

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO

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

RE 635659 / SP

ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS - ABEAD
ADV.(A/S) : DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S)
(SP067277/) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL PRÓ-VIDA E PRÓ-
FAMÍLIA
ADV.(A/S) : PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRAL DE ARTICULAÇÃO DAS ENTIDADES DE
SAÚDE - CADES
ADV.(A/S) : ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DE AMOR EXIGENTE - FEAE
ADV.(A/S) : CID VIEIRA DE SOUZA FILHO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ANPV - ASSOCIACAO NACIONAL DOS PREFEITOS
E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL
ADV.(A/S) : ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI
AM. CURIAE. : GROWROOM.NET
ADV.(A/S) : ROGERIO MAIA GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : REDE JURÍDICA PELA REFORMA DA POLÍTICA DE
DROGAS
ADV.(A/S) : PEDRO FIGUEIREDO OAB/MG 205.305
ADV.(A/S) : ERIKA SANTOS OAB/PE 50.348
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA
SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA OAB/DF 41.509
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

I – RELATÓRIO

1. Meus cumprimentos aos eminentes Pares, ao Presidente Ministro Luís Roberto Barroso, ao Procurador-Geral da República, eminente Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco e aos advogados aqui presentes.

2. Retomamos, nesta oportunidade, o julgamento do Tema nº 506 do ementário da Repercussão Geral, em que se discute, à luz do art. 5º, inc. X, da Constituição da República, **a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.**

3. Após o voto reajustado do e. Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativas à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo e. Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do delegado de polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do e. Ministro

Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: “I - *É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343*; II - *Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas*”; e do voto antecipado da e. Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do eminente Relator, pedi vista dos autos para analisar a questão com profundidade.

II- DO NECESSÁRIO PRÓLOGO: UM PANORAMA SOBRE A QUESTÃO DAS DROGAS

4. Antes de ingressar na análise da compatibilidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, com a Constituição da República, entendi pertinente colher alguns dados científicos e estudos elaborados por organismos internacionais para situar e aprofundar o debate sobre esta complexa e intrincada questão de saúde pública, que vem tomando proporções gigantescas, com a criação de bolsões de adictos vivendo em miséria nas ruas das cidades e dilacerando famílias em todo o mundo, sobretudo as mais humildes.

5. Faço referência, como ponto de partida, à valiosíssima contribuição que recebi do Prof. Dr. Jorge Hallak, Livre-Docente da Faculdade de Medicina da USP, Coordenador do Grupo de Estudos em Saúde do Homem, do Instituto de Estudos Avançados daquela Universidade, acerca, especificamente, da maconha e de outros produtos dela derivados.

5.1 Com base em inúmeros estudos científicos autorizados, o insigne professor, em coautoria com a Dr^a Ana Cecilia Petta Roselli Marques,

médica psiquiatra, Doutora em Ciências pela UNIFESP, membro do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD) e supervisora do Programa Periscópio (política municipal de drogas da cidade de Tarumã/SP); o Dr. Sergio Nicastrì, médico psiquiatra, Doutor em Medicina pela USP, Mestre em Saúde Pública pela Universidade John Hopkins (EUA), membro da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD); e o Prof. Dr. Arthur Guerra de Andrade, professor titular de psicologia médica e psiquiatria da Faculdade de Medicina do ABC, professor associado do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e coordenador do Programa Redenção (Cracolândia) da Prefeitura Municipal de São Paulo (2017-2022), apresentaram uma série de efeitos danosos do uso da maconha.

5.2 O material por eles produzido, o qual constará como anexo ao meu voto (e será compartilhado com os eminentes Pares), para além de ser extremamente grave e preocupante, demonstra bem que a proteção jurídica trazida pelo art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, transcende a pessoa que decide fazer uso de drogas, no caso específico, da maconha, para tomar perspectiva coletiva, atingindo toda a sociedade. Transcreverei apenas alguns trechos do que apontam os referidos *experts* sobre o consumo da droga e seus efeitos:

“Quando [a maconha é] consumida inalada, age por meio da liberação de componentes canabinoides, que se ligam nos receptores canabinoides que fazem parte do Sistema Endocanabinóide (ECS). Muitos papéis já foram atribuídos a esse sistema, entre eles a homeostase cerebral e da reprodução masculina. O principal princípio psicoativo e com potencial dependógeno, é o Δ 9-THC, que é muito mais abundante e ativo que o Δ 8-THC, ambos com concentração entre 12 e 39% para as plantas cultivadas e até 99% no caso dos cigarros eletrônicos. Também contém outros canabinoides, como o canabidiol (CBD)

e o canabinol (CBN), cuja concentração varia de 0,1 a 0,8% na planta mais ou menos estável, pois o principal foco dos produtores é o aumento da concentração do THC. O efeito psicoativo do CBD e CBN não é tão bem expresso como os do THC e tem sido utilizados em pesquisas para fins medicinais.

Somente com aquecimento suficiente, queima ou desidratação o ácido tetrahydrocannabinol contido na planta pode sofrer o processo de descarboxilação e formar a forma psicoativa THC, agindo por meio da sua ligação aos receptores canabinoides. Portanto, a inalação da maconha para quaisquer fins, recreativos ou medicinais tem uma grande chance de causar dano e deve ser proibida ou evitada.

Para cada unidade dos canabinoides potencialmente benéficos, existem mais de 60 que são psicoativos e com potencial dependógeno, incluindo-se o delta-9-tetrahydrocannabinol (Δ^9 -THC) e o delta-8-tetrahydrocannabinol (Δ^8 -THC), e que são de 15 vezes (considerando-se 12% de THC e 0,8 de CBD e CBN, melhor hipótese) até 100 a 390 vezes (considerando-se 17% a 39% de THC e 0,1 de CBD e CBN, hipótese mais realista) mais presentes no cigarro de maconha.

Estima-se, conservadoramente, que 9% das pessoas que experimentem esta droga desenvolvam dependência. Reconhecer o transtorno por uso de substância é importante, pois **ela pode aumentar o risco de transtornos psiquiátricos graves como esquizofrenia, outras psicoses, bipolaridade, depressão, ansiedade, transtornos da personalidade e distúrbios na esfera sexual e reprodutiva. Não a perceber reforça a crença sobre o “baixo risco da maconha” e pode minimizar os seus efeitos nocivos.**

Fumar maconha, transformar em alimentos ou cosméticos, como se fosse um produto qualquer, vai além do usuário, pode atingir a família e a sociedade. O número de crianças intoxicadas por ingestão acidental que chegam na

emergência; os acidentes no trânsito; os adolescentes sob efeito da substância, expostos ao relacionamento sexual inseguro e como consequência, uma gravidez indesejada, ou a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis; a escalada para o uso de outras drogas de abuso; o envolvimento em situações de violência ou relacionamento abusivo; o prejuízo cognitivo e a síndrome amotivacional, a queda acentuada da fertilidade masculina e do libido com biotransformação anômala dos hormônios esteroidais com graves consequências na vida sexual e reprodutiva, além da cognitiva.

Comprometimento na vida escolar, universitária e acadêmica, laboral, familiar e social, entre outras repercussões observadas nos estudos, vem aumentando. Estudos randomizados e longitudinais com crianças acompanhadas até a idade adulta confirmaram o aparecimento de vários transtornos no grupo de usuários como a dependência, uma doença crônica que se desenvolve no cérebro, adquirida, grave e suas consequências.

Os maiores prejuízos relacionados ao uso são os transtornos mentais, cognitivos e estruturais do sistema nervoso central. **O uso crônico de maconha tem sido associado com o aumento das taxas de ansiedade, depressão, bipolaridade e esquizofrenia, com uma única inalação sendo responsável por desencadear esquizofrenia em 13% dos casos e que vai se perpetuar pela vida toda em indivíduos que sem este gatilho, nunca a manifestariam.**” (destaques acrescidos).

6. Especificamente sobre o risco que correm os adolescentes e os adultos jovens, assim lecionam os professores:

“A adolescência é um momento de maior vulnerabilidade e muitos fatores podem favorecer a experimentação e a

manutenção do uso de substâncias. Fatores de risco como o baixo rendimento escolar, o grupo de amigos usuários, o envolvimento em atos de delinquência, a desestrutura familiar, entre outros, contribuem para a iniciação e manutenção do uso de maconha, assim como de escalada para outras substâncias.

Quanto mais cedo, frequente e prolongado o uso, maior a vulnerabilidade para problemas. Estudos mostram que os indivíduos têm iniciado o uso bem mais cedo e a concentração de $\Delta 9$ -THC, principal componente da planta com poder dependógeno, aumentou muito.

A maconha dos anos 1960 difundida no festival de Woodstock (EUA), tinha algo ao redor de 2 a 3% de THC total, hoje a concentração chega a ser de 5 a 12 vezes maior do que há 60 anos, e 30% maior do que há 20 anos, demonstrando um claro direcionamento para plantas mais psicoativas e que irão criar maior dependência nos usuários e os torna mais suscetíveis a desenvolverem complicações médicas, como por exemplo, um surto psicótico ou esquizofrênico.

(...)

Precocidade do envolvimento com esta droga e o longo tempo de exposição à mesma resultam em mais graves consequências cognitivas futuras, em comparação com o uso desta droga iniciado na vida adulta, possivelmente interrompa a poda da massa cinzenta ou a mielinização da substância branca, especialmente no córtex pré-frontal, principal sede das funções executivas superiores.

Um outro estudo da Nova Zelândia, conduzido em parte por pesquisadores da Duke University, mostrou que pessoas que começaram a fumar Maconha na adolescência e que tinham transtornos pelo seu uso, perderam em média 8 pontos de QI, entre as idades de 13 e 38 anos e mesmo cessando o uso quando adulto. Suas habilidades não retornaram totalmente.

O uso da maconha está associado com piora da qualidade seminal e com perda progressiva de função dos espermatozoides e dos testículos, comprometendo significativamente o potencial reprodutivo pela geração excessiva de radicais livres de oxigênio, desbalanço hormonal e diminuição do volume testicular.

O uso precoce antes dos 18 anos de idade, está relacionada com cognição mais pobre, incluindo a atenção, capacidade executiva, QI verbal, e uma redução de desvio padrão sobre o QI em larga escala, mesmo após a abstinência prolongada.

O uso frequente de maconha entre os jovens multiplica por 5 vezes a chance de apresentar depressão e ansiedade ao longo da vida (OR=5,6) e estes sintomas podem, além da ação direta da maconha, estar associados a eventos psicossociais, por exemplo, à adoção de um estilo de vida baseado na contracultura e eventos circunstanciais, fracasso ou abandono escolar, desemprego e crime; que podem levar a taxas mais elevadas de transtornos mentais.

Uso persistente de maconha por crianças e adolescentes foi associada com uma redução de até 6 pontos de QI, com declínio evidente para aqueles que desenvolveram dependência na adolescência, e entre aqueles que, com 38 anos, consumiram esta droga menos do que uma vez por semana.

A hipótese que o uso precoce de maconha está associado ao aumento de anomalias morfométricas, eletrofisiológicas e cognitivas entre usuários adultos foi confirmada.

Início precoce em mulheres associou-se a níveis educacionais mais baixos, QI baixo e mães com baixa escolaridade baixa e alterações na memória episódica.

Usuários ocasionais de maconha (que fumavam uma vez ao mês) de ambos os sexos mostraram alterações na cognição (atenção, flexibilidade cognitiva, a estimativa de tempo e

processamento visuoespacial).

A maconha é mais prejudicial para o desenvolvimento neuropsicomotor quanto mais cedo ocorrer o início de seu uso, quanto mais anos de uso, quanto maior a concentração de THC e se houver exposição intrauterina.” (destaques acrescentados).

7. A opinião da comunidade científica caminha no mesmo sentido dos relatórios de organismos internacionais sobre a questão das drogas, em que se destaca o aumento no uso da substância (maconha) a nível mundial e os danos dela decorrentes. Tomo a liberdade de destacar alguns achados do Relatório Mundial de Drogas de 2022 do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (*United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC*):

“Ao mesmo tempo, a proporção de pessoas com transtornos psiquiátricos e suicídios associados ao uso regular de cannabis aumentou, juntamente com o número de hospitalizações. Cerca de 40% dos países relataram a cannabis como a droga relacionada ao maior número de transtornos relacionados ao uso de drogas.” (p. 5)

(...)

“(...) o número de usuários [de maconha] continua a aumentar. A cannabis permanece a droga mais amplamente utilizada em todo o mundo. Em 2020, mais de 4% da população global com idade entre 15 e 64 anos (209 milhões de pessoas) havia usado cannabis no ano anterior. A prevalência do uso de cannabis no último ano aumentou 8%, de 3,8% em 2010, enquanto o número de pessoas que usaram cannabis no último ano aumentou 23%, de 170 milhões em 2010, em parte devido ao aumento da população global.” (p. 16)

(...)

“Com essas dinâmicas - aumento da exposição a produtos

de cannabis de alta potência e uso regular e frequente de cannabis - **os danos relacionados ao uso de cannabis estão cada vez mais evidentes na população em geral na Europa Ocidental e Central.**

Houve um aumento significativo nas admissões ao tratamento relacionadas ao uso de cannabis e comorbidades psiquiátricas. Entre 2010 e 2019, na União Europeia, a taxa de pessoas que iniciaram tratamento com cannabis como droga principal aumentou de 27 para 35 a cada 100.000 da população adulta. **Em 2019, cerca de 35% de todas as pessoas que ingressaram em serviços especializados de tratamento de drogas na União Europeia foram para tratamento do uso de cannabis.**

Mais da metade dos clientes de primeira vez estavam usando a droga diariamente. **A cannabis também foi a substância mais comum relatada em salas de emergência, onde estava presente em 26% dos casos de toxicidade aguda por drogas, geralmente ao lado de outras substâncias.”** (p. 24)

(...)

“Em um estudo caso-controle realizado em 11 locais no Brasil, Inglaterra, França, Itália, Holanda e Espanha envolvendo pacientes apresentando o primeiro episódio de psicose e população adulta dos mesmos lugares, **o uso de cannabis foi associado a uma probabilidade três vezes maior de transtorno psicótico em comparação com indivíduos que nunca haviam usado a droga; o uso diário de cannabis de alta potência (mais de 10% de THC) aumentou o risco de transtorno psicótico em mais de quatro vezes em comparação com o risco para aqueles que nunca usaram cannabis.”** (p. 24)

(...)

“Como exemplo em nível de país, **observou-se um aumento no uso de cannabis e um aumento muito maior nos**

danos relacionados à cannabis na Alemanha. O uso de cannabis no último ano aumentou, especialmente desde 2013, em 50%. Enquanto isso, as admissões relacionadas a transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de cannabis aumentaram consideravelmente entre 2000 e 2018, assim como as admissões relacionadas à dependência e abstinência de canabinoides, que aumentaram mais de oito vezes, e as admissões para transtornos psicóticos relacionados à cannabis, que quadruplicaram.

O aumento no número de casos de internação relacionados à cannabis na Alemanha foi atribuído a muitos fatores, incluindo o debate sobre a legalização da cannabis; emendas à Lei de Entorpecentes e outras regulamentações em 2017 que expandiram as opções para os médicos prescreverem produtos à base de cannabis sob certas condições; e aumento da disponibilidade de produtos à base de cannabis com alto teor de THC (e baixo teor de CBD) e canabinoides sintéticos.

Todos esses fatores podem ter contribuído multiplicativamente para o aumento no número de casos de internação devido a transtornos relacionados ao uso de cannabis, mais do que apenas contribuindo para o aumento no número de pessoas que usam cannabis na Alemanha.” (p. 24-25) (2022). World Drug Report 2022: Drug Market Trends Cannabis Opioids. Recuperado de https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_3.pdf.“ (destaques acrescentados).

8. Relevante registrar, ainda, a partir do exame dos estudos científicos, de relatórios de organismos internacionais e de países que promoveram passos no caminho da legalização, que, a despeito de essas medidas já terem sido adotadas em alguns países, **ainda não há estudos conclusivos que apontem, de modo categórico, que os propalados efeitos benéficos do processo de legalização da maconha e de outras drogas se**

confirmaram na realidade ou que superaram os malefícios da liberação da droga.

8.1 Somente essa circunstância, a meu sentir, com a vênia dos que entendem de modo contrário, já recomendaria o aprofundamento das reflexões e pesquisas sobre a conveniência e utilidade na adoção de tais medidas antes de sua adoção efetiva. Essa avaliação, ainda, encontraria melhor lugar na seara legislativa, em que podem ser debatidas com a sociedade civil e com especialistas todas as nuances e medidas de cautela exigidas para a questão. Com efeito, medidas liberatórias do consumo e venda de drogas trazem consequências imediatas, em diversos setores da atuação estatal, que devem ser endereçadas pelas autoridades a partir de políticas conglobantes e transversais.

9. Sobre as consequências já identificadas nos países que adotaram medidas de legalização, tomo como base de análise, novamente, as pesquisas compiladas no *“World Drug Report 2022: Drug Market Trends Cannabis Opioids”* pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. A partir dos dados contidos no citado relatório, nota-se **ter ocorrido, nos países que implementaram medidas de legalização, uma ampliação do consumo da maconha, assim como uma percepção da diminuição do dano causado pela droga.** Transcrevo trechos do Relatório Mundial de Drogas de 2022 que assim indicam:

“A pesquisa da UNODC mostrou que as percepções dos danos causados pela cannabis diminuíram em áreas onde a droga foi legalizada.” (p. 5).

(...)

“O uso de cannabis e a frequência do uso de cannabis aumentaram nos países e jurisdições estaduais que legalizaram o uso não medicinal de cannabis.” (p. 34)

(...)

“O uso de cannabis no Canadá e no Uruguai também aumentou após a legalização, embora não com a mesma taxa de aumento ou para o mesmo nível de uso que nos Estados Unidos. No Uruguai, o uso de cannabis começou a aumentar a partir de níveis muito mais baixos do que nos outros dois países.” (p. 35)

(...)

“Observa-se que a percepção do dano do uso de cannabis entre mulheres grávidas pode estar diminuindo em consonância com a legalização, e em alguns estados, os estabelecimentos de cannabis foram capazes de "recomendar" cannabis para mulheres grávidas para aliviar sintomas relacionados à gravidez.

Nos Estados Unidos, o uso de cannabis entre mulheres em idade reprodutiva (15-44 anos) e entre mulheres grávidas aumentou significativamente, embora menos entre as grávidas do que entre as mulheres que não estão grávidas. Dados combinados de pesquisas do período de 2016 a 2018 do Sistema de Monitoramento de Avaliação de Riscos na Gravidez, coletados de 36.391 mulheres nos Estados Unidos, mostraram que residir em um estado com uso não medicinal de cannabis legalizado estava significativamente associado a uma maior prevalência de qualquer uso de cannabis antes, durante e após a gravidez. Por exemplo, no Colorado, o uso de cannabis entre mulheres antes e durante a gravidez e no pós-parto aumentou consideravelmente desde a legalização.” (p. 37-38)

(...)

“Uma ‘confluência quádrupla simultânea’ de aumento da prevalência de uso, aumento da intensidade de uso (em termos de frequência e quantidades), aumento do teor de THC nos produtos de cannabis e aumento de hospitalizações devido ao

uso de cannabis e transtornos relacionados ao seu uso provavelmente interagem multiplicativamente no contexto do estudo do impacto da legalização. Nos Estados Unidos, os casos de exposição à cannabis de 2010 a 2017 aumentaram após a legalização do uso não medicinal de cannabis em jurisdições estaduais. No Colorado, as visitas ao pronto-socorro e hospitalizações relacionadas à cannabis (incluindo o tratamento de transtornos e dependência do uso de cannabis) aumentaram consideravelmente desde 2013, mas mostraram uma estabilização geral desde 2018. Nas visitas ao pronto-socorro, os pacientes podem apresentar ansiedade, ataques de pânico, intoxicação pública, vômitos e outros sintomas não específicos que podem ser precipitados pelo uso de produtos de cannabis com diferentes teores de THC. Isso é especialmente o caso com produtos de cannabis comestíveis de alto teor de THC, que levam mais tempo para alcançar efeitos psicoativos máximos, que uma pessoa não consegue regular. Seguindo a mesma tendência que no Colorado, **na Califórnia, após a abertura do mercado de vendas no varejo, as visitas ao pronto-socorro e as internações por uso primário de cannabis aumentaram 56 por cento de 2016 a 2019. No Canadá, de 2015 a 2018, houve um aumento de 30 por cento na mudança percentual anual de casos relacionados à cannabis relatados pelo Programa Canadense de Relatórios e Prevenção de Lesões Hospitalares.**"

(...)

"Pesquisas mostram que a depressão está associada ao uso de cannabis e à frequência do uso de cannabis. As taxas de suicídio nos Estados Unidos aumentaram entre 2002 e 2018, especialmente entre pessoas de 18 a 34 anos, e **as taxas permanecem mais altas em estados que legalizaram a cannabis do que em estados que não o fizeram. No Colorado, a proporção de suicídios em que a cannabis estava presente, para os quais havia dados toxicológicos disponíveis, aumentou mais de três vezes entre 2006 e 2018. Em contraste, a proporção de**

suicídios em que o álcool estava presente aumentou apenas ligeiramente, de 35 por cento para 40,6 por cento no mesmo período.

No geral, nos Estados Unidos, o transtorno do uso de cannabis no último ano, o uso diário de cannabis e o uso não diário de cannabis estavam associados a uma maior prevalência de ideação suicida, planos e tentativas de suicídio no último ano entre adultos jovens de 18 a 23 anos de ambos os sexos, com prevalência significativamente maior entre mulheres do que homens.

Um estudo em um ambiente de unidade de emergência hospitalar canadense observou que no período pós-legalização (2018), houve um aumento significativo no uso de cannabis (de 28 por cento para 37 por cento) entre pacientes que procuraram consultas com um psiquiatra, especialmente entre pacientes com idade entre 18 e 24 anos.

No entanto, não houve diferença estatisticamente significativa em termos de diagnósticos de transtorno psicótico antes ou após a legalização, mas houve um aumento na proporção daqueles diagnosticados com um transtorno de personalidade no período pós-legalização (aumento de 39,6 por cento para 44,9 por cento).

Conforme o uso de cannabis e padrões prejudiciais aumentaram nos Estados Unidos, a associação entre o uso de cannabis e a depressão também aumentou significativamente entre 2005 e 2016. Uma pesquisa nacional mostra que indivíduos com depressão têm maiores chances de uso de cannabis no último mês e uso diário ou quase diário de cannabis em comparação com aqueles sem depressão." (p. 38-39)." (destaques acrescidos).

10. Além dos relatórios de organismos internacionais, entendi

pertinente, para verticalizar a compreensão sobre a questão, pesquisar dados oficiais de órgãos estatais nacionais de países que promoveram medidas de legalização de drogas. Dessa busca, foi possível localizar dados mais seguros sobre o caso do Canadá, que promoveu a legalização da comercialização e consumo da maconha a partir do *Cannabis Act* (C-45), que entrou em vigor em 17/10/2018.

10.1. Com efeito, a partir de dados da Agência Nacional de Estatística do Canadá, precisamente do relatório “Cannabis in Canada”¹, identificou-se que, **em 2017, ano que antecedeu a legalização, 14,8% da população com 15 anos ou mais de idade, reportou ter consumido maconha nos três meses que antecederam a pesquisa. Após a legalização, contudo, esse número experimentou um aumento fora da curva, saltando para 20% em 2018 e para 22% em 2021.**

11. Esse dado oficial estatal corrobora as conclusões alcançadas pelos organismos internacionais, dentre os quais destaco a ONU, no sentido de que **as medidas de legalização das drogas estão relacionadas ao aumento do consumo dos entorpecentes.**

12. Outro argumento que vem sendo colocado em dúvida pelos estudos científicos e pelos organismos internacionais que cuidam da questão, em especial o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas, é o de que a legalização da *cannabis* e outras drogas teria o efeito de eliminar ou reduzir drasticamente o comércio ilegal da droga e os problemas a ele associados. Essa realidade, até o momento, não tem sido verificada conforme a expectativa que se tinha. Transcrevo trechos do Relatório de 2022 do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime que tocam essa temática:

¹ Statistics Canada. (2023). Research to Insights: Cannabis in Canada (Catálogo nº 11-631-X). Recuperado de <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-631-x/2023001/article/00001-eng.htm>

“O mercado ilegal de cannabis continua a existir ao lado dos mercados legais em jurisdições que legalizaram a cannabis. Enquanto os mercados de cannabis estão se desenvolvendo e ganhando uma parcela crescente do mercado por meio de fontes "legais" em jurisdições onde a cannabis foi legalizada, o mercado ilegal também continua a existir.

Em 2021, quase metade dos canadenses obtiveram sua cannabis para uso não medicinal de uma fonte não licenciada ou ilegal, e no quarto trimestre de 2021, cerca de 40 por cento dos gastos domésticos em produtos de cannabis foram de fontes não licenciadas.

No Uruguai, até fevereiro de 2022, cerca de 69.000 pessoas dos 158.000 usuários no último mês (estimados em 2018) estavam acessando cannabis através do mercado legal de cannabis. Assim, o mercado legal fornecia cannabis para menos da metade dos usuários regulares de cannabis.

Em 2019, o mercado ilegal de cannabis foi considerado responsável por cerca de três quartos das vendas de cannabis na Califórnia. Em outros estados, como Washington, Colorado e Oregon, entre outros, onde não há estimativa do tamanho ou extensão do mercado ilegal, esses mercados parecem ter continuado a operar ao lado dos mercados legais/regulamentados de cannabis. Os mercados ilegais continuam a existir devido, entre outras razões, às disparidades de preços entre fontes legais e ilegais devido à tributação, ao fato de que algumas jurisdições dentro dos estados optam por não adotar medidas de legalização da cannabis e devido a indivíduos ou grupos que cultivam cannabis não licenciada em propriedades públicas ou grupos de crime organizado que traficam cannabis para fora do estado.” (p. 47-48)

(United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).

(2022). World Drug Report 2022: Drug Market Trends Cannabis Opioids. Recuperado de https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_3.pdf f.).“

13. É possível concluir, assim, a partir das pesquisas científicas e relatórios até então produzidos, que a questão do enfrentamento às drogas é, no mínimo, complexa e multifatorial, não se verificando, no momento, respostas conclusivas sobre o tema, quadro que recomenda, sem dúvida, cautela, sobretudo judicial, e maior tempo de estudo e deliberação.

13.1 Isso porque, da análise que faço do material que cataloguei, com a vênua dos que têm compreensão diversa, não diviso segurança nos dados que atestem, categoricamente, que a mudança do panorama atual, com o avanço de medidas que caminham na direção da legalização das drogas trariam mais benefícios, individuais e sociais, do que malefícios. Nesse ponto, importante destacar que a descriminalização é, na prática, um passo no caminho para a completa legalização da droga.

14. A conclusão por mim alcançada encontra ressonância nas recomendações da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (INCB), órgão de monitoramento da implementação das convenções internacionais de controle de drogas da Organização das Nações Unidas. A partir do recente *“Relatório da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes para 2022: Conclusões e recomendações aos Governos, às Nações Unidas e a outras organizações internacionais e nacionais relevantes”*, é possível extrair que:

“É difícil medir o impacto da legalização na saúde pública, na segurança pública e na economia. Pode-se observar que, no tempo relativamente curto desde a implementação, a legalização não conseguiu superar os problemas mais urgentes,

como o aumento das taxas de consumo, a criminalização de um número excessivo de pessoas que usam drogas, o crescente mercado ilícito e a expansão do crime organizado. Nas jurisdições que legalizaram a cannabis, o consumo permanece mais alto do que nas jurisdições que não o fizeram, e a prevalência parece aumentar mais rapidamente do que nas comunidades que não legalizaram a cannabis, com consequências notáveis para a saúde e sociedade.

A legalização não conseguiu dissuadir os jovens de consumir cannabis. **Os mercados ilícitos foram parcialmente reduzidos, mas persistem e prosperam.** O tráfico de drogas por grupos criminosos organizados foi parcialmente substituído por uma indústria legal de cannabis em expansão que visa lucrar aumentando as vendas. Em termos gerais, **pode-se constatar que as jurisdições que legalizaram não alcançaram todos os objetivos que buscavam por meio da legalização.**

A legalização também levanta preocupações com relação à saúde pública, especialmente quando os produtos de cannabis são anunciados de forma que atraiam crianças ou jovens. Isso está relacionado a uma percepção decrescente dos riscos do uso de cannabis. A alta potência de produtos de cannabis, como concentrados e comestíveis, também levanta preocupações com a saúde pública.

A Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes ressalta que medidas para permitir o uso de substâncias controladas, incluindo cannabis, para fins não médicos e não científicos são inconsistentes com o artigo 4, parágrafo (c), da Convenção de 1961, conforme alterada, que exige que os Estados partes adotem medidas legislativas e administrativas necessárias, sujeitas às disposições da Convenção de 1961, conforme alterada, para limitar o uso de drogas narcóticas exclusivamente a fins médicos e científicos.

O artigo 3, parágrafo 1 (a)(i), da Convenção de 1988 exige a

criminalização da produção, fabricação, extração, preparação, oferta, oferta para venda, distribuição, venda, entrega sob qualquer termo, corretagem, expedição, expedição em trânsito, transporte, importação ou exportação de qualquer droga narcótica ou qualquer substância psicotrópica contrariamente às disposições da Convenção de 1961, conforme alterada, ou da Convenção de 1971. O artigo 3, parágrafo 1 (a)(ii), da Convenção de 1988 exige a criminalização do cultivo de plantas de cannabis com o objetivo de produção de drogas narcóticas contrariamente às disposições da Convenção de 1961, conforme alterada.”

(International Narcotics Control Board (INCB). (2022). Report of the International Narcotics Control Board for 2022: Conclusions and recommendations to Governments, the United Nations and other relevant international and national organizations (Capítulo IV). Recuperado de https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2022/Annual_Report_Chapters/070_Chapter_IV.pdf.” (destaques acrescentados).

14.1 Conclui-se, assim, ainda como ponto de partida, que a questão concernente aos efeitos das medidas tendentes à legalização da maconha ainda se situa em um campo de ampla controvérsia científica e política e — acrescento — moral.

III – DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

15. Após um breve panorama da questão das drogas em nível global e de análise de algumas consequências, até então catalogadas, das medidas de legalização do consumo e venda de entorpecentes, passo a voltar os olhos para a questão constitucional debatida nos presentes autos.

16. O primeiro ponto que gostaria de ressaltar é que, a meu sentir, não

cabe a esta Suprema Corte reelaborar a política sobre drogas instituída pelo Poder Legislativo por meio da Lei nº 11.343, de 2006. É importante deixar bem evidenciada essa premissa, pois, ao longo deste julgamento, ouvimos, inclusive de alguns *amici curiae*, inúmeras críticas acerca do mérito das opções legislativas contempladas na lei de 2006.

17. Algumas dessas críticas, embora legítimas, talvez tenham errado de endereço, pois o *locus* democrático e constitucional para promover eventuais ajustes ou revisões na política sobre drogas adotada em nosso país, segundo penso, não é o Supremo Tribunal Federal, mas o Congresso Nacional.

18. Com a devida vênia de todos os que porventura discordam da atual legislação que rege a política de drogas no Brasil — e é legítimo fazê-lo —, este julgamento não é uma “oportunidade” para se promover uma “revisão geral” dessa política, por mais que cada um de nós — e aqui refiro-me não somente aos eminentes Pares, mas aos inúmeros *amici curiae* e a todos os segmentos da sociedade brasileira — tenham nossas opiniões a respeito do tema.

19. Essas opiniões podem estar ancoradas em dados empíricos, como os que lastrearam o belíssimo voto-vista trazido pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, podem ter como referência as experiências alienígenas, podem estar ancoradas em visões ideológicas ou em simples conjecturas, mas o fato é que o que se está julgando nesta oportunidade não é a política sobre drogas instituída pelo Congresso Nacional em 2006.

20. E isso pelo singelo fato de que, em atenção ao princípio da separação dos Poderes, cabe ao Poder Legislativo, no lúdimo exercício representativo da soberania popular, fazer as leis deste país, inclusive as que versem sobre a política sobre drogas. A questão do uso de drogas, aliás, tem múltiplas implicações sobre segurança pública, saúde coletiva e

sobre a própria família brasileira — *com especial ênfase na nossa juventude, como aponta o art. 227, § 3º, VII da Lei Maior*² —, de modo que a avaliação das diversas condicionantes e o sopesamento da adequação das diferentes medidas a serem implementadas devem ser realizados, a meu sentir, por meio de debate qualificado e informado no âmbito do Congresso Nacional.

21. Reforço, neste particular, o que já foi anteriormente frisado por Vossa Excelência, eminente Presidente Luís Roberto Barroso, acerca de eventuais confusões ou mal-entendidos sobre o alcance deste julgamento. **Não se está aqui a debater a despenalização do porte de drogas para consumo pessoal, pois isso já foi feito em 2006 pelo Congresso Nacional.** A despenalização do porte de droga, no sentido de que não sofrerá, o usuário, violação ao seu *status libertatis*, ou seja, não será preso pelo tão só fato de portar droga para consumo pessoal, foi uma das opções legislativas legitimamente feitas em 2006.

22. Com efeito, **o que ora se debate é a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, ou seja, se o artigo que tipifica o crime do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, é constitucional** e, portanto, deve subsistir, no Brasil, a figura típica que indica ser delituosa a conduta de ter consigo drogas para consumo pessoal.

22.1 Aliás, esses são os termos do que decidiu o Plenário da Corte ao admitir a afetação do caso ao regime da repercussão geral, em que assim se definiu: *“recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da*

² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.”

Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada” (grifos nossos).

23. Feita essa distinção, cabe apontar que, a despeito de, neste momento, não se discutir a possibilidade de imposição de medida de privação de liberdade para quem porta drogas para uso pessoal, o que já foi excluído pelo legislador em 2006, **remanesce para debate neste momento a questão da completa descriminalização dessa conduta, o que consiste em tema profundamente divisivo e de grande relevância para a sociedade brasileira, cuja definição por esta Suprema Corte terá efeitos sobre a dinâmica do uso e comércio de entorpecentes em todo o país.**

24. Quanto à parte técnica, de índole constitucional, não se trata, a meu ver, repito, de saber se a política preconizada na Lei nº 11.343, de 2006, é boa ou ruim. Se tem sido eficaz ou ineficaz. Se os congressistas devem reformulá-la ou não, ainda que, repito, todos possamos ter nossas legítimas opiniões a respeito. Não me descuro, de todo modo, que a avaliação da norma infraconstitucional passa por um raciocínio mais amplo, relacionado não só às balizas do legislador infraconstitucional sobre as drogas, mas a toda Política Nacional. Isso porque o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, é parte de um “castelo de cartas” construído para a regulação e enfrentamento das drogas no país.

25. Nada obstante, reitero que o foco da discussão é a validade constitucional do artigo 28 dessa lei, que tipifica, mas sem prever a sanção de privação da liberdade, o porte de drogas para consumo pessoal. Delimitado o problema constitucional proposto pelo Plenário desta Corte, e sem qualquer deslusto às legítimas opiniões acerca de modelos legislativos diversos para o tratamento desse sensível tema, atenho-me ao quanto necessário para o deslinde da questão juridicamente controversa.

**IV – DA POLÍTICA SOBRE DROGAS IMPLEMENTADA PELA
LEI Nº 11.343, DE 2006**

26. A Lei nº 11.343, de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). O legislador optou por segmentá-la em dois grandes eixos, o que se depreende já a partir da ementa adotada. No primeiro, o tema é tratado sob a perspectiva prioritária da saúde humana — coletiva e individual —, com a fixação de *“medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”*. No segundo eixo, o foco se volta mais diretamente para a segurança pública, com o estabelecimento de *“normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”*.

27. A consulta ao Diário da Câmara dos Deputados revela alguns aspectos interessantes consignados no Relatório do Deputado Federal Paulo Pimenta, então Relator do Projeto de Lei nº 7.134, de 2002, que viria a se tornar a Lei nº 11.343, de 2006. Destaco do aludido documento os seguintes trechos:

“Voto do Relator

Com relação à constitucionalidade, tivemos o cuidado de retirar do projeto disposições que poderiam ter sua validade atacada, como mostraremos adiante.

As proposições não apresentam vícios de injuridicidade e a técnica legislativa foi apurada no Substitutivo que apresentamos.

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

A demanda e a oferta de drogas, no Brasil, são consideradas questões de Estado, em razão de seus impactos negativos nas instituições nacionais e nas relações sociais em suas diversas

modalidades. Afetam, dentre outros, a saúde, a segurança, o trabalho, a previdência social, o bem-estar individual, a família e, até mesmo, alguns aspectos da soberania nacional.

(...)

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

(...)

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas ao traficante, igualmente tratados, na Lei nº 6.368, como criminosos com pena restritiva de liberdade, desconsiderando-se as motivações originais de cada situação. O usuário ou dependente de drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social.

(...)

Sendo assim, encaminho novo Substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.134, de 2002, que considero ter registrada uma abordagem mais atualizada quanto aos aspectos científicos, mais humana, mais democrática, sintonizada com a realidade brasileira e com possibilidades concretas de ser implementada.

A proposta que apresento a esta Casa está alinhada aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, com destaque para as Convenções das Nações Unidas, respeita a Carga Magna do País e, acima de tudo, resguarda os direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, procuramos, no Substitutivo, separar

usuário ou dependente do traficante. Para os primeiros, formulamos uma Política que busca inseri-los no âmbito da saúde pública. Para os segundos, atendendo ao clamor da sociedade brasileira, mantivemos as medidas de caráter repressivo, melhorando, no entanto, a redação de alguns dispositivos que não estavam de acordo com o sistema de penas brasileiro.

(...)

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressaltamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal. (...)” (Diário da Câmara dos Deputados, 12 de fevereiro de 2004. Acesso em 2 de março de 2024. Disponível em [28. Depreende-se da leitura que a Lei nº 11.343, de 2006, desde seu nascimento, continha a preocupação de separar as figuras do traficante de bens ilícitos entorpecentes daquela correspondente a seu consumidor. Nos dizeres do deputado, humaniza-se pelo preceito secundário a conduta de quem porta droga ilícita para consumo próprio, em comparação com](https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12FEV2004.pdf#page=)“</p></div><div data-bbox=)

aquele que a comercializa.

V – DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343, DE 2006

29. A alegação de inconstitucionalidade do dispositivo enfocado baseia-se na suposta violação da intimidade e da vida privada de quem decide autonomamente fazer uso de drogas, bem como na ofensa ao princípio da proporcionalidade, cuja envergadura constitucional esta Corte já há muito vem reconhecendo.

30. O exame da alegada inconstitucionalidade passa, portanto, pela verificação do escopo da norma, isto é, quais os bens juridicamente relevantes que esse dispositivo busca tutelar e, na sequência, analisar se a proteção desses bens poderia ser feita de outro modo pelo legislador, sem a suposta violação da intimidade e da vida privada do usuário, mediante a criminalização da conduta.

31. Conforme exposto anteriormente, o eixo temático no qual repousa o art. 28 da Lei de Drogas, nada obstante a sua natureza jurídica, é a tutela da saúde, tanto a pública (dimensão coletiva) quanto a individual. Embora a terminologia adotada pelo legislador adote a expressão “*penas*”, o dispositivo ostenta evidente e genuína preocupação com a pessoa do usuário ou dependente. Essa conclusão decorre não somente da ausência da sanção privativa de liberdade, mas também da expressa vinculação das sanções previstas à perspectiva de tratamento e recuperação do agente. Transcrevo:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

(...)

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

(...)

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

32. Nota-se, portanto, que o bem jurídico tutelado pela norma em questão é, primeiramente, a saúde individual do usuário ou dependente. **Mas não se esgota nisso.** Uma conduta penalmente relevante cujas sanções somente podem ser (i) advertência sobre os efeitos das drogas; (ii) prestação de serviços à comunidade em locais vinculados à prevenção do consumo ou recuperação de usuários e dependentes; e (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo; a meu ver, **tem por escopo proteger não apenas a saúde do indivíduo, na perspectiva da prevenção e recuperação/reinserção social, mas também (i) a família — base da sociedade e que desfruta de “especial proteção do Estado”, conforme art. 226, caput, da CRFB, de 1988 —; (ii) os jovens e adolescentes, em observância ao mandamento constitucional expresso pelo art. 226, § 3º, inc. VII — que estabelece como “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem”**

“direito a proteção especial”, nela incluída o estabelecimento de *“programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”* —; e **(iii) toda a sociedade, impactada, exemplificativamente, nos sistemas públicos de saúde e segurança.**

33. Nota-se, portanto, que a finalidade do dispositivo é bem mais ampla do que apenas tutelar a saúde individualmente considerada do usuário ou dependente. Está-se a falar de direitos fundamentais como educação, trabalho, incolumidade no trânsito, defesa da família, do adolescente e dos jovens, previdência social, assistência social etc. E isso sem adentrar no segundo eixo da Lei de Drogas, que trata da repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, obviamente fomentada pelo uso das drogas e que, lamentavelmente, alimenta a criminalidade organizada mais violenta. A interconexão de todos esses bens e valores fundamentais me leva a concluir que a norma albergada no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, não diz respeito apenas ao usuário ou dependente.

34. Aliás, se tem algo que este julgamento escancara são os dramas familiares, o sofrimento coletivo que a dependência química promove no seio da família de quem se vê aprisionado pelo vício. O uso da droga pode até ser um ato individual, mas as consequências sempre serão sofridas de forma coletiva, primeiramente pela família, depois pelo círculo de amigos e, por fim, pela sociedade, e isso em vários aspectos, desde a questão do fomento ao crime organizado, passando pela queda de produtividade, gastos públicos com o SUS e o sistema previdenciário, etc.

35. É preciso enfatizar, digo eu, que não há qualquer benefício, não há qualquer glamour, não há qualquer ato de heroísmo rebelde ou romântico na decisão de fazer uso de drogas ilícitas. A própria expressão *“uso recreativo”* é altamente enganosa. O fim dessa *“recreação”* é por todos conhecido: no mais das vezes doença, sofrimento, lágrimas e tristeza.

Quem duvida disso pode conhecer as cracolândias espalhadas por todo o país. Na letra da Legião Urbana de Renato Russo *“parece cocaína, mas é só tristeza”*.

36. Por tudo isso, não consigo vislumbrar a alegada inconstitucionalidade do dispositivo por violação à intimidade ou à vida privada. É cediço que, diante de interesses coletivos superiores, claramente protegidos pela Constituição, o interesse individual pode e deve ceder. Assim ocorre com o uso de cinto de segurança, assim ocorre com a proibição de dirigir sob efeito de álcool. Todas essas limitações individuais são proporcionais e estão dentro de uma concepção de um padrão de razoável convivência no seio da sociedade.

37. Aliás, no caso concreto, o argumento já seria totalmente descartado de partida, pois a parte recorrente encontrava-se sob a custódia do Estado, preso pela prática de crime diverso, quando houve a detecção da droga. Nessa condição, me parece que o argumento de violação da intimidade e da vida privada seria de todo improcedente, pois a fiscalização das celas, antes de um direito, é um dever da polícia penal.

38. Ademais, para depreender que o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, viola o art. 5º, inc. X, da Constituição da República, seria necessário estabelecer como premissa a existência de um direito subjetivo ao entorpecimento por parte do usuário ou dependente. Ora, pelos indiscutíveis malefícios ao usuário e à sociedade causados pela dependência, me parece impossível conceber a existência de tal direito, sob ângulo individual.

39. Em aprofundado estudo sobre os elementos da Dignidade da Pessoa Humana³, o eminente Presidente, Ministro Luís Roberto Barroso,

³ (Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público.

destaca a dignidade também como valor comunitário, que trata do exercício dos direitos fundamentais do indivíduo de modo necessariamente concatenado com os demais. *In litteris*, “o que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados”, de modo que o exercício da autonomia da vontade, em vista da dignidade de todos os demais indivíduos, cede espaço para “proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes”, bem assim para “a proteção de valores sociais”.

40. Haja vista o sem-número de males à saúde física e mental, com consequências nas mais variadas facetas da sua vida em comunidade, não é demasiado cancelar que a proibição do porte de substância ilícita entorpecente, bem como o consumo de substância ilícita, seja desproporcional, face ao direito individual à autodeterminação do jurisdicionado.

41. Com relação à cogitada violação da proporcionalidade, seja pela inidoneidade do meio utilizado, seja pela proibição de excesso, peço vênia aos Ministros que assim reconheceram, mas também não vislumbro qualquer desproporcionalidade ou excesso legislativo no art. 28 da Lei de Drogas.

42. Conforme exposto no tópico referente à exposição da Lei nº 11.343, de 2006, o legislador manifestou expressa preocupação no sentido de distinguir o usuário do traficante.

43. É bem verdade, e isso trabalharei mais adiante neste voto, que parece ter faltado estabelecer um critério distintivo de natureza objetiva, mas, a despeito disso, o relatório do projeto substitutivo da Câmara dos Deputados, ao final aprovado, demonstra o tratamento específico que a

legislação conferiu ao usuário/dependente, no sentido de retirá-lo do eixo da repressão e inseri-lo no da prevenção e recuperação. Tanto é assim que não há, repito, previsão de pena privativa de liberdade, ainda que mantida a criminalização da conduta, sob o viés da educação, recuperação e reinserção social.

44. Ressalto, nesse particular, que os debates legislativos chegaram a cogitar a descriminalização do porte para consumo pessoal, porém **prevaleceu naquela ocasião o entendimento de que o Brasil havia se comprometido perante a ordem jurídica internacional com a tipificação da referida conduta**, embora, reitero, sob a perspectiva maior de prevenção do que de repressão.

45. A menção feita à Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, reiterada pela Primeira Turma desta Corte no julgamento do RE nº 430.105/RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), precedente já citado neste julgamento, não é sem razão. O artigo 3 dessa Convenção, ao tratar dos delitos e sanções, dispõe:

“ARTIGO 3

Delitos e Sanções

(...)

2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

(...)

4 – (...)

c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinquente.

(...)

6 – As Partes se esforçarão para assegurar que qualquer poder legal discricionário, com base em seu direito interno, no que se refere ao julgamento de pessoas pelos delitos mencionados neste Artigo, seja exercido para dotar de eficiência máxima as medidas de detecção e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de se exercer um efeito dissuasivo à prática desses delitos.”

(Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991).

46. Constato, portanto, que a norma impugnada guarda total coerência com a Convenção a que o Brasil se obrigou a cumprir, inclusive quanto à substituição da pena privativa de liberdade “*pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social*”. O art. 28 da Lei de Drogas, a meu juízo, passa tanto pelo crivo da constitucionalidade quanto pelo da convencionalidade, não havendo que

se falar em “*excesso*” do legislador.

47. As críticas quanto à adequação da medida legal mais encontradas são as que se voltam à abordagem policial ostensiva, com a apreensão das drogas do usuário, em pequenas quantidades. A questão da intimidade ou da vida privada passa ao largo dessa situação, que pode se solucionar com maior objetivação da norma do art. 28, bem como com a estrita observância do devido processo legal, no que tange ao controle da atuação dos agentes de segurança pública.

48. Ainda com relação ao suposto direito ao entorpecimento, trago à colação, da obra de Leonardo Martins, “*Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas. Vol. I*”, um interessante julgado da Corte Constitucional alemã (# 6. BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*) Controle Concreto / Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial; 09/03/1994). Transcrevo os comentários feitos pelo citado autor:

“Nessa decisão, o TCF [Tribunal Constitucional Federal] julgou conjuntamente várias Representações Judiciais (Controle Normativo Concreto) e uma Reclamação Constitucional que questionavam, basicamente, a constitucionalidade da tipificação penal, entre outros, da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da planta cannabis sativa L do § 29 I, nº 5 BtMG (Lei de Entorpecentes).

Os tribunais representantes e os reclamantes alegaram violações, principalmente, do Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG, mas também do Art. 3 I GG (igualdade: por causa da legalidade de outras substâncias que segundo seu entendimento seriam tão ou até mais nocivas à saúde pública, tais como a nicotina e o álcool) e até mesmo do Art. 2 II 1 GG (integridade física – cf. abaixo, na fundamentação da decisão).

O TCF julgou presentes as condições processuais da

maioria das Representações Judiciais e da Reclamação Constitucional para então, no mérito, confirmar a constitucionalidade dos dispositivos questionados pelas referidas Representações Judiciais e julgar improcedente a Reclamação Constitucional.

O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria, de maneira definitiva; ou seja, depois de interpretado e aplicado o limite da ordem jurídica constitucionalmente compatível previsto no próprio Art. 2 I in fine GG, **o direito ao entorpecimento ou o direito de “ficar em êxtase”** (*Recht auf Rausch*).

Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, o que o TCF parece aceitar apenas em tese e concessivamente, **a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez que fora considerada proporcional em sentido estrito** (cf. sob tópico “C. I.” das razões da decisão).

Com veemência, o TCF rejeitou a tese defendida por alguns tribunais que ofereceram as Representações, segundo a qual a proibição significaria uma intervenção no Art. 2 II 1 GG (integridade física) c.c. Art. 1 I 2 GG (dever estatal de tutela), porque a proibição faria – no entendimento daqueles tribunais que propuseram o controle normativo concreto – com que os potenciais usuários da droga considerada mais leve passassem a consumir outras drogas legais como o álcool: “O dever estatal de tutela restaria deturpado, convertendo-se em seu oposto, se fosse exigido do legislador que a relação ilícita com os produtos de cannabis não fosse criminalizada, [só] porque outras drogas não subordinadas à Lei de Entorpecentes poderiam [...] causar maiores danos à saúde” (sob “C. II.”).

Finalmente, o TCF não viu uma violação do mandamento

de igualdade do Art. 3 I GG, porque a indústria, o comércio e a posse de outras substâncias nocivas à saúde, como nicotina e álcool, não são criminalizados. Primeiro, porque junto à seleção de fatos aos quais o legislador liga uma consequência jurídica negativa, ele teria, segundo o TCF, uma ampla margem discricionária, valendo aqui somente uma proibição de arbítrio, ou seja, a vedação de uma diferenciação totalmente irracional.

Em segundo lugar, e como consequência do primeiro fundamento, o preceito da igualdade não ordenaria a proibição ou permissão de quaisquer substâncias nocivas com a mesma intensidade. A “lista positiva” do Anexo à Lei poderia ser, em qualquer momento, complementada, assim como exceções poderiam ser previstas. Como critério para a introdução de substâncias na lista, o legislador poderia, entre outros, partir do significado cultural da substância em pauta.

A comparação com a nicotina já seria inapropriada, assim julgou o TCF, pelo simples fato de a nicotina não entorpecer (não levar ao “*Rausch*”, i.e., àquela sensação de prazer ou êxtase capaz de mudar a percepção sensorial) como o faria o princípio ativo THC da planta *cannabis sativa* L.

Por sua vez, a comparação com o álcool, uma droga que, como se sabe, altera a percepção sensorial, sendo que um elevado estado de embriaguez pode ser considerado muito mais intrépido (comprometendo, por exemplo, totalmente a capacidade motora e, conseqüentemente, também a capacidade para direção de automóveis) do que o estado de entorpecimento alcançado pelo uso de cannabis, foi refutada pelo TCF com o seguinte problemático argumento: o álcool gozaria de uma longa tradição no círculo cultural europeu, seria usado como alimento, estimulante e até em ritos religiosos, como no caso do vinho. Ao contrário disso, a cannabis seria, por sua vez, usada com o escopo exclusivo de se alcançar o “*Rausch*”.

No caso do uso do álcool, como seu efeito inebriante é

conhecido, sendo seu consumo submetido a maior “controle social”, a ameaça à coletividade que dele partiria seria menor. No mais, de qualquer sorte, em face da tradição apontada, nem o legislador alemão, nem o europeu poderiam proibir de forma eficaz a relação com o álcool (C. III).”

(MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.).

49. Assim, a própria Corte Constitucional alemã deixou ao talante do magistrado e do Ministério Público a possibilidade de se arquivarem processos relacionados ao consumo próprio. Esse é o sistema que vige no Brasil. **Respeita-se a opção do legislador pela criminalização, porém, não se pune ou se reputa insignificante a conduta, o que está em linha com a despenalização da conduta, tal qual constante da Lei de Drogas no Brasil.**

50. Nesse aspecto, a experiência de outros países, como a Espanha, em cujo ordenamento se aplica multa de até 30 mil euros — como lembrou o eminente Relator — é significativa a intervenção estatal sobre direitos fundamentais, não só na vida privada do usuário, mas inclusive em seu patrimônio.

51. Argentina, Chile e Luxemburgo, ainda assim, determinam a presença do usuário perante um juiz, num processo judicial. Ou seja, mesmo fora da esfera penal, o consumidor da droga, igualmente, será abordado por um agente público, será submetido a um processo judicial perante uma autoridade e, ainda assim, estará sujeito a punições de ordem educativa ou preventiva. Se na balança ainda estiver em disputa a autodeterminação e a autoapresentação do indivíduo, o resultado do juízo de proporcionalidade remanesce o mesmo.

52. De mais a mais, estou de pleno acordo com o voto do e. Min. Cristiano Zanin, quando Sua Excelência vislumbrou que a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, retiraria do ordenamento jurídico o único critério estipulado pelo legislador para orientar o juiz a determinar se a droga se destinava ou não a consumo pessoal (art. 28, § 2º). E que isso poderia inclusive agravar o quadro de insegurança jurídica e disparidade das decisões judiciais.

53. Ao se fazer esse “*corte pelos extremos*”, a *persecutio criminis* fica restrita a dividir os indivíduos entre traficantes e não traficantes. Enquanto a previsão do art. 28 como figura autônoma em relação ao art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, abre espaço para identificação penal do usuário com todas as suas implicações, mais brandas e de natureza pedagógica.

54. Ademais, como já pude expressar durante este voto, eventual reorientação na Política Nacional de Drogas demandaria a interlocução com outros Poderes, uma análise mais vertical dos estudos relacionados ao tema e maior participação de entidades dedicadas à questão, além da participação do próprio jurisdicionado.

55. Como pontuei acima, este não me parece ser o *locus* e o momento para tais discussões. A descriminalização abrupta, conforme ressaltai a partir da análise dos estudos e relatório internacionais produzidos até o momento sobre o tema, tem gerado o efeito de diminuição da percepção dos indivíduos sobre a danosidade da conduta de consumir drogas, o que tem resultado no aumento do consumo de drogas nos países que promoveram medidas de legalização em sentido amplo (processo do qual a descriminalização é uma das etapas).

56. Concluo, assim, que, por não vislumbrar qualquer violação à intimidade, à vida privada ou à proporcionalidade, o art. 28 da Lei nº

11.343, de 2006, não padece de nenhum desses vícios de inconstitucionalidade.

57. Não obstante, a partir das reflexões trazidas pelo e. Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que a ausência de critério objetivo para diferenciar usuário do traficante pode ensejar seletividade do sistema a partir de preconceitos e estigmas, compreendo que pode estar em curso um processo de inconstitucionalidade por omissão em andamento, a recomendar a atuação da Poder Legislativo no sentido de estabelecer parâmetros mais bem definidos para diferenciação entre aquele que utiliza a droga para consumo pessoal e aquele que tem por propósito sua venda.

VI- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE TESE

58. Ante o exposto, **acompanho a divergência inaugurada pelo e. Ministro Cristiano Zanin para negar provimento ao recurso extraordinário.**

59. Proponho, ainda, a seguinte tese:

I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006;

II - Fica estabelecido o prazo de 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.

60. Em complemento final, com vistas a estancar, **de forma provisória — até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema —** o processo de inconstitucionalização verificado em relação à insuficiência normativa dos critérios atualmente elencados pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006,

confiro interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo para esclarecer:

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”.

61. Registro que a quantidade provisoriamente fixada para fins de critério distintivo entre as figuras do usuário e do traficante teve como base o estudo anteriormente mencionado, realizado pelos professores da Universidade de São Paulo acerca do tema. De acordo com o referido trabalho, 10 gramas da *cannabis* equivalem a cerca de 34,5 “cigarros”, o que reputo ser quantidade já razoável para posse com fins de uso pessoal.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA