

**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**  
**Curso Direito**

**EDUARDO OLIVEIRA DE FARIA JUNIOR**

**UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE/POSSE DE  
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.**

**Nova Lima**  
**2024**

**EDUARDO OLIVEIRA DE FARIA JUNIOR**

**UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE/POSSE DE  
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Direito da  
Faculdade Presidente Antônio Carlos  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Thays Murta dos Santos Cruz

**Nova Lima  
2024**

**EDUARDO OLIVEIRA DE FARIA JUNIOR**

**UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE/POSSE DE  
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Direito da  
Faculdade Presidente Antônio Carlos  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

---

---

**Nova Lima  
2024**

Dedico este estudo à Deus, minha família, aos amigos, mestres e à minha orientadora.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me permitir viver tudo isso. Ao longo dessa trajetória muitos foram os desafios superados. Cinco anos de dedicação e apoio de muitos. Comemoro esta vitória, mas, sozinho, não teria conseguido. Agradeço, então, a todos que colaboraram para a efetivação da minha caminhada até aqui.

Agradeço aos meus pais, vovó e irmãs pelo carinho e suporte durante essa jornada, sem vocês nada disto seria possível. À minha mãe que me fez forte, agradeço por todas as orações e pelo seu amor dedicado a mim.

Ao meu pai, que apostou todas as fichas em mim. Sou grato a minha avó, o alicerce da minha vida. As minhas irmãs, que me inspiram e me motivam, a minha formatura, a minha maior realização!

A todos os familiares que demonstraram apoio e carinho ao longo desses anos, em especial àqueles que me provaram que distância nem sempre é uma barreira e se fizeram presentes mesmo distantes fisicamente.

Tias e tios, essa conquista também pertence a vocês que me devotaram tanto amor, que me guiaram e foram peças cruciais na minha formação pessoal.

Também agradeço aos que se fizeram família e foram cruciais nessa jornada. Aos primos e amigos que muito me apoiaram e me incentivaram, que contribuíram grandemente para o meu crescimento! Todos são igualmente especiais e quero que sintam a extensão de toda a minha gratidão.

Por isso, quero olhar para todas as pessoas e com meu coração agradecer a cada uma pelo que me ajudaram. Esta conquista não é só minha, mas de quem batalhou ao meu lado. A todos os meus familiares e amigos, aos colegas e a todos os professores e instituição eu deixo um agradecimento.

Obrigado a todos, estou feliz e realizado graças a vocês!

Por isso não tema, pois estou com você;  
não tenha medo, pois sou o seu Deus. Eu  
o fortalecerei e o ajudarei; eu o segurarei  
com a minha mão direita vitoriosa.

(Isaías 41:10)

## RESUMO

O estudo científico proposto buscou dissertar sobre a descriminalização do uso de drogas ilícitas. Sendo assim, foram observadas as legislações vigentes em nosso ordenamento jurídico. Podemos destacar ainda que, o trabalho tem como objetivo demonstrar a questão do delito de porte de drogas para consumo pessoal, que ao longo dos anos teve em sua tipificação penal e a sua sanção afrouxada, sendo assim, teve a pena privativa de liberdade abolida. A legislação vigente que regula o porte/posse de drogas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei nº 11.343/2006 (lei de drogas), a parte que versa sobre o uso e consumo de drogas é o art. 28. O tema é discutido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e analisado pelo Recurso Extraordinário (RE) 635.659, o qual versa sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. O presente artigo ainda verificou o que causaria a liberação das drogas ilícitas para uso pessoal, tendo como questão problema: se a liberação das drogas aumentaria a violência, dependência e uso de drogas pelas pessoas. O assunto abordado é constantemente debatido no âmbito brasileiro, pois o uso e consumo de entorpecentes tornou-se problema de saúde pública. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica de temas referentes ao assunto e jurisprudências encontradas no ordenamento jurídico brasileiro. Concluiu-se que o uso e consumo de drogas gera um aumento de criminalidade, violência, tráfico de drogas e outros crimes como: roubos e furtos para sustentação do vício, sendo que, tornou-se um problema de saúde pública e que a conduta de uso e consumo de ilícitos atinge a esfera coletiva prejudicando o âmbito familiar e a sociedade como um todo. Deve, também, ser observado se a descriminalização do uso de drogas seria positivo para todos ou somente para uma parte da população. E tendo como contrapartida se deveria ter uma modificação na legislação vigente para punição/ sanção dos usuários de drogas.

Palavras-chave: Uso e Consumo de Drogas. Posse de Drogas. Drogas ilícitas. Descriminalização do uso de drogas. Saúde Pública.

## ABSTRACT

The proposed scientific study sought to discuss the decriminalization of the use of illicit drugs. Therefore, the legislation in force in our legal system was observed. We can also highlight that the work aims to demonstrate the issue of the crime of possession of drugs for personal consumption, which over the years has had its criminal classification and its sanction relaxed, therefore, the custodial sentence has been abolished. The current legislation that regulates the possession/possession of illicit drugs in the Brazilian legal system is Law 11.343/2006 (drug law), the part that deals with the use and consumption of drugs is article 28. The topic is currently discussed by Federal Supreme Court (STF) and analyzed by Extraordinary Appeal (RE) 635.659, which addresses the unconstitutionality of article 28 of Law 11.343/2006. This article also verified what would cause the release of illicit drugs for personal use, with the problem being: whether the release of drugs would increase violence, dependence and drug use by people. The subject addressed is constantly debated within Brazil, as the use and consumption of narcotics has become a public health problem. The methodology adopted was the bibliographic review of topics relating to the subject and jurisprudence found in the Brazilian legal system. It was concluded that the use and consumption of drugs generates an increase in crime, violence, drug trafficking and other crimes such as robbery and theft to support the addiction, and it has become a public health problem and that the conduct of The use and consumption of illicit goods affects the collective sphere, harming the family environment and society as a whole. It must also be observed whether the decriminalization of drug use would be positive for everyone or only for a part of the population. And as a counterpart, there should be a change in current legislation for the punishment/sanction of drug users.

Keywords: Drug Use and Consumption. Possession of Drugs. Illicit drugs. Decriminalization of drug use. Public health.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
HC	Habeas Corpus
LSD	Dietilamida do Ácido Lisérgico
MIN	Ministro
MP	Ministério Público
N	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
P	Página
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
REL	Relator
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1- INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2- FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....</b>	<b>15</b>
2.1 Conceitos.....	16
2.2 Diferença entre a Lei 6368/1976 e Lei 11.343/2006.....	23
2.3 Recurso Extraordinário 635.659.....	28
2.4 Acórdãos sobre o Tema.....	34
2.5 Desenvolvimento da hipótese.....	42
<b>3- CONCLUSÃO.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>48</b>

## 1-INTRODUÇÃO

O tema proposto nesse estudo é uma crítica a descriminalização do porte/posse de drogas para consumo pessoal. Na atualidade é comum o debate sobre drogas ilícitas existindo uma linha tênue entre o uso e consumo de drogas e o tráfico de entorpecentes ilícitos. Sendo que, é explícito na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) no art. 5º que: todos são iguais perante a lei, tanto para os brasileiros e estrangeiros residentes no País e no inciso XLIII do mesmo artigo, que a legislação considera um crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Conforme disposto a seguir:

“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:

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”. (BRASIL,1988).

A CF/1988 expõe diversos direitos fundamentais, os quais vêm garantir que o cidadão exista de forma digna em uma sociedade. Tais direitos dizem respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A intenção do legislador com a criação do inciso XLIII, no art. 5º da CF/1988 foi reforçar que os crimes previstos na lei nº 8072/1990, que versa sobre os crimes hediondos, são graves para o ordenamento jurídico brasileiro. Os crimes são a prática de tortura, terrorismo, homicídios, latrocínio, extorsão, estupro, genocídio e comparado com tais práticas criminosas, está o tráfico de drogas. Os crimes hediondos são de enorme gravidade e são praticados contra a vida e a integridade física, moral e social das pessoas.

Com o aumento do tráfico de drogas no Brasil, foi criada uma legislação específica sobre a temática. Sendo sancionada a Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), a qual dispõe que:

“Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (BRASIL,2006).

A legislação 11.343/2006 foi o primeiro diploma legal do ordenamento jurídico brasileiro a usar o termo drogas. A referida expressão arrola as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, tendo sua especificação em uma listagem disponibilizada pelo Poder Executivo da União.

Os autores Thums, Pacheco (2008) versam que a nova legislação de drogas de 2006 modificou a terminologia da palavra drogas em relação a legislação anterior que seria a Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/1976), a qual utilizava a expressão “substâncias entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica”. Sendo assim, a nova legislação trouxe um conceito legal para a palavra “drogas”.

Com a modificação da legislação e tendo em vista a temática do uso e consumo de drogas, que teve um aumento significativo no Brasil, foi criado um artigo específico sobre os usuários de drogas na Lei nº 11.343/2006, conforme disposto a seguir:

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 à 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 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.

§ 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.”.(BRASIL,2006).

A lei nº 11.343/2006 em seu art. 28 define a conduta ilícita de posse/ porte (o porte de drogas para uso próprio se classifica em um ato de possuir uma quantidade limitada para sua utilização pessoal, já a posse é a classificação que costuma ser utilizada para quantidades maiores, geralmente relacionadas à comercialização da

droga, sendo um ato de guardar a droga. A conduta criminal de uso e consumo de drogas (vide art. 48, §1º, da Lei nº 11.343/06) é um crime de menor potencial ofensivo, não tendo assim, pena de detenção ou reclusão. O artigo supramencionado dispõe que o uso e consumo de drogas é a compra, guarda ou porte de drogas sem autorização para consumo pessoal e que estão sujeitos às penas de advertência sobre efeitos do uso de entorpecentes, prestação de serviços à comunidade e participação obrigatória em programa educativo.

Para a caracterização do tipo criminal de uso e consumo são considerados a quantidade da substância apreendida, forma e localização onde ocorreu a apreensão, circunstâncias sociais e pessoais do autuado, bem como sua conduta e antecedentes criminais.

Em contrapartida o crime de tráfico de drogas está previsto na lei nº 11.343/2006 no art. 33, sendo que, a pena para o delito é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de multa. Vejamos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (BRASIL,2006).

A principal diferença entre o crime de tráfico de drogas e o uso e consumo de drogas é o dolo, ou seja, a intenção do infrator. Quem detém a droga para consumo próprio tem a intenção de consumir, usar a droga, e quem guarda a droga com o fim de tráfico, tem a intenção de produzir ou vender a substância entorpecente, ou seja, comércio ilegal do ilícito.

Existem duas correntes sobre o assunto central do estudo. Um grupo da população é composto por defensores da legalização, liberação, despenalização e descriminalização do uso de drogas. Em contrapartida, existe o grupo que tem uma visão contrária da anterior.

Os não defensores da legalização das drogas argumentam que deveria haver uma legislação rigorosa contra o tráfico de drogas e contra o uso e consumo de drogas com a utilização das forças de segurança pública, criminalizando qualquer tipo de drogas. Também questionam que, já que não se compra drogas em farmácias, supermercados e lojas, como irão proibir a venda de entorpecentes se o consumo está liberado? É realmente necessária a intervenção do STF nesse problema? É uma discussão essencial para o país?

De tais premissas, extrai-se o problema em análise na presente pesquisa: descriminalizar o uso/porte de drogas irá combater o tráfico?

Outro fator defendido para não legalização, seria que, se o usuário adquirir a droga em comércio regular, em um mercado legal para a venda das substâncias, seria cobrado do comerciante, impostos inerentes para aquele produto, mas, no mercado ilegal não teria essa cobrança e por consequência aumentaria o tráfico ilícito de drogas.

Por outro lado, em relação aos grupos favoráveis à legalização das drogas para o uso e consumo pessoal, defende-se a ideia de que a real problemática afeta ao uso de entorpecentes está atrelada à desigualdade social e à pobreza.

Dessa forma, defendem que a legalização colocaria fim a parte exageradamente lucrativa do negócio do narcotráfico, ao trazer para a superfície o mercado negro existente.

Outro argumento do mesmo sentido é a redução de crimes, pois com a venda legal de drogas os usuários não iriam cometer crimes, como: furtos e roubos para sustentar o vício. A legalização também é defendida, pois a proibição do uso e consumo de drogas criminaliza desnecessariamente milhões de usuários, que são vistos pela sociedade e pelo legislador como pessoas “doentes”, “viciados”, sendo um problema de saúde pública. Também alegam que, ao legalizar as drogas, os governos

deixariam de desperdiçar grandes fatias do orçamento público no combate ao uso de drogas, recursos que seriam destinados a combater os verdadeiros criminosos, logo, os que violam os direitos fundamentais dos demais (homicidas, fraudadores, estupradores, ladrões etc).

Com isso, a hipótese que se apresenta seria a formulação de uma nova legislação que versa sobre as drogas ilícitas no Brasil, criando conceitos claros para diferenciar os dependentes químicos dos traficantes, estipulando ainda, uma pena para ambos os tipos penais e demonstrando que no uso e consumo de drogas não é somente um problema de saúde pública, mas também de segurança pública.

Este estudo é uma pesquisa qualitativa descritiva e foi feita a busca por materiais em sites conhecidos como: *Scientific Electronic Library Online (Scielo)* e Google Acadêmico. A pesquisa pautou-se em livros de renomados juristas atuantes no âmbito do direito constitucional, penal e processual penal, além da consulta à jurisprudência e julgados atualizados sobre o assunto, tendo como metodologia de pesquisa uma revisão bibliográfica e atual sobre o tema central do estudo.

O trabalho tem como objetivo elucidar uma visão crítica sobre a descriminalização do porte/posse das drogas para o consumo pessoal. Impede destacar que o assunto objeto da pesquisa tornou-se de suma relevância com os julgados do STF sobre a temática, tendo diferentes visões entre a população.

## **2- FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

Neste capítulo serão apresentados os conceitos referentes ao tema, definições e uma revisão histórica, julgados sobre a temática com parecer do STF, a partir de jurisprudências e legislação, para melhor elucidar e facilitar a compreensão dos assuntos aqui expostos.

## 2.1-CONCEITOS

O primeiro conceito importante ao desenvolvimento deste trabalho diz respeito à definição de drogas. Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que drogas são substâncias químicas que ingeridas, inaladas, injetadas ou absorvidas, mudam o funcionamento normal do corpo humano, especialmente do sistema nervoso central. Sendo que, as drogas podem ser utilizadas como medicamentos, de forma recreativa ou outros modos. As drogas são classificadas de diversas formas, tais como: sua legalidade (lícitas ou ilícitas), efeitos no corpo (estimulantes, depressoras, alucinógenas) e origem (naturais ou sintéticas). (ANVISA/1998).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), droga é “qualquer substância que, ao ser administrada em um organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções”.<sup>1</sup>

No contexto legal, drogas são substâncias ou produtos capazes de causar dependência e que são regulados pela lei do país. A legislação determina quais substâncias são permitidas, controladas ou proibidas, e estabelece as normas para produção, distribuição, posse e uso. As drogas são elencadas em uma lista que especifica seus status e a penalidade associada ao seu uso ou tráfico. Vejamos a seguir a definição de drogas conforme a Lei 11.343/2006:

“Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.(BRASIL,2006).

---

<sup>1</sup> Organização Mundial da Saúde (OMS). “**Substance Abuse**.” Disponível em: [OMS]([https://www.who.int/topics/substance\\_abuse/en/](https://www.who.int/topics/substance_abuse/en/)). Acesso em 25 de maio de 2024.

De modo geral, as drogas ilícitas são substâncias psicoativas ou psicotrópicas cuja produção e comercialização constituem crime, como a maconha, inalantes/solventes, cocaína, crack, LSD e outras. As drogas lícitas são substâncias psicoativas ou psicotrópicas cuja produção, comercialização e consumo não constituem crime, destacando-se o álcool e o tabaco.

No Brasil, as substâncias sujeitas a controles especial estão descritas na Portaria 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A Anvisa atualiza periodicamente o anexo da referida portaria, com as inclusões/alterações nas substâncias controladas. (BRASIL. Ministério da Saúde.12/98).

Outro conceito apresentado será de uso e consumo de drogas o qual está previsto no art. 28 da lei nº 11.343/2006, pode-se dizer que a nova legislação das drogas trouxe o artigo para melhor demonstrar a diferença entre usuários e traficantes, mesmo que não haja uma pena de reclusão ou detenção, o ato de uso e consumo de drogas ou posse/porte de drogas para uso pessoal é considerado crime. Segundo o STF, trata-se de crime despenalizado o art. 28 da lei 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às

circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

- I – admoestação verbal;
- II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.(BRASIL,2006).

O art. 28 da Lei de Drogas, excluiu a previsão de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, porém, a conduta permanece considerada como crime. Não houve descriminalização da conduta, mas somente a despenalização, sendo que, os usuários têm uma pena branda. O dispositivo legal estabelece penas alternativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas.

A advertência sobre os efeitos das drogas seria que: o infrator recebe uma advertência formal do poder judiciário, em que é informado sobre as consequências negativas das drogas. Na prestação de serviços à comunidade, o usuário deve realizar trabalhos em benefício da sociedade por um período determinado de tempo, tais serviços serão em órgãos públicos. A medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo o autor deve participar de programas ou cursos educativos sobre os riscos e efeitos do uso de drogas. A legislação determina os

critérios para que o magistrado avalie se a droga se destinava a consumo pessoal, o dispositivo legal prevê no art. 28, § 2º da Lei de drogas.

O conceito de tráfico de drogas é fundamental para diferenciar os crimes de uso e consumo de drogas e tráfico ilícito de entorpecentes. Sendo que, o tráfico de drogas refere-se a produzir, distribuir e vender as substâncias entorpecentes ilícitas. Este tipo criminal é utilizado também no cultivo, transporte, armazenamento, guarda, fabricação e mercancia de material proibido pela lei brasileira.

No Brasil, o tráfico de drogas é regulado pela Art. 33 da Lei nº 11.343/2006. A legislação de Drogas dispõe que a conduta do tráfico de drogas compreende uma série de núcleos, incluindo:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".(BRASIL,2006).

As condutas como importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, cultivar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, plantas que sejam matéria-prima para a preparação de drogas e utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tenha a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas.

Para um maior rigor punitivo, conforme determinado pela CF/1988, foi equiparado a um crime hediondo, o tráfico de drogas, sendo assim, alguns tipos penais previstos na Lei nº 11.343/2006 atraem a incidência da Lei nº 8.072/1990 (Lei de crimes hediondos). Conforme dispositivo a seguir:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II – latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V – estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO na Lei nº 9.695, de 20/8/1998)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo único acrescido pela Lei nº 8.930, de 6/9/1994)

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.(BRASIL,1990).

Dessa forma, o tráfico de drogas é equiparado a um crime hediondo. O Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu que se considera tráfico de drogas aquelas condutas previstas no art. 33, caput, e § 1º, da Lei de Drogas, de modo a atrair, nesses casos, os efeitos da Lei dos Crimes Hediondos. Vejamos a ementa do julgado:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)” (BRASIL,2016).

Pode-se dizer que, o tráfico de drogas é crime hediondo, todavia, se a conduta praticada pelo infrator se encontra embasada no caput do art. 33 da Lei de Drogas ou nas condutas equiparadas criminalizadas em seu § 1º, o autor de tal tipo penal será penalizado com reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de multa. São diversas condutas que caracterizam o ilícito penal, sendo proibido compra, venda, produção, armazenamento, guarda, entrega, fornecimento, importação, exportação, cultivo, semear, fornecimento gratuito de drogas sem autorização ou desconformidade com a Lei.

## **2.2- DIFERENÇA ENTRE A LEI N° 6368/1976 E A LEI N° 11343/2006**

Neste capítulo será apresentado uma comparação entre a legislação Lei nº 6368/1976 que dispunha sobre tóxicos e foi revogada posteriormente pela Lei nº 11343/2006, a qual é utilizada na atualidade no ordenamento judiciário brasileiro. A legislação sobre drogas no Brasil sofreu mudanças significativas com a promulgação da Lei nº 11343/2006, que substituiu a Lei nº 6.368/1976.

A primeira mudança que podemos destacar é a extinção da pena para o crime de uso e consumo de drogas. A Lei nº 6368/1976 previa uma pena de detenção, conforme artigo a seguir:

“Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”(BRASIL,1976).

A legislação vigente Lei nº 11343/2006 prevê o mesmo crime de uso e consumo de drogas, porém com modificações, sendo a principal a despenalização do uso pessoal de drogas. Conforme o Art. 28 disposto abaixo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado".(BRASIL,2006)

Para o crime de uso e consumo de drogas pode-se dizer que a legislação anterior – Lei nº 6368/1976 - punia com penas de detenção os usuários de drogas, tendo uma criminalização do uso de entorpecentes. O foco punitivo recaía tanto sob os usuários quanto sob os traficantes, sendo que, o tratamento para dependência química era mal estruturado e não era prioridade na legislação antiga. A pena variava de 6 (seis) meses até 2 (dois) anos dependendo das condições da conduta criminal, como quantidade de drogas encontradas, tipo de substância apreendida, antecedentes criminais e local do fato.

A legislação vigente – Lei nº11343/2006 já prevê uma despenalização do uso pessoal de drogas, sendo que a nova lei não prevê pena de detenção, reclusão ou pena de prisão para o usuário de drogas. Ao invés disso, estabelece medidas educativas, palestras e tratamento, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos.

Outra diferença foi a de usuários para traficantes, tendo uma diminuição do foco punitivo. A Lei de Drogas atual prevê e enfatiza a prevenção do uso de drogas, o tratamento e reinserção social de usuários e dependentes e institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SIDNAD) para coordenar essas ações, tratando o uso e consumo como problema de saúde pública.

A segunda mudança pertinente nas legislações foi para o crime de tráfico de drogas, como pode-se verificar na legislação revogada, em que era prevista uma pena de reclusão menor que a atual, conforme artigo subsequente:

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I – induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II – utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.(BRASIL,1976).

A legislação vigente - Lei nº11343/2006 - prevê o mesmo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, porém com modificações, sendo a principal o foco punitivo. Conforme o Art. 33 disposto a seguir:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV – vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.(BRASIL,2006).

A legislação 6368/1976 previa o tipo penal do tráfico de drogas, porém, a pena era de 3 a 15 anos e não tinha os agravantes. Sendo que o poder judiciário era o

responsável pela aplicação da sanção penal e julgamento de todos os casos de uso e consumo de drogas e tráfico de entorpecentes.

A lei nº 11.343/2006 teve um aumento nas penas para o tráfico de drogas, que variam de 5 a 15 anos de reclusão, e ainda, tem diversos agravantes para o aumento considerável da penalidade. A nova legislação estimula a participação de organizações comunitárias e não-governamentais no combate às drogas e de atendimento aos dependentes químicos.

Conforme demonstrado, cada legislação teve um papel fundamental no ordenamento jurídico e com distinções entre ambas. Contudo, argumenta-se ter uma união de ambas para melhor andamento do País, juntado o foco punitivo do crime de uso e consumo de drogas da lei revogada com a penalização do tráfico de drogas da legislação em vigor, tendo assim, uma diminuição do tráfico de drogas e uso e consumo devido a punição aumentada para os dois tipos penais. Uma das hipóteses para o problema central do estudo, seria a criação de uma nova legislação com maior rigor punitivo.

### **2.3- RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 635.659**

No presente capítulo serão apresentadas decisões pertinentes ao RE 635.659, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que tem como objeto de discussão a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, contemplando assim, os pareceres dos ministros.

O recurso discute a criminalização do porte de drogas para o uso pessoal, pois viola garantias constitucionais como o direito à privacidade e à liberdade individual. O STF está interpretando se a punição aplicada ao usuário de drogas, ainda sem pena de detenção ou reclusão, viola os direitos fundamentais elencados na constituição federal. Vejamos a seguir:

“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”. (BRASIL,1988).

O recurso extraordinário supramencionado, teve como processo de origem interposto em decorrência de um sentenciado, o qual foi encontrado no interior de uma unidade prisional com 3 gramas de maconha no Estado de São Paulo. Sendo que, a defensoria pública interpôs o recurso extraordinário com fulcro no art. 5º, inciso X, da CF/1988 que torna inviolável a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, visando a decretação da inconstitucionalidade da pena aplicada pelo juízo a quo.

Em meio à discussão do tema no STF, uma corrente doutrinária se mostra a favor da descriminalização, sustentando que punir o porte/a posse de entorpecentes para consumo pessoal viola o direito à privacidade e à autonomia individual. Ainda defendem que não é eficaz na redução do uso e consumo de drogas e sobrecarrega o sistema judicial.

Todavia, a corrente contrária à descriminalização argumenta que a liberação da posse/porte de drogas para consumo pessoal trará implicações sociais, impactos ao sistema de saúde pública e um aumento do uso de drogas.

Em junho de 2024, O Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal (STF), votou a favor da descriminalização do porte de maconha para uso pessoal. Com isso, a Corte formou maioria de 6 votos a 3 pela descriminalização. Votaram pela descriminalização os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber.

O recurso extraordinário teve como relator o Ministro Gilmar Mendes que já apresentou seu voto, sendo este também favorável à declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, porém com algumas ressalvas. O argumento usado pelo Ministro é que o Estado não poderia punir a utilização de todas

as substâncias. Ou seja, a regra valeria para maconha, cocaína e todas as substâncias ilícitas. Porém, na última sessão, o ministro revisou seu voto e limitou-o apenas à maconha.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a CF/1988 consagrou a dignidade da pessoa humana e os outros direitos constitucionais como da privacidade, intimidade, honra e imagem. Desta forma, o art.28 da lei de Drogas seria inconstitucional por ferir esses direitos.

O Ministro Alexandre de Moraes sugeriu o limite de até 60 gramas do entorpecente para diferenciar a prática do uso daquele considerado tráfico. O ministro apresentou a tese de seu voto baseada em um estudo feito pela Associação Brasileira de Jurimetria, o qual teve como assunto principal que jovens negros e analfabetos são considerados com maior frequência traficantes e que a quantidade de drogas apreendidas é menor do que a encontrada na posse/porte por pessoas brancas e com ensino superior.

O levantamento ainda demonstrou que a média de maconha encontrada para ser considerada tráfico de drogas é 32 gramas. Todavia, em se tratando de casos envolvendo pessoas com nível superior, a média de quantidade para ser considerada a conduta como tráfico é de 49 gramas.

Outro ponto chave do voto do Ministro Alexandre de Moraes é a ausência de parâmetros objetivos para diferenciar o usuário de drogas e o traficante. Para o ministro, um critério importante é a quantidade de substância ilícita para a diferenciação entre os tipos penais, além de outros fatores como: material para pesagem da droga, caderno de anotações e no momento da abordagem se foi observado pelos agentes de segurança pública a vida das drogas.

Segundo o ministro, a análise da quantidade de entorpecente gera uma presunção relativa não sendo suficiente para definir um crime de tráfico de drogas ilícitas ou de uso e consumo de drogas.

Tendo o Ministro Alexandre de Moraes concluído em sua tese sobre o recurso extraordinário que presumir-se-ia como usuário de drogas aquele que adquirir, guardar, ter em depósito a quantidade de 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas. O agente de segurança pública poderá prender em flagrante delito por tráfico de drogas a pessoa com essa quantidade ou outra inferior, desde que, de maneira fundamentada, comprove a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico ilícito de entorpecentes.

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso fez uma proposta para limitar a quantidade de substância análoga a maconha que poderia ser classificada como para uso pessoal, sugerindo como patamar até 25 gramas ou a plantação de até seis plantas. Sustentou o Ministro a tese que a descriminalização do porte/posse de drogas para o uso pessoal é medida constitucional legítima, tendo como razões para justificar e legitimar a descriminalização os direitos fundamentais a privacidade, autonomia individual e desproporcionalidade da punição de condutas. Para o ministro será presumido como usuário aquele que tiver posse/porte quantidade de até 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas da substância, impondo assim a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. Posteriormente o Ministro reajustou sua tese e mudou pra 60 gramas de maconha.

O Ministério Edson Fachin também votou a favor da descriminalização, mas restringiu seu voto à maconha para consumo pessoal. No começo de seu voto, o Ministro deixa claro que o entendimento da descriminalização do porte de drogas é apenas para a substância considerada como maconha, baseando seu argumento em virtude ao respeito à liberdade e à autonomia privada, bem como a limitação da interferência do Estado sobre os indivíduos.

Segundo Fachin, criminalizar o porte/posse de drogas para uso pessoal é uma medida paternalista do Estado e a escolha de usar ou não substâncias entorpecentes é de cada indivíduo, dissertando ainda que: a sociedade tem que entender que o dependente químico é a vítima e não um criminoso.

No final de seu voto o magistrado Edson Fachin sustentou que se deve manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga da maconha, mas ao mesmo tempo declarou a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da maconha até criada uma legislação sobre o tema.

A ex-presidente e Ministra do STF, Rosa Weber, antecipou seu voto antes de sua aposentadoria e acompanhou outros ministros para descriminalizar o porte/a posse de maconha. A Ministra acompanhou a tese do Ministro Alexandre de Moraes para fixar em 60 gramas a quantidade máxima liberada para o dependente químico ter em seu poder. Weber teve o entendimento pela descriminalização de drogas do porte para uso pessoal. No entanto, a ministra relatou que o porte fosse somente para maconha e que a atualização da Lei de Drogas excluiu a pena, mas não descriminalizou o uso e consumo de drogas.

O Ministro do STF Cristiano Zanin teve uma visão contrária sobre a descriminalização das drogas e votou contra. Sendo que, segundo o entendimento de Zanin, deve ser mantido o art. 28 da Lei 11.343/2006 com suas sanções. O Ministro defende que o único dispositivo legal que cria uma diferença entre traficante e usuário é o artigo discutido em pauta. Além disso, sugeriu que o usuário fosse aquele encontrado no porte de 25 gramas e até 6 plantas fêmeas de maconha.

O Ministro André Mendonça declarou-se desfavorável à descriminalização do porte da droga para uso pessoal. Foi defendido pelo Ministro que esse tema deve ser definido pelo Congresso e não pelo Supremo, dissertando ainda que os parlamentares iriam criar critérios para diferenciar o traficante do usuário.

Com o posicionamento contrário à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, o Ministro André Mendonça propôs que fosse adotada a quantidade de 10 gramas de maconha para diferenciar usuário de traficante. O Ministro André

Mendonça relatou que a quantidade de 10 gramas de “cannabis” conseguiria fazer 34 cigarros de maconha, que causam um dano maior que o próprio tabaco.

Tendo voto contrário à descriminalização, o Ministro Nunes Marques usou um argumento semelhante ao do Ministro André Mendonça. O Ministro declarou que está longe de ser coloquial o crime de uso e consumo de drogas e que além do usuário as drogas prejudicam os familiares e a sociedade como um todo, tendo danos diretamente ligados ao uso e consumo de drogas. Sendo sugerido pelo Ministro que usuário fosse aquele encontrado no porte de 25 gramas e até 6 plantas fêmeas de maconha.

O último Ministro a se posicionar sobre o tema do RE foi o Ministro Dias Toffoli, o qual pediu vistas. A seguir dispõe o julgamento sobre o tema:

“Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Alexandre de Moraes, o qual, nesta assentada, fixava o quantitativo de 60g ou 6 plantas fêmeas como critério para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; do votovista do Ministro André Mendonça, que acompanhava o Ministro Cristiano Zanin no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, mas propunha a seguinte tese: “I – É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006; II – Fica estabelecido o prazo de 180 dias para o Congresso Nacional estabelecer critérios objetivos para diferenciar aquele que porta drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006) do traficante de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006), parâmetros que não impedirão que, no caso concreto, seja afastada a presunção mediante fundamentação idônea da autoridade competente”, e conferia interpretação conforme a Constituição ao art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, para esclarecer, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema, que: I – Será presumido usuário e, portanto, sujeito às consequências jurídicas elencadas pelo art. 28, caput e incisos I, II e III, o indivíduo que estiver em posse de até 10 gramas de maconha; II – Tal presunção poderá ser desconstituída, no caso concreto, com base em fundamentação idônea pela autoridade competente, à luz dos demais parâmetros estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006; do voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava o voto do Ministro Cristiano Zanin, negando provimento ao recurso e assentando a constitucionalidade do dispositivo impugnado, fixando a quantidade de 25g ou 6 plantas fêmeas para a distinção entre consumo pessoal e tráfico; e do voto do Ministro Edson Fachin, que

ratificava o seu voto no sentido de acompanhar o Relator relativamente ao dispositivo impugnado, mas considerava que o estabelecimento da quantidade de maconha seria atribuição do Poder Legislativo, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Dias Toffoli. Não vota o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que votara, em assentada anterior, acompanhando o voto do Relator. Plenário, 6.3.2024. (RE 635659/SP, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, DJE divulgado em 08/03/2024, publicado em 11/03/2024)".(BRASIL,2024).

Até o momento, o STF já iniciou o julgamento, mas a decisão final em 20/06/2024 não foi proferida. A votação apresenta 5 votos a favor da descriminalização do uso de drogas e 3 votos para criminalização. Os ministros que votaram pela descriminalização foram Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber (aposentada). A decisão do RE 635.659 é de suma importância para a política de drogas do País, podendo descriminar o porte/posse de pequenas quantidades de entorpecentes para consumo pessoal e mudança do ordenamento jurídico brasileiro em ocorrências envolvendo uso e consumo de drogas ilícitas.

## **2.4 – ACÓRDÃOS SOBRE O TEMA**

Neste capítulo serão apresentadas decisões sobre o assunto do crime de uso e consumo de drogas, o qual é elencado no art. 28 da Lei 11343/2006, demonstrando assim, os pareceres de diversos juristas, magistrados e ministros.

Um dos instrumentos utilizados pelos advogados para garantir o direito de liberdade de seus clientes (ir e vir) é o habeas corpus (HC). O HC é considerado um instrumento processual, conhecido como um remédio constitucional, para garantir a liberdade de alguém, quando o indivíduo foi preso de forma ilegal ou têm sua liberdade ameaçada por abuso de poder. Elencado no artigo 5º, inciso LXVIII, da CF/1988 e nos arts. 647 ao 667 do CPP/ 1941.

A CF/1988 conceitua o HC como uma garantia fundamental com objetivo à tutela do direito individual de liberdade de locomoção (direito de ir e vir), quando o direito é ameaçado ou prejudicado, em decorrência de violência ou lesão por ilegalidade ou abuso de poder. Vejamos:

“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:

LXVIII – conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”(BRASIL,1988).

O Código de Processo Penal (CPP/1941) relaciona as regras e as normas de como impetrar o HC, sendo que, pode ser impetrado por qualquer pessoa ou pelo Ministério Público (MP) quando alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder. O CPP/1941 dispõe que:

“Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade”. (BRASIL,1941).

Um Habeas Corpus que foi impetrado sobre o tema de uso e consumo de drogas é o HC-478757/SP, tendo como Relator o Ministro Felix Fischer da quinta

turma. O assunto principal do julgado é a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, não havendo, portanto, abolitio criminis. Vejamos a seguir:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II – Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado.

III – De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que “se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

IV – Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do

artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V – Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo".(HC 478757/SP, Relator(a): Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019)". (BRASIL,2019).

O julgado em questão analisa a conduta de um autor de furto, que tinha como antecedente criminal o crime de uso e consumo de drogas. Nos autos fica demonstrado que o autor foi condenado pela prática do delito previsto no art. 155 do Código Penal (CP/1940), sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

A defesa do autor interpôs o recurso, que deu parcial provimento diminuindo a pena, bem como afastando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixando o regime semiaberto.

O tribunal de Justiça encarregado pelo julgamento e sentença usou como fundamento para a modificação da sentença proferida anteriormente a existência de reincidência em crime doloso. Além disso, o autor tem uma antiga condenação pelo crime de posse de drogas para o consumo próprio, o que é incapaz de ser entendida como reincidência em crime doloso.

Iniciou-se uma discussão sobre a reincidência criminal, sendo utilizada para cercear a liberdade do autor. No final, a concessão da ordem, foi pedido o afastamento

do agravante referente à reincidência criminal, bem como fixação do regime aberto, e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O ministro depende de complemento, ainda que a consideração da condenação do crime de uso e consumo de drogas para fins de reincidência viola o princípio da proporcionalidade. Proferindo a sentença de regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Importante salientar que o Ministro sustentou/argumentou que o tipo penal do uso e consumo de drogas não teve “*abolitio criminis*”. Pode-se dizer que o *abolitio criminis* seria que uma nova lei penal descriminaliza a conduta elencada como crime, sendo que ninguém será condenado ou terá pena por aquele tipo penal. O *abolitio criminis* encontra-se no código penal (CP/1940) Conforme dispostos abaixo:

“Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. (BRASIL,1940).

“Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: ...

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”. (BRASIL,1940).

O Habeas Corpus N°412614/SP, teve como Relator o Ministro Nefi Cordeiro, da sexta turma. O assunto principal do julgado é a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada. Observa-se o acórdão a seguir:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRÁTICA DE NOVO DELITO. POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. CONDUTA DESPENALIZADA, MAS NÃO DESCRIMINALIZADA PELA LEI DE DROGAS. SUSPENSÃO E POSTERIOR RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO RESTABELECIMENTO. POSTERIOR CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL. PERÍODO DE PROVA NÃO CUMPRIDO SEM A CORRESPONDENTE

SUSPENSÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Não se desconhece que, a teor da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, ainda que praticado novo delito no curso do período de prova, é impositiva a extinção da pena quando inexistente decisão que suspenda cautelarmente o livramento condicional, transcorrendo sem óbice o prazo do benefício.

2. No entanto, praticado fato definido como crime durante o curso do livramento condicional, e tendo havido a suspensão do benefício pelo Juízo competente, com a interposição do agravo em execução pelo Ministério Público quando do seu restabelecimento, não há falar em constrangimento ilegal.

3. O art. 88 do Código Penal enuncia que, revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado, o que significa dizer, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, que o réu condenado por crime (e não contravenção) cometido durante a vigência do livramento não pode obter novo livramento, e o tempo em que ficou em liberdade é desprezado para fins de cumprimento de pena. Em tese, poderá obter livramento condicional na segunda condenação (in Nucci, Guilherme de Souza, 14<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014).

4. É assente na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a Lei n. 11.343/2006 não implicou em abolitio criminis da conduta de possuir droga para consumo próprio, ou seja, a conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, razão pela qual a prática do fato deve ser considerada crime para os fins do disposto no art. 88 do Código Penal.

5. Habeas corpus denegado. (HC 412614/SP, Relator(a) Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018)". (BRASIL,2018).

O agravado cumpria pena privativa de liberdade pela prática de roubo e cumpria a pena em regime fechado. Todavia, o apenado recebeu o benefício de livramento condicional. O autor foi preso novamente pelo crime tipificado no Art. 33 da Lei n° 11343/2006 (Tráfico de Drogas), sendo desclassificado para uso e consumo de drogas Art. 28 da Lei n° 11343/2006 concedendo seu alvará de soltura.

Foi pedido novamente o benefício de livramento condicional até o trânsito em julgado dos autos, sendo indeferido. O magistrado expôs que o fato de ter sido condenado à pena de advertência por ter praticado o crime previsto no art. 28, da Lei de drogas, não autoriza o restabelecimento do benefício. Ainda relatou que o agravado demonstrou não estar apto a descontar sua reprimenda em livramento condicional, envolvendo-se com as drogas, devendo retornar ao regime fechado para cumprimento do restante da reprimenda, pelo que seria temerário retornar a descontar sua pena em livramento condicional.

O Ministro em sua tese dissertou que se anota que o porte de entorpecentes continua a ser definido como crime, embora não haja mais pena privativa de liberdade, razão pela qual a conduta do agravado subsuma-se também ao previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal. Sendo negado pelo juízo o HC.

De igual modo, foi impetrado sobre o tema de uso e consumo de drogas o HC-447.338 – SC, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, da quinta turma. O assunto principal do julgado é a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, e que o autor que cometeu novo crime e reincidente devido a passagem anterior. Conforme ementa a seguir:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ROUBO MAJORADO (QUATRO VEZES). DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PLURALIDADE DE ARTEFATOS. SÚMULA 443/STJ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com

a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator. Logo, a existência de condenação definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma.

3. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.” (Súmula 443/STJ).

4. Na hipótese, as instâncias ordinárias justificaram concretamente o aumento da pena em 3/8, pela presença das majorante do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, ao destacarem que “para alcançar o desiderato criminoso, o acusado uniu esforços ao seu comparsa, em verdadeira comunhão de desígnios, mediante o uso ostensivo de duas armas de fogo para aumentar o poder de intimidação das vítimas e lograr êxito na subtração dos bens e valores descritos na denúncia”.

5. Habeas corpus não conhecido”.(HC 447338/SC, Relator (a) Ministro Ribeiro Dantas, quinta turma, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)”. (BRASIL,2018).

O recurso foi impetrado para postular a concessão da causa especial de diminuição de pena prevista. Todavia foi mantida a decisão em debate e negada a diminuição, visto que, o apelante teve um agravante da reincidência. Anteriormente condenado pelo cometimento de crime previsto no art.28 da Lei nº 11343/2006.

O ministro Ribeiro Dantas proferiu ainda sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11343/2006, sendo que é matéria que se encontra em debate no STF sobre o RE 635.659. Todavia, até o presente momento o julgamento não foi encerrado.

Concluindo que manteve a condição de reincidente do autor, não cumprindo os requisitos necessários para a primariedade exigido pela legislação em vigor, fixando uma pena de 5 anos de reclusão pelo cometimento de tráfico de drogas.

Em ambos os acórdãos vislumbra-se uma discussão sobre a temática do uso e consumo de drogas. Sendo que, três Ministros diferentes preferiram suas teses relatando que apesar de não ter uma penalidade restritiva de liberdade prevista no art. 28 da Lei de Drogas, a conduta em questão é crime. Não houve a descriminalização do tipo penal e que atualmente o STF está em plenário decidindo sobre o tema no RE 635.659.

## **2.5 – DESENVOLVIMENTO DA HIPÓTESE**

O uso de drogas constitui um grave problema de saúde pública, com várias consequências que podem refletir nos jovens e em toda a sociedade. A solução que se sustenta seria a promulgação de uma legislação rigorosa contra o tráfico de drogas e contra o uso e consumo de drogas, com a previsão de utilização das forças de segurança pública, criminalizando qualquer tipo de drogas.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro tem a votação de dois dispositivos legais sobre o tema de uso e consumo de drogas, sendo, o RE 635.659 que dispõe sobre a descriminalização do porte/posse de drogas para uso pessoal e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 45/2023).

A PEC 45/2023 visa incluir inciso na Constituição Federal para tornar crime a posse e o porte de qualquer quantidade de droga ilícita. A PEC teve origem no Senado Federal, onde já foi aprovada, e foi para análise na Câmara dos Deputados. Segundo o texto da proposta de emenda constitucional em comento, a justiça deverá fazer a distinção entre traficante e usuário pelo fato, aplicando aos usuários penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência.

Caso se dê a aprovação da PEC 45/2023, a criminalização do usuário passa a integrar a Constituição, portanto, em hierarquia normativa superior a uma lei ordinária.

Para a resposta da questão problema do trabalho, que versa sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, pode-se verificar a existência de importantes controvérsias a serem analisadas.

Nesse sentido, pondera-se sobre a possibilidade de ser aceitável pela sociedade, juristas e STF uma descriminalização parcial das drogas, abrindo exceção para a maconha.

O Senado Federal demonstrou-se contrário ao posicionamento do STF e propôs através da PEC 45/2023, a criminalização dos usuários de drogas, independentemente da quantidade de drogas encontradas. Discordando, portanto, do parecer do STF que ventila sobre a criação de uma diferenciação entre traficantes e usuários.

Com isso, a hipótese que se apresenta seria a formulação de uma nova legislação que versa sobre as drogas ilícitas no Brasil, criando conceitos claros para diferenciar os dependentes químicos dos traficantes, estipulando ainda, uma pena para ambos os tipos penais e demonstrando que o uso e consumo de drogas não é somente um problema de saúde pública, mas também de segurança pública. Conforme dispositivo da CF/1988 a seguir:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI – polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou

internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.(BRASIL/1988).

A nova legislação proposta teria objetivo de estabelecer critérios claros e justos para a delimitação de usuários e traficantes de drogas, assegurando a proteção aos direitos fundamentais e garantias constitucionais. Além de criar uma pena para o usuário de drogas ilícitas, diminuindo assim os dependentes químicos.

Com a diminuição dos usuários, o tráfico de entorpecentes perderia força, tendo a destruição das organizações criminosas. Tendo também, a união entre os poderes

e utilizando das forças de segurança pública no combate maciço do tráfico de drogas e uso e consumo em nosso País inviolabilidade de domicílio, assegurando a proteção da privacidade dos cidadãos, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de exceções bem fundamentadas em situações específicas e fica estabelecido que a inviolabilidade de domicílio somente poderá ser excepcionada mediante fundadas razões, devidamente justificadas e respaldadas por indícios concretos que justifiquem a medida. Nos casos de flagrante delito, as autoridades competentes podem adentrar o domicílio sem autorização judicial, desde que apresentem justificativa posterior para tal ação.

Não obstante, há que se ponderar: como seria possível proibir a venda de entorpecentes se o consumo estaria liberado, já que não se compra drogas em farmácias, supermercados e lojas. Com efeito, argumenta-se que a descriminalização aumentaria a demanda e, conseqüentemente, fortaleceria ainda mais o tráfico no Brasil.

O argumento de que a legalização forçaria o crime organizado a sair do comércio de drogas é outra falácia. O senso comum demonstra saber da existência de um amplo mercado paralelo, que abarca, inclusive, o comércio de entorpecentes. No caso das drogas, sustenta-se que os traficantes não abandonariam o segmento em hipótese alguma. Não apenas porque muitos deles são usuários e não se inscreveriam em nenhum programa oficial para adquirir sua cota, como assim também fariam muitos dependentes que não se sentem seguros em confessar o próprio vício.

Outro erro seria dizer que reduziria os crimes, pois com a venda legal de drogas, os usuários não iriam cometer crimes, como furtos e roubos para sustentar o vício.

Ademais, pondera-se sobre a real necessidade da intervenção do STF nesse problema. Sustenta-se que o Congresso Nacional seria o lugar correto para esse problema, pois trata-se da representação do Poder Legislativo Federal que exerce, no âmbito da União, as funções típicas do poder legislativo, quais sejam, elaborar/aprovar

leis e fiscalizar o Estado brasileiro (suas duas funções típicas), bem como administrar e julgar (funções atípicas).

Por fim, repisa-se: descriminalizar o uso e/ou porte de drogas irá combater o tráfico? A presente pesquisa conclui que não. Isto porque a mera descriminalização do porte para consumo apresenta problema jurídico e ainda pode agravar a situação que a sociedade enfrenta ao combate às drogas, posto que trata-se de dever constitucional do Estado zelar pela saúde de todos, tal como previstos no art. 196 CF/88.

Com efeito, a descriminalização ainda que parcial das drogas, poderá contribuir ainda mais o agravamento destes problemas de saúde, sendo os usuários as maiores vítimas do tráfico de drogas e do crime organizado.

Por fim, frisa-se que não há nenhuma evidência que a legalização ou descriminalização esteja resolvendo o problema no mundo. E é óbvio que, para surtir algum efeito, uma política tem que ser globalizada. Não terá êxito algum se for aprovada apenas por um país porque o tráfico internacional de drogas, assim como outros tipos de crimes, hoje é totalmente globalizado e conectado.

### **3- CONCLUSÃO**

Perante as pesquisas concretizadas, entendeu-se que o tema de uso e consumo de drogas é amplamente debatido no ordenamento jurídico brasileiro. Para uma parte dos juristas o artigo 28 da lei de drogas viola direitos fundamentais, garantidos pela CF/1988, sendo garantias de todos os cidadãos. Nesse contexto, ressalta-se que os direitos retro mencionados têm o objetivo de assegurar sua personalidade, privacidade e proporcionalidade.

Para aquele que é considerado usuário de droga, existe no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo legal específica voltada à definição de sua conduta, trata-

se do art.28 da Lei 11343/2006, em que se prevê a sanção administrativa a pessoa que é flagrada utilizando qualquer tipo de droga ilícita, porém, não existe uma quantidade específica em que a pessoa é considerada usuário ou traficante de drogas.

A discussão do STF no RE 635659 abrange a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tendo, no supremo tribunal uma divergência entre os Ministros. Alguns defendem a liberação somente da droga denominada maconha e outros de nenhum entorpecente. Aqueles que defendem a legalização demonstram diferentes ideias sobre a quantidade para ser considerado usuário de drogas, estipulando a quantidade de 25 gramas e 6 plantas fêmeas como parâmetro para todos os dependentes químicos.

Nota-se que ao passar dos anos o crime de uso e consumo de drogas teve um aumento significativo no nosso País e é base de diversos outros crimes, como: tráfico de drogas, furtos, roubos e outros. Com a descriminalização pode criar um novo mercado negro para o tráfico de drogas, visto que, entorpecentes vendidos de forma legal teria que ser cobrados impostos e tributos para a união.

Uma solução para o problema de uso e consumo de drogas é a criação de uma legislação sobre o tema, que demonstra e institui penalidades severas para os traficantes e usuários. Nessa lei teria a diferença de um traficante e usuário de drogas, quantidade de drogas e fatores que demonstram o crime. Definir uma junção entre a saúde pública, segurança pública e judiciário para o tratamento, recuperação e sanções dos dependentes químicos.

O intuito deste estudo foi de mostrar que devem ser penalizados aqueles que estejam em irregularidade com os requisitos da legislação do ordenamento jurídico brasileiro, tendo ainda, a mudança da legislação vigente para garantir um maior cumprimento das sanções e penalidade para os usuários.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 07 de Maio de 2024.

BRASIL. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Portaria 344/1998**. Disponível em: <<[https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>>. Acesso: 25 de Junho 2024.

BRASIL. **Código Processo Penal**, 1941. In: EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. 35<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2848/40 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 07 de outubro de 2023.

BRASIL. **PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC) N° 45/2023**. Disponível em: <<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>>>. Acesso em: 02 de Julho de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, RE 635659/SP, Julgado em 06/03/2024. DJE divulgado em 08/03/2024, publicado em 11/03/2024.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica**. Disponível em: [Planalto]([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6368.htm)). Acesso em 25 de maio de 2024.

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.** Disponível em: [Planalto]([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)). Acesso em 25 de maio de 2024.

BRASIL. HC 447338/SC, Relator (a) Ministro Ribeiro Dantas, quinta turma, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018.

BRASIL. HC 412614/SP, Relator(a) Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018.

BRASIL. HC 478757/SP, Relator(a): Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019.

Organização Mundial da Saúde (OMS). "**Substance Abuse.**" Disponível em: [OMS]([https://www.who.int/topics/substance\\_abuse/en/](https://www.who.int/topics/substance_abuse/en/)). Acesso em 25 de maio de 2024.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.