

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 - FEAÉ

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

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 trouxer 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”.

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 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 legislante, 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”.

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. Apesar, 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 Álcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das 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 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, 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 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 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 Processo Penal.

Afirmção, 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	<p>Declara a inconstitucionalidade de todas as medidas penais atribuídas ao porte para consumo pessoal de quaisquer drogas.</p> <p>Mantém as medidas administrativas. Admite a prisão do usuário, mas determina a apresentação imediata ao juiz.</p> <p>Não define um critério provisório em relação à quantidade.</p>
Ministro EDSON FACHIN	<p>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.</p> <p>Assinala prazo para que órgãos do Poder Executivo a edição de parâmetros para diferenciar traficante e usuário.</p> <p>Não define um critério provisório em relação à quantidade.</p>
Ministro ROBERTO BARROSO	<p>Declara a inconstitucionalidade do art. 28 apenas em relação à maconha.</p>

	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 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-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 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.

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 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 levamos 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 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 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. É 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 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 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 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 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.

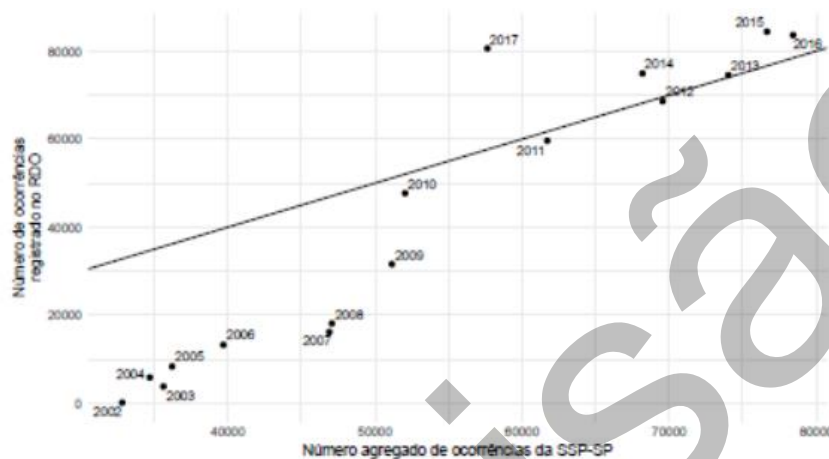


Figura 2.2: Comparação entre número de ocorrências registradas no RDO e o número de ocorrências disponíveis no site da SSP de São Paulo.

O segundo recorte surgiu a partir de uma característica 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 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 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 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 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.
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 nº 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 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 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 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 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.

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 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 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 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 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 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.

CASO CONCRETO:

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, l (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 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.

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.