Conselho Nacional de Justiça, em articulação com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e Conselho Nacional do Ministério Público, a adoção de medidas para permitir cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas no 28, I e III, em procedimento não penal:

2. Criação de protocolo próprio para a realização de audiências envolvendo usuários dependentes com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública e de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas.

Aqui acho que todos concordamos que o assunto deve migrar de uma questão policial para uma questão de saúde pública, e penso que o Conselho Nacional de Justiça possa contribuir para isso.

Depois diz ainda o voto:

Até que seja fixado pelo Conselho Nacional de Justiça esse novo rito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei de Drogas será excepcionalmente dos Juizados Especiais Criminais, conforme a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença.

E, por fim...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só um rápido detalhe.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Diga.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Entendo que o CNJ não tem competência constitucional para editar ritos, porque isso é lei procedimental processual ou dos estados, ou da União. O CNJ não pode fixar procedimento penal.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Consignamos, então, a divergência do Ministro Fux quanto a esse item.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Consigne a minha divergência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - E, por fim - por fim ainda não:

Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas, para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de prevenção ao uso de drogas, atenção especializada e reinserção social de dependentes e repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas.

Conclamar os Poderes a avancarem no tema, estabelecendo uma política focada na não estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas.

3. Agenda de prevenção educativa implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas.

4. Criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar os usuários e dependentes as medidas previstas em lei, nos mesmos moldes das comissões de dissuasão de tóxico e dependência de Portugal.

Para viabilizar a concretização dessa política pública, especialmente a implementação de programas de dissuasão, como contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuário, caberá os Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações

RE 635659 / SP

orçamentária suficiente para essa finalidade.

Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas - FUNAD, instituído pela Lei nº 7.560, de 1986, e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, e se abster de contingenciar os futuros aportes no Fundo.

Por fim, a Corte determinou que o CNJ realize...

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, nesse item, quem vai ser o destinatário dos recursos do Fundo? Os recursos estão dentro de uma gestão orçamentária. Pela tese, para onde iriam os recursos do Fundo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Acho que geridos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Esse recurso é gerido pelo Ministério da Justiça.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Mas a liberação do saldo seria a favor de quem? Essa é a minha pergunta.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Do Fundo. Do Fundo, Cristiano. Perdoe. É que o Fundo tem um regramento legal próprio...

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Mas mantendo a destinação legal? É essa a dúvida.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Sim, sim. Sem dúvida, sem dúvida, mantendo a lei referida. Creio que é isso, pelo menos na minha ótica.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, pela ordem. Não tenho nada contra, mas acho que as autoridades públicas brasileiras têm que ter liberdade. O CNJ tem que ter liberdade de estabelecer o que o seu colegiado, presidido por Vossa Excelência, entender. Não tenho nada contra nenhum país, mas, digamos assim, limitar a atuação nos mesmos moldes da Comissão de Portugal, sinceramente... Acho que isso é um ato soberania. Isso não é paradigma, não se pode manietar o legislador brasileiro à legislação...

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Consigno a divergência do Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Também queria apelar ao Ministro Gilmar Mendes para analisar isso, porque também acho que essa referência poderia ser exemplificativa, mas não nos mesmos moldes, porque cada país tem sua peculiaridade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim. Aqui tudo tem a ver com as discussões que já travamos sobre não tratar o tema no campo da repressão. Aqui passam a ocorrer as chamadas audiências de admoestação e, portanto, as comissões de dissuasão, desestímulos, só isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, talvez, ficasse melhor, se Vossa Excelência concordar, até em virtude da observação do Ministro Fux, em vez de "nos termos de", "por exemplo, como foi feito em Portugal".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Ou *verbi et gratia*. *Verbi et gratia*.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu sugiro "como, por exemplo", que é vernáculo.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - *Verbi gratia* não passa, né, Presidente? Ou bota *v.g.* que fica mais claro ainda.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - "Como, por exemplo". Ficou "como, por exemplo" então.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Quando se usa um país como paradigma, você fica caudatário, inclusive, das mudanças do país paragonado. Paradigma e paragonado ficam vinculados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Poderia apenas terminar em "previstas em lei", não, Ministro Gilmar? Há modelos pelo

RE 635659 / SP

mundo que podem ser adotados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pode parar em "previstas em lei".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aí, Vossa Excelência, Presidente do Conselho Nacional de Justiça, vai determinar o que Vossa Excelência achar melhor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vou fazer uma farra lá, vocês vão ver.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso vai ficar sob sua responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - "Previstas em lei", ponto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Ponto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ok. E, por fim,

O Conselho Nacional de Justiça realizará mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados nesse voto.

Eu acho ótimo. Penso que, nesse item anterior, estou preocupado com o pedido do Ministro Dias Toffoli:

A União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, gerido pelo Ministério da Justiça, e se abster de contingenciar recursos que deverão ser utilizados inclusive para campanhas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

Está bem assim, Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Presidente, isso já consta da lei referida - art. 5º, inciso III -, nos mesmos termos propostos pelo

RE 635659 / SP

Ministro Toffoli. Segundo a lei, os recursos do Funad serão destinados, como o Ministro Zanin indagou, aos programas de formação profissional - inciso I -; aos programas de educação técnico-científica preventiva - inciso II; e aos programas de esclarecimento ao público - inciso III.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pronto, como não há contradição, vamos atender ao pedido do Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, realmente não há contradição, mas acho que é importante deixar bem claro isso, como levantou o Ministro Zanin e agora o Ministro Flávio Dino, porque foi a discussão também, já resolvida, em relação ao Fundo Penitenciário. O que o Supremo irá fazer agora é determinar o descontingenciamento, mas a gestão toda continua no Ministério da Justiça, a gestão toda continua no Poder Executivo, via Secretaria Nacional Antidrogas, e um dos pontos é exatamente esse a que o Ministro Toffoli se refere.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Alguém tem dificuldade de incluir "inclusive para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas"?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Só para atender o pedido do Colega.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Presidente, na verdade, minha sugestão era no item seguinte, apenas para prestigiar, referir-se não só ao CNJ, mas também às defensorias públicas, no que se refere aos mutirões. Acho que é um convite às defensorias. É claro que o CNJ pode fazer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O CNJ atua via defensorias públicas, nesse caso.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Sim, sim, sim, mas gostaria de propor ao Relator ser CNJ com a participação das defensorias públicas, apenas de forma expletiva, para deixar clara a participação da instituição.

RE 635659 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nada contra. De acordo, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Fixados neste voto, com a participação...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Das defensorias públicas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito bem!

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

26/06/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Queria registrar mais uma vez, em esclarecimento ao público e aos parlamentares, por quem o Supremo Tribunal Federal tem toda a deferência possível, que o que nós estamos fazendo aqui é estabelecer uma forma de lidar com um problema que recai sobre esta Corte, que é o hiperencarceramento de jovens primários e de bons antecedentes pelo porte de pequenas quantidades de drogas, sendo que nós detectamos, nos nossos julgamentos e nas pesquisas que foram trazidas, que a não fixação de um critério distintivo entre usuário e traficante fazia com que houvesse uma grande discriminação em relação às pessoas pobres, geralmente negras, que vivem nas periferias. Portanto, ao fixarmos - e considero que esse é o capítulo principal da nossa decisão - a quantidade que, a partir de agora, como presunção, distinguirá usuário de traficante, vai-se evitar que essa prisão exacerbada forneça mão de obra para o crime organizado nas prisões brasileiras.

Ninguém aqui no Supremo Tribunal Federal, nenhum dos onze Ministros defende o uso de drogas, antes pelo contrário, nós o desincentivamos. Drogas ilícitas são uma coisa ruim. Nós estamos aqui debatendo a melhor forma de enfrentar esse problema e minimizar as suas consequências para a sociedade e constatamos que a não fixação de uma quantidade distintiva tem sido uma má política pública relativamente às drogas.

Em opinião própria, penso que a política de drogas que se deva praticar é a de monitoramento dos grandes carregamentos, de persecução dos grandes traficantes, de monitoramento do dinheiro e do policiamento, tão intenso quanto possível, de fronteiras, e não a política de prender em flagrante meninos pobres de periferia com pequenas quantidades de drogas.

Agradeço imensamente a presença de todos e ao eminente Relator a

RE 635659 / SP

maneira como se pronunciou e ajudou a construir o consenso possível nessa questão polêmica, que é divisiva da sociedade. Como disse, haverá concordâncias e haverá divergências, porque não é possível unanimidade num tema dessa natureza, mas todos aqui estamos convencidos de termos feito o que é melhor para o país e para a política em matéria de drogas.

Cumprimento todos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : VIVA RIO

AM. CURIAE. : COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA - CBDD

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (25350/DF, 163657/SP) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : BRUNO VINICIUS FERREIRA DA VEIGA (33073/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO SOARES GARCIA (125605/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOU DA PAZ

AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA

AM. CURIAE. : PASTORAL CARCERÁRIA

ADV.(A/S) : PETRA SILVIA PFALLER (17120/GO)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE (3803-D/RJ, 003803D/RJ)

AM. CURIAE. : ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI)

AM. CURIAE. : SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

ADV.(A/S) : CHRISTIANE ARAUJO DE OLIVEIRA (43056/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD

ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S) (SP067277/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-FAMÍLIA

ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA (19772/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE - CADES

ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO (129630/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE

ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO (58271/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI (0320762/SP)
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGÉRIO MAIA GARCIA (56255/RS) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (015682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : LEVI RESENDE LOPES (58890/DF)
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS - APCF
ADV.(A/S) : ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (46056/DF, 260280/RJ, 456898/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de admitir o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, bem como o direito à sustentação oral, da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), da Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e da Federação de Amor-Exigente (FEAE). Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pelo *amicus curiae* Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso

de Psicoativos - ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux; pelo *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelos *amici curiae* Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas - ABEAD, o Dr. David Azevedo; pelo *amicus curiae* Central de Articulação das Entidades de Saúde - CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pelo *amicus curiae* Federação de Amor-Exigente - FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza Filho, e pelo *amicus curiae* Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.09.2015.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, no caso concreto, acompanhava o Ministro Gilmar Mendes (Relator) e dava provimento ao recurso extraordinário para, atribuindo interpretação conforme ao art. 28 da Lei 11.343/2006, excluir a incidência do tipo penal à conduta do recorrente, determinando sua absolvição, e, quanto à tese (tema 506 da repercussão geral), divergia parcialmente do Relator, propondo-a nos seguintes termos: "1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar,

tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior; 3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada, comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes; 4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega `delivery`), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico; 5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores à faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário", o julgamento foi adiado por indicação do Ministro Gilmar Mendes (Relator). Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas - tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com

a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas"; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Alexandre de Moraes, o qual, nesta assentada, fixava o quantitativo de 60g ou 6 plantas fêmeas como critério para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do voto-vista do Ministro André Mendonça, que acompanhava o Ministro Cristiano Zanin no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, mas propunha a seguinte tese: "I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006; II - Fica estabelecido o prazo de 180 dias para o Congresso Nacional estabelecer critérios objetivos para diferenciar aquele que porta drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006) do traficante de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006), parâmetros que não impedirão que, no caso concreto, seja afastada a presunção mediante fundamentação idônea da autoridade competente", e conferia interpretação conforme a Constituição ao art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, para esclarecer, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema, que: I - Será presumido usuário e, portanto, sujeito às consequências jurídicas elencadas pelo art. 28, caput e incisos I, II e III, o indivíduo que estiver em posse de até 10 gramas de maconha; II - Tal presunção poderá ser desconstituída, no caso concreto, com base em fundamentação idônea pela autoridade competente, à luz dos demais parâmetros estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006; do voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava o voto do Ministro Cristiano Zanin, negando provimento ao recurso e assentando a constitucionalidade do dispositivo impugnado, fixando a quantidade de 25g ou 6 plantas fêmeas para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; e do voto do Ministro Edson Fachin, que ratificava o seu voto no sentido de acompanhar o Relator relativamente ao dispositivo impugnado, mas considerava que o estabelecimento da quantidade de maconha seria atribuição do Poder Legislativo, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Plenário, 6.3.2024.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, no caso concreto, negava provimento ao recurso extraordinário, determinava que a condenação do recorrente não gere efeitos penais e propunha a fixação da seguinte tese (tema 506 da repercussão geral): "a) reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006; b) reconhecer que a aplicação das medidas previstas

nos incisos I a III desse dispositivo não acarreta efeitos penais; c) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, no prazo de 18 meses, formulem e efetivem uma política pública de drogas, conforme previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, interinstitucional, multidisciplinar, baseada em evidências científicas, a qual deverá compreender, obrigatoriamente, a regulamentação das medidas previstas nos incisos I a III do art. 28, a fixação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante de *cannabis* e a formulação de programas voltados ao tratamento e à atenção integral ao usuário e dependentes; d) Determinar que a política pública referida no item 'c' envolva todos os órgãos federais com atuação nas áreas de saúde (Ministério da Saúde e ANVISA), educação (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação), trabalho e emprego (Ministério do Trabalho e Emprego e Conselho Nacional do Trabalho), segurança pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos), dentre outros cuja temática necessariamente deva permear a política nacional de drogas como condição para a sua efetividade e eficácia; e) Fazer apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que, com o fito de viabilizar a política pública referida nos itens anteriores, garantam dotações orçamentárias suficientes e a respectiva liberação de valores para cumprimento das medidas previstas no art. 28 e das demais iniciativas voltadas à implementação da política descriminalizante, mediante os devidos ajustes financeiros e orçamentários; e f) Propor que o Poder Executivo inicie uma campanha permanente de esclarecimento público sobre os malefícios do uso de drogas, tal como foi realizada a bem-sucedida campanha antitabagismo", o julgamento foi suspenso. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 20.6.2024.

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux, que negava provimento ao recurso extraordinário, declarando constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, sem fixação de quantitativo para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava o voto do Ministro Edson Fachin no sentido do parcial provimento do recurso, declarando a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, para dar interpretação conforme, e, até que sobrevenha a atuação do Legislador, acompanhava o voto do Ministro Alexandre de Moraes no tocante ao critério quantitativo; e do voto ora reajustado do Ministro André Mendonça, que aderiu ao entendimento do Ministro Dias Toffoli quanto aos itens "c" (prazo de 18 meses) e "f" (proposição de campanha sobre os malefícios do uso de droga), deixando de estabelecer uma fixação de quantitativo de droga, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 25.6.2024.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; e ii) absolver o acusado por atipicidade da conduta, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux. Não votou, no mérito, o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que já havia proferido voto em assentada anterior. Em seguida, por maioria, fixou a seguinte tese: "1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à

fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. 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". Ficaram vencidos: no item 1 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux; no item 2 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques; no item 3 da tese, o Ministro Luiz Fux; no item 4 da tese, os Ministros Flávio Dino e Luiz Fux; e, nos itens 5 e 7 da tese, o Ministro Luiz Fux. Votou na fixação da tese o Ministro Flávio Dino. Por fim, o Tribunal deliberou, ainda, nos termos do voto do Relator: 1) Determinar ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas - CAPS AD; 2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas; 3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei; 4) Para viabilizar a concretização dessa política pública - especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários - caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão

ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados no voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro André Mendonça, que já havia proferido voto em assentada anterior. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 26.6.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro André Mendonça.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Hindenburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário