

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**VANESSA DE ANDRADE PEREIRA**

**O IMPACTO DA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS TAXATIVOS PARA  
CARACTERIZAÇÃO DO PORTE DE CANNABIS PARA CONSUMO PESSOAL:  
UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº  
635.359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

São Paulo

2023

VANESSA DE ANDRADE PEREIRA

O IMPACTO DA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS TAXATIVOS PARA CARACTERIZAÇÃO  
DO PORTE DE CANNABIS PARA CONSUMO PESSOAL:  
UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº  
635.359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito para obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. ME. MARCO AURÉLIO BARBERATO GENGHINI

São Paulo

2023

VANESSA DE ANDRADE PEREIRA

O IMPACTO DA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS TAXATIVOS PARA CARACTERIZAÇÃO  
DO PORTE DE CANNABIS PARA CONSUMO PESSOAL:  
UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº  
635.359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito para obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Marco Aurélio Barberato Genghini  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

## AGRADECIMENTOS

Por mais sensível que possa ser o tema do presente trabalho, ainda mais considero, em minha esfera pessoal, a escrita dos agradecimentos que se seguirão.

Em primeiro lugar, agradeço a meu pai, Silvio Pereira, que mergulhou de cabeça no sonho desse diploma comigo, por ter tornado sua realização possível em todas as esferas e por todos os meios; pela confiança em minha formação depositada para tratar de assuntos tão sensíveis a nós; por todo suporte afetivo, incentivo, doação e disposição a cada uma das incontáveis idas e vindas do Mackenzie comigo, tarde da noite.

À minha mãe, Claudia de Andrade, por todo o amor, acolhimento, afeto, incentivo e orgulho incondicional; por todo o apoio e encorajamento em tudo que me propus a fazer e estudar, mas principalmente por ter sido minha primeira professora em muito do que sei, e ter feito de mim muito do que sou e pretendo me tornar, por ser tudo que é e representa; por ser fonte de infinda de amor, inspiração, admiração, exemplo e orgulho.

Às minhas irmãs, Carol e Tathi, melhores amigas que essa existência poderia me possibilitar, pela partilha irrestrita da vida, por serem nela e na construção de quem sou, basilares; por serem exemplo e inspiração, pelas conversas sinceras, conselhos sensatos, por todo carinho, amparo, apoio, confiança e amor.

Aos meus grandes amigos e parceiros de graduação, Guilherme Guimarães, Lina Rahal e Matheus Pambukian, pela companhia em cada noite, trabalho e prova, pelas trocas genuínas e risos sinceros, e por permitirem maior leveza ao árduo deslinde e conclusão dessa graduação.

Ao meu orientador, Prof. Me. Marco Aurélio Barberato Genghini, por sua contribuição fundamental no direcionamento do tema e elaboração do presente trabalho; ao Mackenzie por ser palco da melhor graduação que eu poderia viver, e por ter tornado suas paredes de tijolinhos meu segundo lar nos últimos cinco anos; e, à todas as pessoas e profissionais que de algum modo contribuíram para a minha formação enquanto pessoa e operadora do direito.

Em igual grau de importância, ainda que por derradeiro, a mim, sem extensas justificativas ou explícitos motivos, posto que a integralidades deles, tacitamente inerentes a quem sou e às escolhas que fiz.

## RESUMO

Propõe-se o presente trabalho ao estudo e análise do impacto da fixação de critérios taxativos para a caracterização do porte de cannabis para consumo pessoal, sob a ótica do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.359 do Supremo Tribunal Federal, o qual analisa a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, sob o fundamento de violação aos princípios da intimidade e vida privada, constantes no art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, segue o julgamento em questão, a tendência mundial de distanciar do Direito Penal e punitivo, o porte para consumo pessoal de droga sem potencial lesivo aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, quais sejam, saúde e segurança pública. Mostra-se imperiosa e atual a presente pesquisa, vez que a fixação de critérios taxativos é de suma importância para que se possa diferenciar tráfico de consumo pessoal, nos termos dos artigos 33 e 28 da Lei de Drogas, ao passo que as penas aplicadas ao cometimento das condutas é distinta e não pode se confundir, ao ser deixada a critério dos agentes estatais sua interpretação subjetiva e inexata, vez que silenciou-se o legislador no que tange à distinção clara e expressa entre usuários e traficantes.

**Palavras-chave:** Maconha; Taxatividade; Lei de Drogas; Descriminalização; Porte para Consumo.

## **ABSTRACT**

The present research aims to study and analyze the impact of establishing strict criteria for the characterization of cannabis possession for personal use, from the perspective of the judgment of Extraordinary Appeal No. 635.359 of the Federal Supreme Court, which examines the unconstitutionality of Article 28 of the Drug Law, on the basis of violating the principles of privacy and private life, as enshrined in Article 5, Section X, of the Federal Constitution. Thus, the judgment, aligns with the global trend of distancing, from criminal and punitive law, the personal drug possession without potential harm to legal interests protected by the legal system, such as health and public safety. This research is essential and up-to-date because the establishment of precise criteria is of paramount importance to distinguish between drug trafficking and personal consumption, as outlined in Articles 33 and 28 of the Drug Law, the penalties for these actions are different and must not be confused and left to the subjective and imprecise interpretation of state agents, since the legislator did not comment on a clear and explicit distinction between users and traffickers.

**Keywords:** Cannabis; Precision; Drug Law; Decriminalization; Personal Consumption.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ABJ	Associação Brasileira De Jurimetria
ANVISA	Agência Nacional De Vigilância Sanitária
CDP	Centro De Detenção Provisória
CF	Constituição Federal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DP	Defensoria Pública
INFOPEN	Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias
RE	Recurso Extraordinário
SENAPPEN	Secretaria Nacional de Políticas Penais
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO RE 635.659 E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS JURÍDICOS .....</b>	<b>9</b>
1.1 A APARENTE ANTINOMIA NORMATIVA ENTRE O ART. 5º, X, DA CF, E O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 .....	10
<b>2 ANÁLISE ACERCA DA TAXATIVIDADE ESTABELECIDADA NOS VOTOS DOS MINISTROS E SUAS NUANCES .....</b>	<b>13</b>
2.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES .....	13
2.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN .....	17
2.3 ANOTAÇÕES PARA O VOTO ORAL DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO .....	20
2.4 VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES .....	24
<b>3 O IMPACTO PRÁTICO DO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS TAXATIVOS QUANTO AO PORTE DE CANNABIS PARA CONSUMO PESSOAL .....</b>	<b>28</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>37</b>



## INTRODUÇÃO

Por intermédio de pesquisa emanada e embasada em recursos bibliográficos e documentais, como livros e artigos publicados, com metodologia majoritariamente qualitativa, sem se olvidar de dados quantitativos oriundos de levantamentos de dados do INFOPEN, DEPEN e SENNAPPEN, de natureza aplicada e analítica, demonstra-se necessária e valiosa a discussão acerca da necessária fixação de critérios taxativos para a caracterização do porte de cannabis para consumo pessoal.

Isso pois, objetiva a presente pesquisa possibilitar inferir o impacto da referida fixação de critérios objetivos, permitindo assim a cristalina diferenciação entre usuários e traficantes, com conseqüente repercussão nos sistemas judiciário e carcerário, além de demais implicações socioeconômicas, principalmente no que tange à guerra às drogas, vez que a omissão do legislador quanto aos critérios objetivos e clara definição da conduta em questão, permite subjetividade na tipificação, incorrendo em aplicações não uniformizadas e por vezes injustas de pena privativa de liberdade em casos concretos.

Nesse sentido, busca o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 a análise acerca da constitucionalidade da criminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, face aos princípios da intimidade e vida privada, constantes no art. 5º, X, da Constituição Federal. Vê-se que a análise da constitucionalidade do dispositivo legal supramencionado detém de patente relevância sob o exame da repercussão do tema não só na saúde e segurança pública, mas também quando colocado em conflito com direito fundamental expresso na Constituição Federal.

De tal modo, objetivando o esclarecimento da temática, restará demonstrada, inicialmente, a contextualização do caso que levou ao julgamento do recurso e seus principais aspectos jurídico-legais, com análise previa acerca do conflito entre as normas em questão; de um lado, os direitos à intimidade e à vida privada; d'outro, os direitos à saúde e segurança pública. Assim, analisar-se-ão os fundamentos e critérios taxativos estabelecidos pelos ministros em seus votos, e seus impactos práticos no que tange à superlotação carcerária e repercussão na sociedade, saúde e segurança pública.

## 1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO RE 635.659 E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS JURÍDICOS

Corolariamente, cumpre esclarecer que o Recurso Extraordinário (RE) nº 635.359 do STF, de repercussão geral e relatoria do Ministro Gilmar Mendes, versa acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, tendo sido interposto em face de acórdão proferido pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema - SP, o qual, ao negar provimento ao recurso, manteve a decisão de 1º grau que entendeu pela afastabilidade da tese de declaração de inconstitucionalidade do referido diploma legal.

Na origem, cumpria o ora Réu, pena privativa de liberdade no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Diadema, ocasião em que foi flagrado com três gramas de maconha, tendo entendido o juízo de origem pela condenação à dois meses de prestação de serviço comunitário, com fulcro no artigo supramencionado, o qual dispõe:

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<sup>1</sup>.

Em suma, a controvérsia no caso *sub judice*, debruça-se na autorização ou não ao legislador no que tange a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal, sob o argumento de que tal tipificação extrapolaria seu poder, ferindo preceitos constitucionais que lhe condicionam, como os princípios da intimidade e vida privada, além do princípio da lesividade, basilar ao direito penal.

Assim, aduziu a Defensoria Pública que o consumo particular de drogas trata-se de mero exercício da vida privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima, inexistindo desrespeito a pessoas ou bens, ou mesmo a quaisquer bens jurídicos, posto que a conduta não afronta a saúde pública, tão somente, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário.

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 8 nov. 2023.

Nesse sentido, sustentou a acerca da inconstitucionalidade do referido dispositivo da Lei de Drogas, além da transgressão ao art. 5º, X, da Constituição Federal, o qual preconiza que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;<sup>2</sup>

Nessa esteira, sustentou o Ministério Público em parecer exarado, que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise é a saúde pública vez que, em seu entendimento, o uso de drogas por parte de uma pessoa pode propagar vício generalizada.

De tal modo, atualmente a questão do porte de drogas para consumo pessoal em nosso ordenamento jurídico é abrangida exclusivamente pelo Direito Penal, de modo que visa o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 a possibilidade de sua retirada do âmbito penal caso reconhecida a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006.

Há ainda certa divergência nos votos exarados pelos ministros no que tange à abrangência da inconstitucionalidade somente à maconha ou também às demais substâncias, justamente em razão do potencial lesivo de cada uma ao objeto jurídico tutelado pela Lei de Drogas, o que será analisado com maior enfoque adiante.

### 1.1 A APARENTE ANTINOMIA NORMATIVA ENTRE O ART. 5º, X, DA CF, E O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Tem-se que Lei 11.343/2006 trouxe relevante inovação no que tange à distinção do tratamento penal à usuários e traficantes, ainda que carregue consigo a características de legislação anteriores, pautadas em modelos proibicionistas.

Verifica-se a inovação legislativa por intermédio do tratamento dispensado ao usuário, vez que a pena privativa de liberdade para a conduta foi extinta, tendo sido inseridas penas restritivas de direitos, alternativas e multa, conforme regem os incisos do art. 28 da referida Lei.

---

<sup>2</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2023.

Contudo, dado o contexto preliminar acerca do referido dispositivo e dos aspectos jurídicos abarcados no julgamento do RE 635.659, verifica-se haver aparente conflito entre o direito coletivo à saúde e à segurança, e o direito à intimidade e à vida privada, motivo que ensejou a interposição do referido recurso.

Nesse sentido, cumpre classificar antinomia normativa enquanto o conflito entre normas jurídicas aparentemente aplicáveis no mesmo caso concreto, contudo, com disposições incompatíveis entre si. Em outras palavras, pode-se compreender o conceito de antinomia normativa quando da ocorrência de duas ou mais disposições, as quais disciplinam a mesma matéria de forma contraditória, demandando a utilização de métodos hermenêuticos variáveis conforme a natureza do conflito normativo. Nesse sentido, dispõe Carlos Eduardo Nicoletti Camillo:

A coerência de um sistema jurídico tem por escopo excluir as antinomias, isto é, as inconsistências, incompatibilidades ou discrepâncias entre duas ou mais normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico, no mesmo plano de validade e eficácia. Exemplificadamente, existe antinomia quando, num mesmo ordenamento, encontramos uma norma que proíba determinado fato e uma outra que permita o mesmo fato, conquanto referidas normas pertençam a um ordenamento único e se encontrem no mesmo âmbito de validade.<sup>3</sup>

De tal modo, em um cenário ideal, deve inexistir antinomia no ordenamento jurídico, posto que este, por sua vez, há de ser harmônico e coerente para que possua unidade e segurança jurídica, através do pleno estabelecimento da justiça.

Ainda, há de se considerar que a Constituição Federal dispõe acerca de uma série de normas que impõe ao legislador infraconstitucional a criminalização de algumas condutas, as quais visam a garantia aos direitos fundamentais que ela mesma prevê, sendo possível exemplificar com os incisos do art. 5º abaixo colacionados:

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;

---

<sup>3</sup> Carlos. **Manual da Teoria Geral do Direito**. Grupo Almedina (Portugal), 2019. E-book. ISBN 9788584935161. p. 238 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935161/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático<sup>4</sup>.

Entretanto, não criminaliza a carta magna o porte de drogas para consumo pessoal, seja de forma tácita ou expressa. E assim sendo, os direitos fundamentais devem ser sopesados quando da criação de demais legislações.

Dessa forma, conforme explanado alhures, pauta-se o julgamento do RE 635.659 do STF, justamente na discussão acerca da aparente antinomia normativa entre o art. 5º, X, da Constituição Federal, e o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, vez que visa a análise da competência do legislador de criminalizar o uso de drogas para consumo pessoal, sob o fundamento de tal dispositivo poderia violar os princípios constitucionais da inviolabilidade à intimidade e vida privada, podendo ser passível de declaração de inconstitucionalidade, a depender do resultado do julgamento.

---

<sup>4</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2023.

## 2 ANÁLISE ACERCA DA TAXATIVIDADE ESTABELECIDADA NOS VOTOS DOS MINISTROS E SUAS NUANCES

Em que pese a relevância da inovação trazida pelo diploma legal supramencionado, necessário observar que silenciou-se o legislador quanto à distinção clara entre usuário e traficante, limitando-se a fazer menção à finalidade de “consumo pessoal”, ao passo em que deixou de estabelecer critérios efetivamente taxativos e objetivos, que permitam a identificação cristalina da finalidade quando da prática do referido tipo penal.

Ocorre que tal omissão deixa a critério das polícias e do poder judiciário o estabelecimento de critérios subjetivos que caracterizem o porte para consumo pessoal, pelo que, em parte relevante dos casos, usuários são privados de sua liberdade ao incorrerem na tipificação do art. 33 e não do art. 28 da Lei de Drogas.

Adiante, restarão demonstrados dados que evidenciam que o encarceramento de população por crimes ligados à Lei de Drogas, vai na contramão daquilo que objetivava a Lei quando da sua criação em 2006, instruída pela inovação legislativa com a diferenciação da pena para a conduta de porte para consumo pessoal e tráfico, ao implicar pena privativa de liberdade apenas para os enquadrados à segunda conduta, em seu art. 33.

Nesse sentido, as estatísticas oficiais do sistema penitenciário indicam que a falta de definição objetiva entre os dois tipos penais incorreu na aplicação prática disfuncional do dispositivo legal, vez que muitas vezes, por não necessitar de provas – bastando a avaliação inicial da autoridade policial para o enquadramento do sujeito –, ele é presumido como traficante<sup>5</sup>.

### 2.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES

Faz-se mister trazer à baila as lições explanadas pelo relator Ministro Gilmar Mendes no voto do Recurso Extraordinário objeto deste trabalho, as quais abordam os principais aspectos negativos da omissão do legislador naquilo que tange aos critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante; daí a relevância do estabelecimento de critérios taxativos aqui estudada e apresentada.

---

<sup>5</sup> MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n. 1, p. 566–581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

Isso pois, tem-se que a maioria dos casos levados ao Judiciário corresponde à agentes jovens, com pequenas quantidades de drogas, presos em flagrante decorrente de abordagens ostensivas pela Polícia em via pública, sozinhos.

Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes<sup>6</sup>.

Nessa toada, aclara o Ministro os dados obtidos em pesquisa realizada por Luciana Boiteux, na qual foram analisadas 730 sentenças condenatórias pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, pelo período de dois anos<sup>7</sup>, e restou concluído que:

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 39 envolvimento do acusado com organizações criminosas<sup>8</sup>.

Ainda, relata dados oriundos de pesquisa sobre a eficácia do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e Distrito Federal, no contexto do crime de tráfico de drogas, sugerindo, a priori, que uma parcela ínfima dos condenados possui qualquer tipo de vínculo com organizações criminosas e, em sua maioria, as prisões ocorreram em flagrante, envolvendo jovens portando quantidades mínimas de substâncias entorpecentes. Destaca-se a seguinte fala do Ministro:

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<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 18.

<sup>7</sup> BOITEUX, Luciana. 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, p. 1-29, jun./set. 2009. Disponível em: [https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux\\_trafico\\_-constituicao\\_-rev\\_juridica\\_2009-1.pdf](https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux_trafico_-constituicao_-rev_juridica_2009-1.pdf). Acesso em: 8 nov. 2023.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 19.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 19.

Adicionalmente, aborda o Ministro Gilmar Mendes acerca da pertinência da norma penal em relação ao controle de evidência, o qual trata-se de medida eficiente para a proteção do bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, bem como acerca do controle de justificabilidade, no que tange à avaliação objetiva justificável das fontes de conhecimento disponíveis.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, sustenta o relator que o art. 28 da referida Lei, objeto da controvérsia da lide, descreve condutas idênticas às dispostas no art. 33 do mesmo diploma legal, sendo a única distinção notável, a inclusão da expressão “para consumo pessoal”; e, nesse contexto, escolheu o legislador despenalizar o primeiro dispositivo, retirando a imposição de qualquer sanção privativa de liberdade e estabelecendo rasa diferenciação entre as duas condutas.

Contudo, vê-se que a tomada de tal medida pelo legislador, não se coaduna com o controle de evidência, posto que a mera classificação da conduta descrita no art. 28 como crime não é harmônica quando observados os objetivos sociais perseguidos pela legislação antidrogas, conforme estabelecem os artigos 18 a 23 da Lei de Drogas.

Na mesma esteira, aduz o Ministro:

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<sup>10</sup>.

Sequencialmente, passa o Ministro a abordar o ponto mais relevante de seu voto: a distinção entre a figura do traficante, e do usuário. Em suma, explica o julgador que, ainda que a legislação diferencie a tipificação entre os artigos 28 e 33 com o uso da expressão “para consumo pessoal”, o dispositivo não é claro em relação ao que caracteriza o porte para consumo próprio.

Em perspectiva diversa, enfatiza o ministro, através de pesquisas, acerca da ineficácia da abordagem repressiva no combate ao tráfico de drogas, ilustrando tal argumento por intermédio da exemplificação de outros países, nos quais modelos de legalização ou descriminalização, na contramão do imaginário popular, não resultaram em aumento de estatísticas relacionadas ao consumo ou tráfico de entorpecentes.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 18.



Por outro lado, posiciona-se o Brasil enquanto um dos maiores encarceradores do globo, ao passo em que o sistema penitenciário continua em crescimento exponencial. Nesse sentido, preconiza o Ministro: “Diante desse quadro, resta suficientemente 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”<sup>11</sup>.

Já no que tange à proteção ao bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, qual seja, a saúde pública, Gilmar Mendes afasta sua incidência, sob a ótica de que a conduta então criminalizada acabaria por afetar única e exclusivamente o próprio usuário. Ademais, ainda que a conduta possa ser lesiva à saúde do usuário, a tipificação do uso como crime afasta o usuário da possibilidade de adequação ao objetivo pleno da norma, que pode ser compreendido enquanto o acesso à saúde, dignidade humana do usuário e tratamento.

Assim, declara a inconstitucionalidade da criminalização do porte para consumo pessoal, por violação à personalidade do sujeito, conforme depreende-se do seguinte trecho:

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<sup>12</sup>.

Já no que tange ao objeto do presente trabalho, quanto à necessidade de estabelecimento de critérios taxativos, dispõe:

Não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, e às vezes até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes<sup>13</sup>.

[...]

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<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 25.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 40.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 45.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 51–52.

Por derradeiro, ainda que sem especificá-los, o Relator assertivamente postula a imprescindibilidade de estabelecer critérios objetivos e taxativos para a distinção entre usuários e traficantes, reiterando a impossibilidade de importar tais conceitos de legislações estrangeiras, em razão das características próprias da sociedade brasileira.

E ainda, aclara acerca da existência de alternativas diversas à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal:

Cabe registrar, por fim, ainda no campo das alternativas à criminalização, que a própria Lei 11.343/2006 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<sup>15</sup>.

Ainda, defende a eficácia das medidas previstas no art. 28 da Lei de Drogas no que tange ao usuário de drogas, contudo, pugna pelo afastamento da esfera criminal, e aproximação do âmbito civil, afastando, portanto, a prisão em flagrante, a apresentação ao juízo competente, bem como quaisquer medidas de caráter penal.

Em decorrência do exposto, votou o Relator pelo provimento do recurso, ao entender pela inconstitucionalidade do art. 28, com a consequente absolvição do réu envolvido nos autos de origem do julgamento do RE, exigindo ainda esforços acerca da aplicação de medidas impostas no mencionado dispositivo, em esferas civis.

Por derradeiro, destaca-se que oito anos após proferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reajustou seu voto, para restringir a declaração de inconstitucionalidade às apreensões de maconha, incorporando os parâmetros sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, para presumir enquanto usuário o indivíduo flagrado com 25 a 60 gramas de maconha, ou que tenham seis plantas fêmeas, conforme restará adiante elucidado e explanado.

## 2.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

O Ministro Edson Fachin inicia seu voto reconhecendo tratar-se o objeto do recurso de temática interdisciplinar e complexa, de modo que, com o fito de fundamentar seu posicionamento, fez-se necessária ampla comunicação entre os Poderes, órgãos, instituições e pessoas capacitadas na área para tanto. Nesse sentido, aduz o Ministro:

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 45.

[...] 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<sup>16</sup>.

Nesse sentido, impende destacar que afirma o Ministro, em seu voto, que tratará única e exclusivamente do porte para consumo pessoal de maconha, por tratar-se da substância objeto do recurso, em sua origem, conforme inicialmente explanado. Portanto, exclui de seu julgamento quaisquer outras substâncias abarcadas no rol de proibição da Anvisa.

Destarte, aborda o Ministro a questão dos efeitos do consumo de drogas, como danos e transtornos psíquicos e físicos, e, a depender do caso, até mesmo a morte do usuário, além da potencialidade de carregar consigo delitos acessórios que objetivam o sustento do vício; e dispõe que, em que pese os ônus oriundos do consumo de substâncias ilícitas, trata-se também de debate acerca da autonomia privada do indivíduo, sua liberdade, bem como da interferência estatal em ambas.

Assim, segue o Ministro fundamentando seu voto nos três principais argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas, baseados nos entendimentos de Carlos Santiago Nino, quais sejam: argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade<sup>17</sup>.

Aduz que o argumento perfeccionista, no que tange à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, é verificada quando justificada a penalização da conduta baseando-se em sua reprovabilidade moral, ao passo que a rechaça:

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 preciso 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, como soe acontecer nas sociedades liberais<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto-Vista Min. Edson Fachin. Relator: Min. Gilmar Mendes. 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 2.

<sup>17</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto-Vista Min. Edson Fachin. Relator: Min. Gilmar Mendes. 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 3.

Já no que tange ao argumento paternalista, trata-se d'aquela que justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovação, desincentivo e prevenção geral; diferentemente da imposição de um modelo de vida que traz o argumento perfeccionista, este, por sua vez, busca a proteção dos usuários quanto aos danos causados pelo consumo de drogas. E nesse ponto, traz certa antítese ao passo em que o Estado busca proteger seus cidadãos, reprovando-os penalmente ao criminalizá-los:

[...] 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 desalenta o consumo de drogas, mas, segundo o autor, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão<sup>19</sup>.

Quanto ao argumento de defesa da sociedade para criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, dá-se pelo fundamento de proteção dos demais cidadãos, na qual inclui-se a família como instituição, podendo ela sofrer com as consequências do uso.

Contudo, vergasta tal argumento por intermédio do entendimento de Carlos Santiago Nino<sup>20</sup> que dispõe que o que gera ônus são as condutas eventualmente provenientes do uso de drogas, mas não o uso por si só; e tais condutas já encontram-se abarcadas pelo Direito Penal.

Portanto, o mero consumo de drogas, conduta que ofende tão somente a um bem individual, não seria o suficiente para justificar a adoção de medida repreensiva pelo Estado, ao qual incumbe, na verdade, a responsabilidade primordial de proteção dos interesses jurídicos dos demais cidadãos, mas não a criminalização de conduta que diz respeito à saúde e autonomia privada de cada indivíduo. E ainda, explana que tal entendimento não visa inviabilizar a necessária atividade regulatória estatal, mas sim, o afastamento de regulação feita por intermédio de coerção penal como primeiro antídoto.

Quanto à figura do usuário, traz o Ministro relevante ponto no que tange à saúde e encarceramento, sob a égide dos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014, o qual demonstra que dos 6.027 presos por tráfico

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto-Vista Min. Edson Fachin. Relator: Min. Gilmar Mendes. 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 4.

<sup>20</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Ariel, 1989.

de drogas em 2014, 53% foram presos com maconha, e 29% foram presos apenas com maconha<sup>21</sup>. Ademais:

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. [...] 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, disposto no art. 196, do Texto Constitucional<sup>22</sup>.

Por derradeiro, o Eminentíssimo Ministro destaca ser imprescindível que o Poder Legislativo estabeleça critérios objetivos no que tange à natureza e quantidade aptos a distinguir a conduta de porte, da conduta de tráfico.

Desse modo, votou pelo parcial provimento do recurso, para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, divergindo do relator Gilmar Mendes somente quanto à interpretação restrita do caso em relação à maconha, afastando as demais substâncias proibidas pela legislação pátria.

### 2.3 ANOTAÇÕES PARA O VOTO ORAL DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Inicialmente, cumpre esclarecer que Barroso, assim como o Ministro Edson Fachin, restringe seu voto tão somente à cannabis, por tratar-se de substância objeto de origem do Recurso Extraordinário.

Aduz que em uma democracia, nenhum tema deve ser tido como tabu e tudo pode e deve ser debatido com clareza, em busca de melhor solução, que se baseie em fatos e razões, mas não em preconceitos ou visões moralistas.

Por tal motivo, de forma educativa e por intermédio da terminologia, aclara a diferença entre os termos: (i) “despenalizar”, que trata-se do afastamento da punição através de penas privativas de liberdade, sistema que vigora atualmente; (ii) “legalizar”, que trata-se da normalização da conduta sem qualquer sanção, seja penal ou administrativa; e, (iii)

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. MJ divulgará novo Relatório do Infopen nesta terça-feira. **Gov.br**, Brasília, 23 jun. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>. Acesso em: 8 nov. 2023.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto-Vista Min. Edson Fachin. Relator: Min. Gilmar Mendes. 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 2; 13–14.

“descriminalizar”, quando uma conduta deixa de ser considerada como crime, que é exatamente o objeto de análise do recurso.

Narra que o que se decide no julgamento do recurso em questão é se as medidas tomadas com relação ao porte para consumo são de natureza penal ou se devem ser de outra ordem, ao passo que salienta que nenhum dos votos deve ser interpretado enquanto autorização ou incentivo ao consumo de drogas. E, nesse sentido, explica que o papel do Estado e da sociedade quanto ao consumo de drogas ilícitas, considerando-as enquanto algo ruim, deve ser o de tratar os dependentes, combater o tráfico e desincentivar o consumo.

Assim, de forma categórica afirma que “a guerra às drogas fracassou”, ao analisar a política de repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, tal qual seu consumo, desde o início da década de 70, sob a liderança do ex-presidente Nixon, dos Estados Unidos:

A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo<sup>23</sup>.

Discorre o Ministro acerca da necessidade de observar a problemática das drogas sob as peculiaridades do país, vez que no Brasil o tráfico e a estrutura de crime organizado acessória à ele, se sobrepõe às demais questões que envolvem o uso e porte para consumo pessoal; e que, em sendo o tráfico o maior dos problemas, a primeira prioridade deve ser a de neutralizar seu poder, a médio prazo, por meio do fim da ilegalidade das drogas e regulação de sua produção e distribuição, a pequenos passos, testando soluções.

Define como segunda prioridade, que deve-se impedir a superlotação carcerária por jovens pobres e primários, evitando um genocídio brasileiro de jovens, principalmente negros e pobres, os quais acabam imersos na violência do sistema de quadrilhas e facções no cárcere. Por fim, como terceira prioridade, define que o consumidor ou usuário seja tratado como alguém que deliberadamente se sujeita à comportamento de risco, do qual torna-se sua própria vítima, mas não como criminoso; de modo que caso o risco fosse fundamento suficiente para criminalização, necessário seria banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Luís Roberto Barroso. Relator: Min. Gilmar Mendes. 19 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 3.

Posto isso, passa o Ministro a tratar acerca das razões pragmáticas para a descriminalização, iniciando pelo fracasso da política atual, que ao invés de resultar na diminuição do consumo e tráfico, na verdade, permitiu o surgimento e fortalecimento do crime organizado, fazendo florescer a criminalidade associada ao tráfico.

A segunda razão para a descriminalização, segundo o Ministro, é o alto custo para sociedade e para o Estado, posto que desde a promulgação da Lei de Drogas, em 2006, até seu voto, em 2015, houve aumento do encarceramento por infrações ligadas às drogas de 9% para 27%. E, segundo o DEPEN, cada vaga no sistema penitenciário tem o custo de R\$ 43.835,20, ao passo que o custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000,00.

De maneira muito lúcida, aduz acerca do necessário estabelecimento de critérios objetivos para distinguir consumo de tráfico:

Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e Ilona Szabó, é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”. Por essa razão, é imperativo que se estabeleçam critérios para distinguir consumo de tráfico<sup>24</sup>.

A respeito da terceira razão, esclarece o Ministro que trata-se do fato de que a criminalização afeta a proteção da saúde pública, que é o principal objetivo do controle de drogas. Isso pois, a política de repreensão e guerra às drogas demanda de recursos de alta monta, o que acaba por diminuir exponencialmente as verbas destinadas as políticas de educação, prevenção e tratamento, além das políticas de criminalização da conduta de consumo promoverem a exclusão e marginalização dos usuários, dificultando o acesso ao tratamento. Assim, conclui que, na contramão da crença geral e popular, a criminalização não protege a saúde pública, mas sim, a compromete.

Conclui o Ministro, suas razões para descriminalização, de forma clara e sucinta, da seguinte forma:

Em conclusão deste tópico que cuidou das razões pragmáticas pelas quais a descriminalização do consumo é uma alternativa melhor: os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Luís Roberto Barroso. Relator: Min. Gilmar Mendes. 19 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 5.

sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários<sup>25</sup>.

Sequencialmente, passa o Ministro Barroso aos três principais fundamentos jurídicos para a descriminalização: violação ao direito de privacidade, à autonomia individual, e ao princípio da proporcionalidade. Assim, argumenta que a privacidade e a vida privada são de direitos fundamentais amparados e assegurados pela Carta Magna, não sendo permitido ao Estado que interfira na esfera pessoal de cada indivíduo, desde que não prejudique terceiros.

Argumenta ainda que a criminalização do porte para consumo pessoal de maconha fere o princípio da proporcionalidade vez que não há lesão clara à bem jurídico alheio, e que, em não havendo, não se afigura legítima sua criminalização.

Dessarte, ressalta o Ministro que a autonomia individual é de suma importância para a liberdade, destacando que o uso de substâncias nocivas deve ser deixado à critério exclusivo daquele que arca com seu ônus: o usuário. E, nessa esteira, traz relevante afirmação:

É preciso não confundir moral com direito. Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área<sup>26</sup>.

Dilucida o Ministro acerca da patente necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para a distinção entre usuários e traficantes, visando a diminuição da discricionariedade judicial e uniformização da aplicação da lei, vez que a legislação vigente se restringe ao estabelecimento de critérios subjetivos, os quais ensejam a aplicação desigual ao permitir que um indivíduo em flagrante porte de maconha fique à mercê de interpretações discriminatórias:

A inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Luís Roberto Barroso. Relator: Min. Gilmar Mendes. 19 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 6.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Luís Roberto Barroso. Relator: Min. Gilmar Mendes. 19 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 8.



vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes<sup>27</sup>.

De tal modo, propõe interessante fixação de critério quantitativo, consistente no porte de até 25 gramas de maconha para caracterização de porte para consumo pessoal. Esclarece ainda o Ministro que trata-se tal proposta de mera presunção de que o porte da referida quantidade ensejaria a classificação do indivíduo enquanto usuário e não traficante; presunção essa que pode ser afastada pelo juiz, em análise do caso concreto.

Somado à proposta de fixação do mencionado critério quantitativo, a fim de complementar a descriminalização do uso como caminho para redução do poder do tráfico, clarificou acerca da necessidade de se permitir uma fonte de acesso à maconha, de origem diversa à essa estrutura. Portanto, sugeriu o Ministro que seja permitido o auto cultivo de até 6 plantas fêmeas por pessoa.

Por derradeiro, votou o Ministro pelo provimento do recurso, declarando a inconstitucionalidade da tipificação das condutas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, devendo presumir-se que qualquer indivíduo que porte até 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, é usuário, com a possibilidade de revisão pelo juiz, baseando-se nas circunstâncias específicas de cada caso.

#### 2.4 VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O Ministro Alexandre de Moraes inicia seu voto explanando que aqueles que antecederam ao seu, abordaram de forma extensa a discussão principiológica e fundamentação jurídica referente ao objeto do recurso, e que como destacado nos votos anteriores, não há abordagem única para o combate ao tráfico de drogas que assegure sucesso contra narcotraficantes. E, assim sendo, sua experiência prévia enquanto Secretário da Segurança Pública de São Paulo e Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública o permitiu análise real e pragmática do recurso em comento, sem ideologias, ilusões ou fanatismos.

Assim, traz à luz os dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), e do INFOPEN, os quais demonstram que dos 832.259 presos, 201.829 deles, ou seja, 24,25% da

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Luís Roberto Barroso. Relator: Min. Gilmar Mendes. 19 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 11.

população carcerária, correspondente à quase um quarto, cumpre pena em razão de crimes relacionados ao tráfico de drogas<sup>28</sup>.

Ao analisar que entre 2007 e 2013 a proporção de encarceramento por tráfico aumentou de 15,5% para 25,5% segundo dados do DEPEN, triplicando a população carcerária por tráfico de drogas, conclui que os resultados produzidos pela alteração na Lei de Drogas foram diversos aos pretendidos, vez que não houve redução nesse tipo de crime ou melhoria no combate ao narcotráfico.

Fundamenta vasta parte de seu voto em estudo jurimétrico realizado e apresentado pela Associação Brasileira de Jurimetria, que trata acerca do impacto de critérios objetivos na distinção entre posse para uso e posse para tráfico, o qual restará aclarado no próximo capítulo, e conclui acerca da necessidade de ponderação equilibrada e razoável na utilização de critérios objetivos como ponto de partida na análise policial quando da prisão em flagrante.

Isto posto, no que tange ao estabelecimento de critério quantitativo para diferenciação entre porte para consumo pessoal e tráfico, alerta o Ministro que sua fixação enquanto critério único, poderia resultar em dois problemas:

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<sup>29</sup>.

Nesse diapasão, ressalta o Ministro que trata-se a quantidade de droga apreendida de importante critério a ser estabelecido na diferenciação entre usuários e traficantes, posto que a arbitrariedade das autoridades públicas em fazê-la de forma subjetiva ante a omissão do legislador tem como consequência tratamentos distintos para situações iguais, as quais levam em conta critérios de idade, cor da pele e grau de instrução. Assim, aduz que:

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

---

<sup>28</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. **13º Ciclo** — INFOPEN. Nacional. Brasília, DF: SISDEPEN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Alexandre de Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 32.

Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas<sup>30</sup>.

Contudo, preconiza, nos termos que seguem, que tê-la enquanto critério único acarretaria o ônus da prova, podendo ser contrária à presunção de inocência, bem como aumentaria a impunidade de pequenos traficantes. Motivo pelo qual defende que devem ser considerados e fixados demais critérios como a forma de acondicionamento da droga, cadernos de anotação, diversidade de substâncias ilícitas, porte de instrumentos como balança e embalagens, dentre outros:

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<sup>31</sup>.

Assim, dispõe que não estariam as autoridades policiais e seus agentes impedidos de efetuar prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo se a quantidade de maconha fosse menor do que a fixada; isso, desde que fosse fundada a existência de demais indícios caracterizadores de efetiva atividade de traficância, e demonstrada na audiência de custódia, possibilitando a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, e a manutenção da persecução penal por tráfico de drogas. De tal modo, os referidos critérios e procedimentos possibilitariam ao suspeito a afastabilidade da “presunção relativa” resultante da quantidade de droga apreendida.

Assim, de forma lúcida e clara, enumerou e fixou a tese de:

- (1) Não tipificação do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, consistente na conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal a substância maconha;

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Alexandre de Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 33.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Alexandre de Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023. p. 34.

- (2) Presunção de porte para consumo pessoal, daquele que incorrer nas condutas do supramencionado artigo, entre 25 e 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, sendo tal presunção relativa, podendo a autoridade policial e seus agentes efetivar prisão em flagrante, desde que fundamentada a presença de demais critérios caracterizadores de tráfico;
- (3) Realização de audiência de custódia nas hipóteses de prisão em flagrante decorrentes de quantidades inferiores à acima expostas, a fim de que seja demonstrada a existência de demais critérios e elementos caracterizadores do tráfico de drogas, possibilitando que seja fundamentada e justificada a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e manutenção da persecução penal, afastando a presunção relativa de uso em razão da quantidade; e,
- (4) Que a autoridade conceda ao suspeito a possibilidade de, durante a audiência de custódia em casos de prisão em flagrante decorrente de quantidades superiores à 25 e 60 gramas ou seis plantas fêmeas, comprovar tratar-se de usuário.

### **3 O IMPACTO PRÁTICO DO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS TAXATIVOS QUANTO AO PORTE DE CANNABIS PARA CONSUMO PESSOAL**

É notório que as políticas proibicionistas, incluindo as em vigor no Brasil atualmente, encontram-se respaldadas no entendimento de que o uso de substâncias ilícitas é nocivo ao usuário, ao passo que a Lei 11.343/2006 dispõe que o dispositivo objetiva prevenir o “uso indevido de drogas”, definindo políticas para redução dos efeitos nocivos à saúde e ao convívio social do usuário.

Sendo possível concluir, portanto, que tais danos abrangem efeitos sobre a saúde física e mental do usuário, ao passo que é omissivo o legislador quanto à definição clara de quais seriam tais efeitos nocivos, ao abarcar extenso rol de substâncias proibidas, dentro do qual, encontra-se a cannabis, podendo ser considerada dentre as de menor potencial lesivo/ofensivo.

Sabe-se que no curso da guerra às drogas vultuosa monta dos orçamentos estatais foi direcionada às polícias e não às necessidades mais básicas da população, principalmente as periféricas, fazendo com que, por consequência, a guerra às drogas tornasse-se, na verdade, uma guerra contra a própria população, ante à ausência do estado; e também sabe-se que a política nacional de guerra às drogas afeta de maneira majoritária as periferias dos centros urbanos.

Para além dos custos destinados à guerra às drogas, tem-se que a proibição está relacionada com a manutenção de organizações criminosas ligadas, não revelando-se fim à guerra, a qual sustenta-se em si mesma, conforme dispõe Valois:

Os anos de proibição que antecederam 1988 ajudaram a criar e fortalecer grupos organizados para o comércio das substâncias consideradas ilegais ao mesmo tempo que forjou o pensamento estreito, norte-americanizado, de que a questão das drogas só poderia ser tratada com combate, com guerra, com criminalização. Em 1988 já tínhamos juízes, promotores, policiais e, principalmente, diplomatas que nasceram dentro dessa mentalidade, sem capacidade de pensar o mundo diferente, ou seja, o mundo como era antes da proibição<sup>32</sup>.

Assim, tem-se que um país sem entorpecentes beira a utopia, vez que quanto mais tentou-se extinguir seu consumo, mais tentativas frustradas foram obtidas “a questão do uso de

---

<sup>32</sup> VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 37.

drogas pode ser considerada universal uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos”<sup>33</sup>

Vê-se que no Brasil, a população carcerária vem crescendo exponencialmente, de modo que, de acordo com a Associação dos Policiais Penais do Brasil, o Brasil ocupa a terceira posição no ranking de países com maior população carcerária no mundo, levando em conta a totalidade de presos<sup>34</sup>.

Em 2000, o número de presos no país era de 232.755, chegando à 496.251 em 2010, indicando o crescimento de 113,2% da população carcerária no estreito lapso temporal de uma década.

Ainda, depreende-se dos dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, que em junho de 2021 a população carcerária nacional atingira a vultuosa monta de 681.747 pessoas em celas físicas, ao passo que ao menos 206.359 dos encarcerados, correspondente à 30% do total, encontravam-se privados de sua liberdade em decorrência de crimes relacionados a drogas<sup>35</sup>.

Referente à superlotação carcerária, expõe o autor Camargo que:

As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso a sua devida dignidade. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede<sup>36</sup>.

Contudo, a superlotação prisional no Brasil é diversa do artigo 85 da Lei de Execução Penal, o qual prevê que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”.

Nas expressões de Assis, em relação ao descaso nos presídios, diz que:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso

<sup>33</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. **Fascículos de Ciências Penais**, v. 3, n. 2, abr./maio/jun., 1990. p. 60.

<sup>34</sup> ASSOCIAÇÃO DOS POLICIAIS PENAIIS DO BRASIL. Brasil é um dos países que mais prendem no mundo. **Ageppen**, 2021. Disponível em: <https://www.agepenbrasil.org/post/brasil-%C3%A9-um-dos-pa%C3%ADses-quemais-prendem-no-mundo>. Acesso em: 4 mar. 2022.

<sup>35</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. **10º Ciclo** - INFOPEN. Nacional. Brasília, DF: SISDEPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

<sup>36</sup> CAMARGO, Virginia da Conceição. Realidade do Sistema Prisional. **DireitoNet**, 25 out. 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidade-do-sistema-prisional>. Acesso em: 8 nov. 2023. Sem paginação.

que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas<sup>37</sup>.

Relata assim, Senna que:

O sistema carcerário brasileiro, na quase totalidade, é formado por unidades pertencentes à esfera estadual de governo, a imensa maioria com excesso populacional carcerário, não possibilitando aos administradores, por falta de espaço físico, a individualização da pena, muitas vezes não havendo condições para separação entre os presos provisórios e os condenados, descumprindo uma norma da Lei de Execução Penal, que estabelece a custódia separada entre processados e sentenciados, e estes, pelos respectivos regimes<sup>38</sup>.

Verifica-se que o crescimento do número de pessoas encarceradas no país decorre, principalmente, das modificações e inovações trazidas pela Lei 11.343/06. Assim dispõe Jesus:

[...] no final de 2006, o sistema penitenciário brasileiro contava com 47.472 pessoas presas por tráfico no país. Em 2010, quatro anos após a Lei de Drogas, registrou-se o número de 106.491 pessoas presas pelo mesmo motivo - trata-se de um crescimento de 124%<sup>39</sup>.

Nesse sentido, dispõe também Seibel, ao afirmar que a falta de objetividade e clareza da referida Lei "está levando à prisão de milhares de pessoas que não são traficantes, mas sim usuárias", visto que: "A maioria desses presos nunca cometeu outros delitos, não sendo criminosos a priori, não tendo relação com o crime assim chamado 'organizado' e portavam pequenas quantidades da droga no ato da detenção para próprio consumo"<sup>40</sup>.

De tal modo, ainda que o referido diploma legal dê ao juiz a prerrogativa de diferenciar usuários de traficantes, a identificação inicial da tipificação a ser aplicada advém da autoridade policial que realiza a abordagem.

Por consequência, em concordância com o pensamento de Braga, o procedimento em questão gera "uma tipificação com alta possibilidade de subjetividade"<sup>41</sup>, o que acarreta a ocorrência de erros e injustos enquadramentos penais.

<sup>37</sup> ASSIS, Rafael Damasceno de. As prisões e o direito penitenciário no Brasil. **DireitoNet**, 31 maio 2007. Sem paginação.

<sup>38</sup> SENNA, Virdal. Sistema Penitenciário Brasileiro. **WebArtigos**, 2008. Sem paginação.

<sup>39</sup> JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo, 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>. Acesso em: 7 mar. 2022. p. 14.

<sup>40</sup> SEIBEL, Sergio. A Lei 11.343/2006 sobre drogas e o impacto na saúde pública. **Instituto Brasileiro de Ciência Criminais**, São Paulo, 2012. Boletim — Ed. Especial Drogas. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4744-A-Lei113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-na-saude-publica](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-na-saude-publica). Acesso em: 15 out. 2023.

<sup>41</sup> BRAGA, Gabriela de Matas Soares. **O impacto da nova Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro**. 2017. 31 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) — Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,

Mormente ao que se refere ao número de pessoas encarceradas pelo crime de tráfico de drogas, o levantamento mais recente do Departamento Penitenciários Nacional revela ao menos 167.992 pessoas encontravam-se privadas de liberdade em decorrência de tal crime<sup>42</sup>.

Conforme explanado alhures, para que ocorra o indiciamento do indivíduo enquanto traficante ou usuário, a legislação é omissa quanto aos critérios objetivos e taxativos, principalmente quanto à quantidade de droga e circunstâncias do flagrante, ao passo que incorrem as autoridades em erro, fato que verifica-se em pesquisa elaborada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), da qual destaca-se o entendimento exarado por Carvalho:

Registros mostram diversos casos em que uma mesma quantidade resultou em destinos diferentes na delegacia. Na prática, quando uma quantidade encontrada é maior do que geralmente é considerado porte, mas menor do que a linha típica do tráfico, o caso está em uma zona cinzenta em que pode haver o mesmo risco de a autoridade policial classificá-lo como um crime ou outro<sup>43</sup>.

Com o fito de dar a devida importância e relevância à pesquisa, passa-se à análise de maior enfoque, do estudo jurimétrico elaborado pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), intitulado “Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico”<sup>44</sup>, tendo sido classificado pelo Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, enquanto o “maior estudo já feito”.

Isso pois, o referido estudo contou com a análise de 656.408 ocorrências entre 2003 e 2017, 556.613 apreensões, além de 2.626.802 pessoas envolvidas, dentre suspeitos, terceiros e testemunhas. O estudo em questão deu-se por intermédio do uso de dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (SSP-SP), sobretudo no que se refere aos números de apreensões de drogas em ocorrências de tráfico ou porte, entre os anos de 2010 e 2017, além de dados coletados do Registro Digital de Ocorrências (RDO) e outras informações obtidas do portal da SSP-SP.

O cerne do estudo elaborado foi a caracterização dos padrões de apreensão de drogas, a investigação de necessária utilização de critérios objetivos para distinção entre usuários e traficantes, e a avaliação de seu impacto. Assim, a análise deu-se por meio de três níveis: a

---

Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/gabriela\\_braga\\_20172.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/gabriela_braga_20172.pdf). Acesso em: 14 out. 2023. p. 13.

<sup>42</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. **10º Ciclo - INFOPEN**. Nacional. Brasília, DF: SISDEPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

<sup>43</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 464.

<sup>44</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico**: Um estudo Jurimétrico. [S. l.]: ABJ, 2019. Disponível em: [https://abj.org.br/pdf/20190402\\_abj\\_criterios\\_objetivos.pdf](https://abj.org.br/pdf/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf). Acesso em; 8 nov. 2023.



resposta dos agentes públicos, o tamanho e perfil do impacto do estabelecimento de critérios objetivos e cristalinos para tipificação nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006.

No que se refere às ocorrências analisadas, foi constatado que a tipificação realizada pela autoridade policial no momento do flagrante não é a mesma para as regiões do Estado de São Paulo, ou para as regiões diversas da Capital, onde são consideradas como tráfico, as ocorrências em que há cerca de 51,20g de maconha; enquanto no interior do Estado, 32,1g são o suficiente para a referida tipificação.

Inobstante, constatou-se que a depender da região da Capital, a caracterização do tráfico se dá em ocorrências em que são apreendidas entre 20 e 40 gramas de maconha, variando ainda entre 12 e 35 gramas nas Delegacias Seccionais da Capital.

A pesquisa inferiu que o não estabelecimento de critérios precisos para a distinção de porte e tráfico pode sim, estar relacionada ao cenário de abarrotamento carcerário no Brasil; e, que seu estabelecimento poderia servir de meio para redução da discricionariedade e definição de parâmetros claros para a descriminalização, ou qualquer reformulação da política de drogas atualmente.

Destarte, em concordância com o voto previamente analisado do Ministro Alexandre de Moraes, concluiu-se através do estudo da ABJ, que a aplicação exclusiva de critérios quantitativos poderia incorrer na criminalização de usuários, e leniência com pequenos traficantes; motivo pelo qual faz-se imperioso o estabelecimento de demais critérios para garantir maior segurança, estabilidade e justiça.

Ademais, concluiu o estudo que a utilização de critérios objetivos ocasiona diferentes impactos para perfis sociais distintos, sendo ideal que os valores e quantidades sejam periodicamente atualizados e recalculados para melhor adequação da realidade fática que se apresenta.

Portanto, considerando os dados levantados e apresentados, tem-se que a guerra às drogas não demonstra perspectiva de fim, e que, ao invés das inovações trazidas pela Lei de Drogas diminuir a incidência de crimes relacionados às drogas, na verdade o que se vê é seu aumento exponencial em razão da subjetividade decorrente da omissão do legislador na diferenciação de condutas de porte para consumo pessoal e tráfico, junto aumento significativo do número de pessoas privadas de liberdade. Tais fatos incorrem no direcionamento de parte significativa da verba pública à problema sem panorama de solução, enquanto poderia e deveria ser, em parte, destinado à saúde pública para tratamento de usuários.

De tal modo, em atenção ao levantamento do DEPEN, conclui-se que o estabelecimento de critérios objetivos para a caracterização do porte de cannabis para consumo

peçoal ensejaria a diminuição expressiva da atual e futura população carcerária, viabilizando a diminuição da sobrecarga dos sistemas penitenciário e judiciário, além de permitir maior investimento do orçamento público em políticas de tratamento, prevenção e educação no que diz respeito ao uso de drogas<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. **10º Ciclo** - INFOPEN. Nacional. Brasília, DF: SISDEPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

## CONCLUSÃO

Por intermédio de análise de recursos bibliográficos e documentais, sob a ótica norteadora exarada dos votos dos ministros do STF no julgamento (RE) nº 635.359, o presente estudo possibilitou aferir as nuances e impactos aparentes da fixação de critérios objetivos para caracterização de porte para consumo pessoal, conforme restará adiante demonstrado.

Inicialmente, dado o caso que originou o recurso em questão, a discussão ainda embrionária abrangia de forma majoritária a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, sob o argumento de violação aos direitos à intimidade e vida privada, contidos no art. 5º, X, da CF, dada a aparente antinomia normativa entre os dispositivos. Nesse sentido, a presente pesquisa evidencia a aparente antinomia normativa, demonstrando a contradição entre disposições legais que acabam por reger a mesma matéria, e a importância do uso de métodos hermenêuticos adequados para solucioná-la.

Sequencialmente, o início da votação do recurso pelos cinco ministros que até o momento proferiram seus votos, trouxe à luz maior profundidade na discussão supramencionada, não limitando-se à mera análise normativo-constitucional; mas valendo-se de análise de diferentes métodos e fundamentos hermenêuticos, abrangendo também em seus votos, aspectos jurídico-sociológicos, trazendo à tona importantes fundamentos para amparar a necessária fixação critérios objetivos para caracterização de porte de cannabis para consumo pessoal.

Até o presente momento, os critérios com maior adesão são: (i) porte entre 25 e 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, em caráter quantitativo; e, (ii) realização de audiência de custódia em casos que estejam acima ou abaixo da quantidade supracitada, desde que restem efetivamente demonstrados demais elementos caracterizadores da atividade de traficância, ou mesmo de uso pessoal, a fim de afastar a presunção relativa em razão da quantidade.

Ante a análise nesse trabalho realizada, restou demonstrada a evidente importância da fixação de critérios taxativos para a caracterização do porte de cannabis para consumo pessoal, posto que o contexto legal delineado pelos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas exige diferenciação cristalina entre as condutas de tráfico e porte para consumo pessoal, principalmente em razão das penalidades a elas atribuídas serem substancialmente distintas.

Nesse sentido, a análise de estatísticas penitenciárias demonstra que a ausência de distinção clara entre os tipos penais acabou por incorrer em aplicação disfuncional da legislação, com prisões em flagrante frequentemente baseada em avaliações subjetivas das

autoridades policiais, aumentando de forma expressiva o número de encarcerados por tráfico após a implementação da Lei de Drogas. Tal fato demonstra a importância da revisão e estabelecimento de critérios taxativos de distinção entre as condutas em questão.

O não estabelecimento de critérios objetivos acaba por permitir que as autoridades incorram em interpretações subjetivas e imprecisas dos casos concretos, podendo resultar na privação de liberdade de usuários, ante à omissão legislativa acerca da diferenciação das condutas, e até mesmo na contribuição para a superlotação carcerária, vez que os dados apresentados demonstram o crescimento do número de encarcerados no país em decorrência de crimes relacionados à Lei de Drogas, muitas vezes privados de liberdade em razão de pequenas quantidades de cannabis.

De tal modo, a fixação de parâmetros claros e objetivos poderia mitigar a discricionariedade, reduzindo a incidência de penas privativas de liberdade injustas, além de proporcionar base melhor estruturada para a reformulação da política de drogas no país, tornando-se necessário que a normativa legal seja aprimorada, considerando a necessidade de promover abordagem mais eficaz e equitativa no tratamento de questões relacionadas ao uso da substância.

Dentre os impactos práticos da fixação de critérios objetivos para a distinção entre tráfico e consumo pessoal de maconha, possibilitou o desenvolvimento do presente trabalho observar aqueles de maior relevância e repercussão em primeiro plano, quais sejam:

- (i) a tendência à diminuição da população carcerária, em razão da uniformização da regra, com a redução de margem para arbitrariedade das autoridades públicas quanto à caracterização das condutas;
- (ii) combate e desestímulo à parcela significativa do tráfico de drogas, ante à possibilidade de auto cultivo de até seis plantas fêmeas; e,
- (iii) consequente redução nas verbas públicas direcionadas à guerra às drogas, possibilitando seu redirecionamento à políticas de tratamento, educação e prevenção quanto ao uso de drogas, as quais abrangem com maior efetividade o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, qual seja, a saúde, evitando que, por consequência, o legislador interfira na vida íntima e privada dos usuários, ou mesmo que os afaste da garantia à proteção à saúde coletiva, por meio da criminalização de conduta que só a si mesmo afeta.

Em atenção aos critérios estabelecidos pelos ministros em seus votos, tem-se que de maior coerência, aqueles estabelecidos pelo Ministro Alexandre de Moraes, posto que mais abrangentes e melhor embasados para evitar o encarceramento injusto de usuários, sem incorrer em leniência à pequenos traficantes, considerando quantidade razoável entre 25 e 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, e realização de audiência de custódia para melhor análise do magistrado acerca das circunstâncias do caso concreto.

Contudo, em que pese a importância da fixação de critérios taxativos para distinção entre as condutas aqui discutidas, a real dimensão do problema não limita-se ao disposto nos votos dos ministros aqui analisados, mas encontra-se no processo para efetivamente aferir a quantidade permitida da substância, especialmente pelas autoridades policiais no momento do flagrante. Isso pois, caso o procedimento siga como é atualmente, o estabelecimento de critérios objetivos servirá somente para diminuição do encarceramento, mas não deixará de incorrer no necessário encaminhamento do indivíduo à Delegacia de Polícia, mantendo o ônus à autoridade competente.

Torna-se, portanto, imperioso que a saúde pública, no lugar da segurança pública, imponha-se enquanto ponto de partida para uma política relacionada às drogas, de modo que o combate às drogas não detenha de caráter de guerra, mas de proteção à saúde e integridade de todos os cidadãos, em respeito à sua vida íntima e privada, direitos fundamentais e humanos.

Não se trata de tentativa de obstar-se da relevância na observância dos malefícios que o uso de cannabis pode acarretar aos usuários, mas sim, encontrar um modelo de política fundamentado e embasado na ciência, com direcionamento à saúde dos usuários, buscando administrar as eventuais consequências do uso e obter impactos práticos mais benéficos e justos para a sociedade e ordenamento jurídico como um todo.

Proibir que um indivíduo busque prazer, alívio ou mesmo tratamento por razões infundadas acaba por cerceá-lo ao acesso e garantia de direitos fundamentais e constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. As prisões e o direito penitenciário no Brasil. **DireitoNet**, 31 maio 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico**: Um estudo Jurimétrico. [S. l.]: ABJ, 2019. Disponível em: [https://abj.org.br/pdf/20190402\\_abj\\_criterios\\_objetivos.pdf](https://abj.org.br/pdf/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf). Acesso em; 8 nov. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS POLICIAIS PENAIIS DO BRASIL. Brasil é um dos países que mais prendem no mundo. **Ageppen**, 2021. Disponível em: <https://www.agepenbrasil.org/post/brasil-%C3%A9-um-dos-pa%C3%ADses-quemais-prendem-no-mundo>. Acesso em: 4 mar. 2022.

BOITEUX, Luciana. 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, p. 1-29, jun./set. 2009. Disponível em: [https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux\\_trafico\\_-constituicao\\_-rev\\_juridica\\_2009-1.pdf](https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux_trafico_-constituicao_-rev_juridica_2009-1.pdf). Acesso em: 8 nov. 2023.

BRAGA, Gabriela de Matas Soares. **O impacto da nova Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro**. 2017. 31 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) — Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/gabriela\\_braga\\_20172.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/gabriela_braga_20172.pdf). Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. MJ divulgará novo Relatório do Infopen nesta terça-feira. **Gov.br**, Brasília, 23 jun. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. **10º Ciclo - INFOPEN**. Nacional. Brasília, DF: SISDEPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. **13º Ciclo** — INFOPEN. Nacional. Brasília, DF: SISDEPEN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** — Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto-Vista Min. Edson Fachin. Relator: Min. Gilmar Mendes. 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Alexandre de Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659-RG** — Voto Min. Luís Roberto Barroso. Relator: Min. Gilmar Mendes. 19 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

CAMARGO, Virginia da Conceição. Realidade do Sistema Prisional. **DireitoNet**, 25 out. 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidade-do-sistema-prisional>. Acesso em: 8 nov. 2023.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. **Fascículos de Ciências Penais**, v. 3, n. 2, abr./maio/jun., 1990.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo, 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>. Acesso em: 7 mar. 2022.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n. 1, p. 566–581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Ariel, 1989.

SEIBEL, Sergio. A Lei 11.343/2006 sobre drogas e o impacto na saúde pública. **Instituto Brasileiro de Ciência Criminais**, São Paulo, 2012. Boletim — Ed. Especial Drogas. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4744-A-Lei113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-na-saude-publica](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-na-saude-publica). Acesso em: 15 out. 2023.

SENNA, Virdal. Sistema Penitenciário Brasileiro. **WebArtigos**, 2008.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Carlos. **Manual da Teoria Geral do Direito**. Grupo Almedina (Portugal), 2019. E-book. ISBN 9788584935161. p. 238 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935161/>. Acesso em: 10 nov. 2023.




---

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Vanessa de Andrade Pereira, discente regularmente matriculada na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31911382, 10º período, turma R, tendo realizado o TCC com o título: “O IMPACTO DA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS TAXATIVOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO PORTE DE CANNABIS PARA CONSUMO PESSOAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, sob a orientação do Professor Marco Aurélio Barberato Genghini, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2023.

Documento assinado digitalmente  
 VANESSA DE ANDRADE PEREIRA  
Data: 10/11/2023 12:36:26-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

**Assinatura do discente**