

Edição 10

25/08/2023

## Objetivo

As notas jurídicas elaboradas pela Câmara de Estudos Institucionais e Estudos de Controle de Constitucionalidade e Convencionalidade objetivam fornecer às membras e membros da Defensoria Pública importantes informações técnico-jurídicas, na forma de Boletim Informativo Periódico, com o intuito de auxiliar no aprimoramento das atribuições institucionais, na uniformização de entendimentos quanto ao tratamento de temas estratégicos e no crescimento Institucional.

# Nota Jurídica

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06

Ontem, dia 24/08/2023, o Supremo Tribunal Federal interrompeu o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 – SP, que analisa, sob a sistemática da repercussão geral, a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 de 2006, em decorrência do pedido de vista do Ministro André Mendonça.

No caso, um homem foi condenado à prestação de dois meses de prestação de serviços à comunidade por portar 3 (três) gramas de maconha para consumo próprio. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que atua na defesa do acusado, alega violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito a intimidade e a vida privada, bem como ausência de lesividade na hipótese do porte de drogas para uso próprio.



Até a publicação da presente nota jurídica, seis Ministros já apresentaram seus votos. Dentre eles, cinco acolheram de alguma forma à declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. O Ministro Cristiano Zanin proferiu voto contrário à tese de inconstitucionalidade. Os seis votos indicaram a definição de critério objetivo (quantidade substância) para diferenciar as conduta do porte e tráfico.

✓ Síntese dos votos:

- Ministro Relator Gilmar Mendes:

Declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma **a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal**. Todavia, restaram mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa.

Conferiu, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo.

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

Voto reajustado em 24/08/2023, no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a **apreensão relativa a *cannabis sativa*, bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia.**

- Ministro Edson Fachin

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

Manteve, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas.

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

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

- Ministro Luís Roberto Barroso

**A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima**, devido a razões jurídicas e pragmáticas.

As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, **impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas**. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.

À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, **recomendou-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.**

Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.

- Ministro Alexandre de Moraes

Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou

trazer consigo, **para consumo pessoal**, a **substância entorpecente “maconha”**, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, **será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior .**

A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes.

Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores a fixada, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, as apreensões de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega “delivery”); locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores a faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário.

- Ministra Rosa Weber

**Artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 é inconstitucional** na parte que prevê sanções de natureza penal.

Acompanhou o parâmetro fixado pelo ministro Alexandre de Moraes, para diferenciar usuário de traficante, de até 60g de maconha para ser classificado como porte pessoal, caso não haja outros indícios de que seja traficante.

- Ministro Cristiano Zanin:

Negou provimento ao recurso.

**É constitucional** o art. 26 da Lei 11.343/2006.

Para além dos critérios estabelecidos no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/2006, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, fixou como parâmetro adicional a quantia de 25g ou 6 plantas fêmeas para configuração de usuário da substância ou a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas.

\* A foto 1 ilustrativa constante deste informativo é de domínio público e foi extraída do site <https://fotospublicas.com/paqa/3/?s=STF>