



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

NOTA TÉCNICA Nº 01/2023

A ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (APMP), por sua diretoria, em face do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659-SP, com Repercussão Geral (Tema 506), pelo Supremo Tribunal Federal, expede a seguinte **NOTA TÉCNICA**, para colaborar no enfrentamento da questão ali aposta.

I – SÍNTESE DO CASO EM JULGAMENTO PELO STF

Conforme consta da denúncia ofertada pelo Ministério Público de São Paulo, no dia 21 de julho de 2009, o réu da ação penal 158/09 (da 2ª Vara Criminal da Comarca de Diadema) foi surpreendido guardando, com a finalidade de uso, e no interior de cela do Centro de Detenção Provisória de Diadema, 3 (três) gramas de *maconha*.

A denúncia ofertada pelo Ministério Público foi recebida em 26 de fevereiro de 2010.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Comprovadas nos autos a autoria do delito, bem como a existência de maus antecedentes e reincidência, o acusado foi condenado, fixando-se a pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade, com sentença publicada em audiência no mesmo dia 26 de fevereiro de 2010.

Houve apelação, negando-se o provimento ao recurso em 18 de junho de 2010. Em 09 de agosto de 2010 foi interposto recurso extraordinário, com alegação de que a condenação por porte de droga para uso próprio viola os direitos à intimidade e à vida privada.

Em 22 de fevereiro de 2011, o recurso extraordinário deu entrada no Supremo Tribunal Federal.

O parecer da Procuradoria Geral da República, datado de 31 de maio de 2011, foi pelo seu desprovimento.

O Tema (506) veio assim ementado:

“Descrição: Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da 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.”

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

No julgamento acima epigrafado discute-se a constitucionalidade do artigo 28, § 3º, da Lei de Drogas, colhidos já quatro votos que, conquanto possuam alguma divergência entre si, preconizam a descriminalização do porte de entorpecentes ou trazem esse efeito de acordo com o tipo – ou quantidade – de droga.

II – DA NORMA PENAL OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

A lei penal brasileira não tipifica o uso da droga ilícita em si, mas pune as ações de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Essas práticas, com finalidade de uso, estão tipificadas no artigo 28, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 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;

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

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,

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

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.”

Consoante se vê acima, com o advento da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, o porte de drogas para uso próprio deixou de estar sujeito, no Brasil, à pena de prisão.

A falta de pena privativa de liberdade para o porte de drogas para uso próprio trouxe a lume a discussão sobre se o fato ainda constituiria crime, assentando o Supremo Tribunal Federal a ilicitude penal da conduta (*leading case*, RE 430105 QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13/02/2007).

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Tanto não há mais pena originária de prisão para esse delito, como o descumprimento das penas alternativas também não pode resultar em privação de liberdade.

De se apontar, ainda, que a lei preconiza o porte de drogas como delito de menor potencial ofensivo (aplicação dos artigos 60 e seguintes da Lei 9.099/95, c.c. o artigo 48, § 1º, da Lei 11.343/06), de maneira que a regra é que seu autor faça um acordo com o Estado chamado transação penal (artigo 76, da Lei 9.099/95, c.c. artigo 48, § 5º, da Lei 11.343/06), hipótese em que sequer há o processo judicial.

Noutro bordo, se houver o processo criminal – o que ocorrerá, por exemplo, se o autor do fato já foi beneficiado com a transação penal nos últimos cinco anos – poderá ainda ocorrer a suspensão condicional do processo (artigo 89, da Lei 9.099/95) pelo crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, suspensão essa condicionada ao cumprimento de condições estabelecidas em outro acordo com o Estado. Uma vez cumpridas as condições, não é prolatada sentença de mérito e é extinta a punibilidade do autor do fato, sem que se discuta a sua responsabilidade penal.

Cabe citar:

“9) A conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 admite tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo. Julgados: HC 390038/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA,

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018; AgRg no AREsp 904165/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 29/11/2017; RHC 77554/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; HC 291259/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015; HC 162807/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012; HC 158955/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 30/05/2011. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 619) (Vide Jurisprudência em Teses N. 96 – TESE 12 e Jurisprudência em Teses N. 123 – TESE 12)¹.

Portanto a condenação pelo crime de porte de drogas para uso próprio já é exceção no sistema penal brasileiro, e se dará, por exemplo, quando o acusado não aceitar qualquer acordo ou quando sua vida pregressa a isso não autorizar, seja porque já beneficiado de antes por esses institutos despenalizadores, seja por ser portador de maus-antecedentes ou reincidente.

III – DE QUESTÃO PREJUDICIAL AO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659-SP.

1

https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20131%20-%20Compilado%20Lei%20de%20Drogas.pdf

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

O fato objeto do processo 158/09 (2ª Vara Criminal da Comarca de Diadema) está prescrito, mesmo se for considerada a causa de aumento da prescrição prevista no artigo 110, do Código Penal (reincidência).

Quando da sua prática (21/07/2009), a Lei Penal brasileira previa a sua prescrição em 2 (dois) anos (artigo 109, inciso VI, do Código Penal)².

Aplicada a causa de aumento prescricional pela reincidência reconhecida no processo, dar-se-ia a prescrição – entre seus lapsos interruptivos – em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

Não foram mediados mais de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses entre o fato (21.07.2009) e o recebimento da denúncia (26.02.2010), entre essa e a prolação da sentença (mesmo dia 26.02.10), e entre a sentença (26.02.2010) e a publicação do acórdão que confirmou a condenação (23.07.2010).

Considerando-se o disposto no Tema 1.100 do Superior Tribunal de Justiça³, interrompeu-se novamente a prescrição com a

² A Lei 12.234/10 aumentou esse prazo prescricional para três anos, mas não se aplica ao fato a ele antecedente. Porém, mesmo que se pudesse considerar o prazo de três anos, o fato estaria de mesma forma prescrito.



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

confirmação da condenação. Isso ocorreu em 23 de julho de 2010, ao que o prazo prescricional passou a daí fluir novamente na íntegra.

A prescrição dar-se-ia em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses a partir de então, portanto operou-se em 22 de março de 2013, há mais de 10 (dez) anos.

Transcorridos mais de 13 (treze) anos da decisão confirmatória da condenação, viu-se operar a prescrição do fato em 23 de março de 2013, o que, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impede o julgamento do recurso:

“PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – INSTITUTO DE DIREITO MATERIAL – QUESTÃO PRELIMINAR DE MÉRITO – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO PRÓPRIO FUNDO DA CONTROVÉRSIA PENAL – PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DE ORDEM JURÍDICA RESULTANTES DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – DOCTRINA – PRECEDENTES (STF) – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS – EXTINÇÃO, NO CASO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, DO PROCESSO EM QUE RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO PENAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A extinção da punibilidade motivada pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado prejudica o exame do mérito da causa penal, pois a

³ “O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.”

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

prescrição – que constitui instituto de direito material – qualifica-se como questão preliminar de mérito. Doutrina. Precedentes. - O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado provoca inúmeras consequências de ordem jurídica, destacando-se, entre outras, aquelas que importam em: (a) extinguir a punibilidade do agente (CP, art. 107, n. IV); (b) legitimar a absolvição sumária do imputado (CPP, art. 397, IV); (c) não permitir que se formule contra o acusado juízo de desvalor quanto à sua conduta pessoal e social; (d) assegurar ao réu a possibilidade de obtenção de certidão negativa de antecedentes penais, ressalvadas as exceções legais (LEP, art. 202; Resolução STF nº 356/2008, v.g.); (e) obstar o prosseguimento do processo penal de conhecimento em razão da perda de seu objeto; (f) manter íntegro o estado de primariedade do réu; e (g) vedar a instauração, contra o acusado, de novo processo penal pelo mesmo fato. Doutrina. Precedentes.” (STF, AI 859704 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 14-10-2014).

“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. A jurisprudência dessa Corte é no sentido de que “consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, não mais se discutem as questões pertinentes ao fundo da controvérsia que se instaurou no âmbito do processo penal de conhecimento, eis que a ocorrência dessa típica questão preliminar de mérito impede que o

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

órgão judiciário competente prossiga no exame da causa penal, por não mais subsistir o próprio objeto da *persecutio criminis in judicio* (AI 795.670, Rel. Min. Celso de Mello). 2. Ainda nessa linha, vejam-se o AI 528.695 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, e, em sede de habeas corpus, o HC 115.098, Rel. Min. Luiz Fux. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 940489 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 09/05/2016)

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS ESTELIONATO – ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA. RECONHECIMENTO DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUESTÃO DE FUNDO PREJUDICADA. INCONFORMISMO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CF, ART. 1º, INC. III. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EFEITOS DE NATUREZA PENAL OU CÍVEL. 1. A prescrição da pretensão punitiva, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime. 2. A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo. Precedentes: AgRg no RE nº 345.577/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 19/12/2002; HC 73.120/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 03/12/99; HC nº 63.765/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 18/4/86. 3. In casu, houve condenação pelo crime de estelionato (CPM, art. 251), ensejando recurso de apelação da defesa cuja preliminar de prescrição

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

da pretensão punitiva restou acolhida, por isso não procedem as razões da impetração no que visam à análise dos argumentos que objetivavam a absolvição no recurso defensivo, não cabendo, conseqüentemente, falar em violação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), sobretudo porque, reiterar-se, o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade não acarreta quaisquer efeitos negativos na esfera jurídica do paciente, consoante o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek no HC 63.765, verbis: 'Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equívoca do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado – deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (...). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e conseqüências, daquele que se alcançaria mediante o término do

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

processo com sentença absolutória.” 4. O habeas corpus tem cabimento em face de cerceio ilegal, atual ou iminente, do direito de locomoção, sendo evidente que, declarada a prescrição da pretensão punitiva, desaparece a ameaça ao bem tutelado pelo writ constitucional. 5. Ordem denegada.” (HC 115098, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 31-05-2013 PUBLIC 03-06- 2013).

Vê-se, por isso, que deve ser reconhecida a prescrição, extinguindo-se o processo sem o julgamento do Recurso Extraordinário em comento, tornando-se prejudicada a análise de questões como a tipicidade ou mesmo de suposta inconstitucionalidade do tipo penal por dita ofensa a primados, como intimidade ou vida privada.

IV – DOS REFLEXOS DA RETIRADA DE PENA DE PRISÃO À POSSE PARA USO PRÓPRIO, OPERADA PELA LEI 12.343/06.

Não houve, como efeito das alterações feitas pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 – em especial extirpar do ordenamento pena de prisão, direta ou em conversão à pena restritiva de direito não cumprida - redução do consumo de drogas no Brasil.

Do contrário.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Em seu relatório de 2014, o Conselho Internacional de Controle de Narcóticos da Organização das Nações Unidas apontou que em 2005 – um ano antes da aprovação da Lei em comento – o consumo de cocaína no Brasil era de 0,7% da população entre 12 e 65 anos. No fim do ano de 2011 tal taxa mais que dobrou, chegando a 1,75% da população de mesma idade, percentual mais que quatro vezes superior à média mundial de 0,4% de pessoas entre 12 e 65 anos, superando também a média da América latina (1,3%) e da América do Norte (1,5%)⁴.

O Brasil, outrossim, é o segundo maior mercado consumidor de cocaína (dados de 2016⁵) e o maior mercado consumidor de crack (derivado da cocaína, dados de 2012 e de 2013⁶) do mundo.

V – DA DISCUSSÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659-SP.

⁴ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/03/05/consumo-de-cocaina-no-brasil-mais-que-dobra-em-10-anos.htm>

⁵ <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/03/02/interna-brasil,520288/onu-brasil-e-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-do-mundo.shtml>

⁶ <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/05/brasil-e-o-maior-consumidor-de-crack-do-mundo-revela-estudo-da-unifesp.html>

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

O que se discute no caso em apreço – e há uma diferença entre os conceitos – não é a liberação do uso de drogas, mas a descriminalização de seu porte para uso próprio.

Transcreve abaixo, em parte, o cerne do Recurso Extraordinário:

“Entende-se que esse legislador ordinário, ao incriminar (ou mesmo, simplesmente, sancionar, para aqueles que defendem a descriminalização do porte de drogas para uso próprio) a conduta de portar drogas para uso próprio extrapolou seu poder, ferindo preceitos constitucionais que lhe condicionam.

Com efeito, o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

Estipula mencionado dispositivo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a imagem das pessoas ...”

Esse direito constitucional tem reflexo no Direito Penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada criminosa, lesione conduta que se bens jurídicos alheios. na própria esfera do autor falar de alteridade e Permanecendo a do fato, não há

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

lesividade. Uma incriminação, nesta hipótese, viola, diretamente, a Constituição Federal.

À conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tipo criminoso retrata pelo apenas legislador ordinário como o exercício legítimo da autonomia privada, resguarda constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada 'saúde pública' (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário. Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal .

...

Dessa forma, de a reforma do acórdão prolatado, a fim de absolver o recorrente, com base no artigo 386, III do Código de Processo Penal, por atipicidade da conduta, bem de forma incidental, como a da inconstitucionalidade do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/06, haja vista a violação do direito à intimidade e vida privada e, princípio da lesividade.”

A liberdade ao uso da droga não se posta somente em pressuposto intrinsecamente individual, calcado nos princípios da intimidade e da vida privada.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO

A questão, no Recurso Extraordinário 635.659-SP, foi assim posicionada no parecer da Procuradoria Geral da República:

“6. A alegação de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 por falta de ofensa a bem jurídico de terceiro não se sustenta.

7. No caso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.

8. Sobre a questão, ensina o 1. Jurista Vicente Greco, *in verbis*:

‘A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo (a droga) para uso próprio, é o perigo social que sua conduta representa.

Mesmo viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, **coloca a saúde pública em perigo**, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno´

9. É importante destacar que, com o advento da Lei nº 11.343/06, aboliu-se, acertadamente, a pena de prisão ao usuário surpreendido na posse de drogas. Reconheceu-se a necessidade de adoção de uma política criminal baseada nas tendências internacionais modernas, dispensando-se ao usuário de drogas um tratamento preventivo e terapêutico, de acordo com o caso concreto, minimizando a intervenção do direito penal nesta seara.

10. Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter como crime o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio. A despeito, inclusive, do surgimento de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico, mas também o uso de entorpecentes é crime, que se deve considerar suas particularidades, punindo, mesmo que com penas brandas. Não se pode, síntese, falar em inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

11. Nesse passo, correto o entendimento adotado pela Turma Recursal no acórdão recorrido, quando assim ponderou (fi. 140):

´(...) A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

da denúncia era o art. 16, de redação quase idêntica ao atual art. 28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: ‘difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art. 16 da Lei de Tóxicos’ (TJRS - Incidente de Inconstitucionalidade no AC 686062340- Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49. Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as figuras típicas descritas no art. 28 a conduta de ‘usar’. E tal esteriliza a tese de ofensa a liberdade individual’.

12. Diante do exposto, opina a Procuradoria Geral da República pelo desprovimento do recurso.”

Noutras feitas, o Supremo Tribunal Federal já apontou que constitui sim crime a afronta ao artigo 28, da Lei 11.343/06.

No Recurso Extraordinário 430.105-GO/STF assentado que o artigo 28 da Lei 11.343/06 não importou em *abolitio criminis*.

De mesmo jaez o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no *Habeas Corpus* 102.940. Após afirmar a tipicidade da conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06, fixou-se – e com propriedade – a extensão do objeto jurídico tutelado:

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

“De mais a mais, vale consignar que o objeto jurídico da norma em comento é a saúde pública, não apenas do usuário, uma vez que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

Acrescento, ainda, que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, de modo que, para sua caracterização, não se faz necessária efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado.

Nessa esteira, veja-se o que o Ministro Sydney Sanches fez constar em voto proferido no HC 81.641/RS, a respeito do referido delito:

‘O delito inscrito no art. 16, da Lei nº 6.368/76 (posse ilegal de substância entorpecente) é delito de perigo presumido ou abstrato, não deve ser levado em conta, para sua caracterização, a quantidade de substância apreendida. O tipo penal esgota-se, simplesmente, com o fato do indivíduo carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente ilegal. Não há, portanto, que se falar em atipicidade material da conduta.’

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Não foi outro o entendimento adotado pelo STJ, conforme se verifica do seguinte trecho do acórdão atacado:

‘De outro lado, conforme jurisprudência assente nesta Corte, afigura-se inaplicável o Princípio da Insignificância ao delito de uso de entorpecentes, porquanto trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente’ (fl.141 do apenso).

Essa presunção de perigo decorre da própria conduta do usuário que, ao adquirir a droga para seu consumo, realimenta esse comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública. Além disso, existe a real possibilidade do usuário de drogas vir a tornar-se mais um traficante, em busca de recursos para sustentar seu vício.

Nessa linha, registro os apontamentos de Vicente Greco Filho, na obra Tóxicos: Prevenção-Repressão:

‘Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga,

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício.’

Consigna, também, o mencionado professor que no combate ao problema gerado pelo uso indevido de drogas todos os aspectos que se prestem à infiltração desse mal na sociedade têm que ser eliminados e que as medidas de combate devem:

‘Visar os dois polos do uso indevido de drogas: a oferta e a procura, o traficante e o que possa tornar-se viciado, a facilidade de obtenção da droga e o narcômano em potencial. O combate, exatamente, usa a metodologia inversa dos que buscam incutir o vício, os quais procuram aumentar e facilitar a oferta e induzir a procura.’

É por esta razão que também o usuário deve ser repreendido.

Por fim, observo que para o reconhecimento da atipicidade material da conduta em decorrência da aplicação do princípio da insignificância, a que se verificar a presença dos seguintes requisitos, de forma conjugada: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

A meu ver, na hipótese sob exame, não há falar em ausência da periculosidade social da ação, pois, como anteriormente destacado, trata-se de crime em que o perigo é presumido, razão pela qual afastou a aplicação do princípio da insignificância.

Feitas essas considerações, restrinjo-me por ora a considerar prejudicada a impetração.”

Eis o ponto nodal.

Não há que se falar em liberdade que extirparia a tipicidade porquanto a conduta do usuário de droga prejudicaria somente a si.

De certo ele – e sua família – serão diretamente prejudicados pelo consumo da droga.

Mas a tipicidade dessa conduta deu-se antes dele causar a si ou aos seus o mal.

Se deu quando conservava a droga consigo, em qualquer de seus núcleos.

Aí o bem jurídico tutelado foi afrontado.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Aí a sociedade – e sua saúde, pública – correm o risco de difusão do entorpecente, conforme mui bem ressaltado no voto supra.

Não é só.

Ao adquirir a droga o usuário alimentou a cadeia do tráfico de entorpecentes.

Aliás, a venda no varejo é parte fundamental em toda a cadeia do tráfico. Toda a estrutura para o plantio (ou produção) da matéria prima, o refino, o transporte das áreas produtoras e a distribuição aos centros de consumo tem o seu ápice na entrega final do produto ao usuário, esse o destinatário final de toda essa complexa operação.

É o dinheiro desse último, aqui e acolá, que mantém a cadeia do tráfico em funcionamento, fomentando não só esse delito, mas todos os outros que para ele concorrem ou dele decorrem.

Não há como se entender que adquirir ou receber a droga para uso próprio, e conserva-la consigo antes do consumo, não ofendem o bem jurídico tutelado.

De se reforçar, outrossim, inexorável situação pressuposta.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

A extensão da decisão em análise não seria diretamente a legalização do consumo de drogas e, sim, a descriminalização da posse de drogas para fins de consumo.

Porém o tráfico de drogas continuaria a ser crime.

Pois bem, ainda que possa se ter efeitos sociais mais preocupantes (sobre isso se disporá depois) com a legalização das drogas, os países que o fizeram – por via legislativa – trouxeram certo regramento para a aquisição de drogas de forma legal (o que não afastou o tráfico...).

Mas, aqui, de quem o usuário compraria a droga?

Do traficante, que continuaria a cometer crime.

E o tráfico de drogas, afóra os inúmeros homicídios que atavicamente envolve, espraia-se por diversas atividades criminosas, com quantias vultosas que alimentam crimes outros, como roubos cinematográficos, lavagem de dinheiro e hoje a devastação ambiental.

Facções criminosas como o Primeiro Comando da Capital, que teve sua gênese nos crimes contra o patrimônio, e passou a operar o rendoso negócio do transporte internacional de drogas - assim se refinanciando para novos crimes contra o patrimônio, afóra também controlar espaços internos para a venda local de drogas - verteu-se em um dos maiores

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

grupos criminosos do mundo, em atividades que se retroalimentam e que perpassam pelo tráfico de drogas⁷.

São apenas alguns exemplos para se demonstrar que a aquisição da droga pelo usuário alimenta a criminalidade organizada, causando enorme risco à segurança pública.

Não há, em quadro que tal, de se falar em conservação de primados de liberdade, de intimidade e vida privada se toda a sociedade é atingida – e de forma muito grave – por essa conduta.

Impossível se dar a prevalência ao suposto direito do usuário a obter – e depois, a ter consigo - a droga para consumo, se a primeira conduta traz o sustento final a toda a cadeia do tráfico.

O direito individual – da intimidade e da vida privada - tem limites na própria Constituição, seja na proteção da vida daqueles que serão direta ou indiretamente mortos pelo tráfico ou pela droga, seja pela saúde daqueles que serão atingidos por essa conduta, frisa-se, de perigo abstrato e com tipicidade já aperfeiçoada antes do uso da droga ilícita. Isso por não se dizer das consequências para a segurança pública causadas pela comercialização – e portanto, pela aquisição – de entorpecentes.

⁷ <https://noticias.uol.com.br/colunas/josmar-jozino/2023/05/05/policia-europeia-trata-o-pcc-como-um-dos-maiores-grupos-criminosos-do-mundo.htm>



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Mutatis mutandis, conferir-se plena liberdade ao indivíduo em fazer o que quiser, e quando quiser, seria a derrocada não do conceito de Estado em si, mas do próprio Estado Democrático de Direito, que tem na norma legítima e equilibrada o regulador da vida em sociedade.

Do contrário ter-se-ia, com base no princípio da liberdade de expressão, o subjetivo direito de se defender o cometimento de práticas contra as gentes (negação ou defesa do holocausto, por exemplo), ou, em âmbito mais restrito, o direito de se ofender a quem quer seja, sem qualquer consequência.

Isso daria, igualmente, o direito a qualquer um de ter a liberdade, *ad exemplo*, de trafegar nu em via pública, pouco importando a ofensa que isso geraria ao corpo social, extirpando-se, pelo direito à liberdade, a tipicidade do crime de ato obsceno (artigo 233, do Código Penal).

São apenas dois singelos exemplos que demonstram que a vida em sociedade pressupõe sim regras e tipificação de condutas penais, e isso para a proteção de todos.

E não se trata, aí, da supremacia da vontade estatal sobre a liberdade do indivíduo.

Mas sim do correto sopesamento entre a colidência de valores constitucionais, extraíndo-se aquele que tem primazia.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Inexorável que entre a intimidade e a vida, prevalece o direito a vida. O choque entre a liberdade de se usar drogas na órbita privada decai ante a necessidade de se precaucionar tanto a saúde pública como a segurança de todos, bens prevalentes que foram vilipendiados antes mesmo do consumo, mas com a aquisição ou o porte da droga ilícita, conduta primeira que traz, como dito, o sustento final ao tráfico de drogas.

São esses os primados que se extraem dos escólios que seguem:

“É sabido, contudo, que mesmo as democracias mais liberais desconhecem direitos absolutos. Como sugere Gregorio Badeni (BADENI, Gregorio. Tratado de libertad de prensa. Buenos Aires: Lexis Nevis, 2002, p. 21), se alguma liberdade jurídica fosse absoluta, seria impossível concretizar uma vida social em liberdade. Por essa razão, as liberdades constitucionais encontram-se condicionadas à adequação do indivíduo à ordem jurídica da comunidade global.

Nessa medida, o espírito constitucional admite a imposição de restrições razoáveis, aquelas vocacionadas à harmonização dos interesses individuais rumo à satisfação do interesse comum. Nessa esteira, Robert Alexy reputa impossível a existência de um “estado global de liberdade” não apenas em função dos choques entre direitos subjetivos e competências que condicionam a sua existência,

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

mas ainda em função de inúmeras características presentes na organização estatal e na sociedade (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379).” (STF, ADI 4451-DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, pg. 163).

“No sentido ampliado que lhe conferimos, a autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há possibilidade de que se forme um debate franco de idéias (*marketplace of ideas*, como diria Oliver Wendell Holmes), que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública. Mas o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia, pois ela está indissociável mente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. Na verdade, negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial.

Entretanto, essa autonomia privada não é absoluta. Em primeiro lugar, tem de ser conciliada com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade, a segurança. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. A própria idéia de ordenamento jurídico se

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

destruiria e seríamos todos condenados a viver na anarquia, num permanente “Estado da Natureza”, em que acabaria prevalecendo a vontade do mais forte. Como destacou Karl Larenz,

‘En aras de la vida conjunta en una comunidad que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales ésta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada una en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho’.

Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma ‘lei geral de liberdade’, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade. Numa democracia, essas intervenções estatais no campo da autonomia privada são viabilizadas, sobretudo, por intermédio da lei editada pelos representantes do povo, traduzindo manifestação da autonomia pública do cidadão. Com isso, tais intervenções se reconciliam com a idéia de liberdade num sentido mais amplo. No conceito de lei, incluímos também, como não poderia deixar de ser, a mais importante dentre todas, que é a

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Constituição, uma vez que ela não depende da mediação do legislador ordinário para incidir diretamente sobre situações de fato.

Mas há limites para a própria lei. Existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para a sua dignidade, que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das maiorias. Essa idéia, que não era aceita por democratas puros, como Rousseau, tornou-se amplamente dominante no mundo ocidental moderno, em que vicejam as constituições contendo cartas de direitos, que podem ser opostas ao próprio legislador por meio dos mecanismos competentes de jurisdição constitucional. Na maioria dos sistemas constitucionais modernos, certas liberdades individuais foram salvaguardadas até do legislador. Essas liberdades compõem, mas não esgotam, a autonomia privada do indivíduo, e, pela sua importância para a proteção da dignidade humana, receberam dos ordenamentos jurídicos, inclusive internacionais, uma proteção reforçada.

Isso não quer dizer, no entanto, que essas liberdades fundamentais se revistam de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação de interesses. É isso que ocorre quando da aplicação dos direitos

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

Segundo pensadores filiados ao liberalismo, como Dworkin e Rawls, só seria possível ponderar direitos com outros direitos, não com interesses coletivos. Já autores mais próximos do ideário do Estado Social, como Robert Alexy, aceitam também a ponderação entre direitos individuais e outras finalidades públicas revestidas de relevância constitucional. Essa última posição nos parece mais compatível com a visão personalista da pessoa humana, adotada pelo constitucionalismo contemporâneo, que marca a superação do individualismo exacerbado do Estado Liberal, mas também não recai no organicismo coletivista, que ao colocar a sociedade sempre acima dos seus 'membros', abre as portas para totalitarismos de variados matizes ideológicos." (SARMENTO, Daniel; Os Princípios Constitucionais da Liberdade e a Autonomia Privada; Boletim Científico nº 14 da Escola Superior do Ministério Público da União, janeiro/março de 2005).

A doutrina acima se aplica perfeitamente à hipótese vertente.

Ao dispor ser crime a conduta de possuir (termo usado no gênero) droga para uso próprio, não está a lei ferindo direito subjetivo.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

O que faz a lei é - na ponderação entre direito individual e finalidades públicas, como a proteção à vida, à saúde e à segurança -, dar concretude penal a uma conduta ilícita que provoca prejuízo ao corpo social.

Tem-se, na tipicidade inculpada no artigo 28, da Lei 11.343/06, ponderado - e justificado - equilíbrio entre o liberalismo exacerbado (tudo é permitido ao indivíduo) e o estado totalitário (nada é permitido ao indivíduo).

Não há, pois, qualquer inconstitucionalidade a macular o artigo 28, da Lei 11.343/06.

VI – CONSEQUÊNCIAS INTERNACIONAIS DA FLEXIBILIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS E DAS QUESTÕES CORRELATAS.

Os mais clássicos exemplos a serem conferidos são do Uruguai, Holanda e Estados Unidos da América (parte de seus Estados membros).

Nos países acima o que se viu foi a legalização – observadas certas premissas – do consumo de drogas, e por extensão a

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

descriminalização de condutas semelhantes ao tipo penal brasileiro do artigo 28, da Lei de Drogas.

Fato é – e aqui não se defende a legalização, muito ao contrário – que a legalização traria, ao menos em tese, medidas mitigadoras no âmbito de controle do comércio de drogas ilícitas e da saúde pública, inclusive de conscientização, voltadas para a diminuição do consumo.

Ocorre que experiências como do Uruguai e dos Estados Unidos não resultaram na diminuição, mas sim no aumento do consumo de drogas.

Já em 2014 o United Nations Office on Drugs and Crime-UNODC, no *World Drug Report* daquele ano, havia alertado que não seria possível aferir, de imediato, as consequências de medidas de flexibilização do uso de drogas em relação ao seu consumo:

“New regulatory frameworks in the States of Colorado and Washington in the United States and in Uruguay now make the recreational use of cannabis legal under some restrictions. The new laws also include provisions for the supply chain, including both licensed and personal cultivation. It is too early to understand the impact of these changes on recreational and problematic use of cannabis and in the broad range of areas that they may affect, including health, criminal justice, and public revenues and

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

expenditures. It will take years of careful monitoring to understand the broader effects of those novel regulatory frameworks in order to inform future policy decisions.”⁸

O International Narcotics Control Board-INCB, criado pela Convenção Única Sobre de Entorpecentes de 1961, em relatório sobre o ano de 2022, lançado em março de 2023⁹, preconizou o aumento de consumo de drogas no Uruguai, e em unidades subnacionais dos Estados Unidos da América, após a mitigação do controle do consumo de entorpecentes:

“82. In all legalizing jurisdictions, an increase in cannabis use can be observed in the general population. In most of these jurisdictions, cannabis use was higher than in other countries prior to legalization. For example, in the United States, the prevalence in the general population was significantly higher in states that legalized cannabis use than the overall average for the United States, before and after legalization. **In 2011, prior to any legalization, cannabis use rates among the first 10 states to legalize cannabis averaged 15 per cent compared with the national rate of 11.5 per cent.** Yet, after legalization, the prevalence increased visibly faster in the legalizing jurisdictions than in others.

...

⁸ https://www.unodc.org/documents/wdr2014/World_Drug_Report_2014_web.pdf

⁹ https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2022/Annual_Report/E_INCB_2022_1_eng.pdf ; vide pgs. 12/13.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

89. In Uruguay, the impact of the legalization is still difficult to assess because the implementation of Law No. 19.172 was very slow after its enactment in 2013. In 2022, more than 69,400 people had access to the regulated cannabis market in Uruguay, either as registered individuals with a licence to purchase cannabis in pharmacy or as individuals authorized to grow cannabis at home or members of licensed cannabis clubs. This represents about one third of the estimated number of people using cannabis in the past month but is nevertheless a relatively small share of all those people using cannabis in the country. The latest study, the eighth national survey on drug use in the general population, published in 2020, revealed an increase in past-month use in the general population of more than 30 per cent between 2014 (when implementation of the reform began) and 2018, while past-year cannabis use increased by more than 50 per cent over the same period. The number of young consumers of cannabis apparently also increased significantly after the law came into force. A survey on drug use among secondary school students aged 13–17 showed that in 2018 almost 20 per cent of adolescents had used cannabis in the past year, while about 11 per cent had used it in the past month. The highest prevalence of past-year cannabis use in that overall age group was among 17-year-olds (34.1 per cent).

Nos Estados Unidos da América, no ano de 2011, estimou-se que a prevalência do uso de maconha entre habitantes de unidades

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

subnacionais em que houve sua legalização, sobre aqueles em que essa não ocorreu, foi 30,43% superior (15% contra 11,5%).

A tabela do mesmo estudo demonstra que a média de consumo de maconha nos Estados Unidos da América, em 2019/2020, foi de 17,73% da população com idade superior a 12 anos (considerado o uso no período de um ano). Nos estados em que não houve a legalização a média foi de 16,46%, ao passo em que naqueles em que ela (legalização) ocorreu foi de 24,55% (49,15% superior a onde não houve a legalização).

Entre 2014 e 2018, e em dado que o relatório apontou extrair de fonte oficial do governo Uruguaio, o consumo de drogas aumentou em 30% nesse país, enquanto que no ano que antecedeu ao relatório o consumo de maconha aumentou 50% considerado o mesmo período. Estarrecedora também a pesquisa ao apontar que 20% dos estudantes uruguaio entre 13 e 17 anos usou maconha durante o ano anterior e que 11% a usou durante o mês anterior.

Isto demonstra, de forma inequívoca, que a flexibilização da legislação antidrogas, na ponta do usuário, aumenta o consumo de entorpecentes.

Mas esse efeito não se sente apenas no consumo.

Isso também revelou impacto direto na saúde pública:

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

“92. For example, in Colorado, emergency department visits and hospitalizations caused by excessive cannabis use, including treatment of cannabis use disorders and dependence, increased considerably after the implementation of legalization but have shown a general stabilization since 2018. The largest growth rate was among persons who had received a diagnosis of schizophrenia or another psychotic disorder, suicidal ideation, intentional self-harm or mood disorders. Calls to poison control centres due to cannabis exposure continue to rise in Colorado, with 318 total calls in 2020 versus 125 calls in 2013, a 154 per cent increase. In California, after the opening of the retail sales market, emergency room visits and admissions related to any cannabis use increased by 56 per cent from 2016 to 2019.

In Canada, according to the Canadian Hospitals Injury Reporting and Prevention Program, there was an average annual increase of 30 per cent in cannabis-related cases over the period 2015–2018.¹⁰”

Também isso (legalização) não eliminou o comércio ilícito de drogas:

¹⁰ Idem, pg. 14.



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

99. One of the major objectives of all legalizing States was to eliminate the illicit drug market and the related organized crime. But for a long time after the law's entry into force, the market for illicit supply persisted in all legalizing jurisdictions, albeit to varying extents, reaching from approximately 40 per cent in Canada to nearly 50 per cent in Uruguay and 75 per cent in California.

Extrai-se a conclusão fulcral do relatório. Tal política, e ao contrário do que inicialmente se imaginou, não diminui o consumo de drogas – ao contrário, causou seu aumento em relação a locais onde não foi ela adotada - com impacto sobre a saúde pública e sem conter a expansão do crime organizado:

“116. The impact of legalization on public health, public safety and the economy is difficult to measure and varies according to the different legalization models. In summary, based on the relatively short time of implementation, it can be observed that, to date, legalization has not succeeded in addressing the most pressing problems, such as increased consumption rates, the criminalization of people who use drugs, the growing illicit market and expanding organized crime. In jurisdictions that have legalized cannabis, consumption is still higher than in those jurisdictions that have not, and prevalence seems to increase more rapidly than in non-legalized communities, with noticeable health and social consequences. Legalization has not been able to dissuade youth from consuming

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

cannabis. Illicit markets have been partly reduced, but they still survive and flourish in some countries. Organized crime has been partially replaced by an expanding legal cannabis industry which aims to make profits by increasing sales. In general terms, one can ascertain that the legalizing jurisdictions did not reach the goals they had pursued through legalization.”

Similar conclusão, por outra fonte:

“**Cannabis** - A legalização da cannabis na América do Norte parece ter provocado aumento no uso diário da substância, sobretudo de produtos mais potentes e particularmente entre os jovens adultos. Também foram relatados aumentos relacionados a pessoas com distúrbios psiquiátricos, suicídios e hospitalizações.”¹¹

E ainda:

“**Legalização da maconha não diminuiu tráfico no Uruguai.**

Informações são do Diretor Nacional de Polícia do país; ele também informou que narcotráfico aumento número de assassinatos.

Por France Presse

¹¹ <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2022/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2022-do-unodc-destaca-as-tendencias-da-pos-legalizacao-da-cannabis-os-impactos-ambientais-das-drogas-ilicitas-e-o-uso-de-drogas-por-mulheres-e-jovens.html>

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

11/03/2017 15h14 Atualizado há 6 anos

O Diretor Nacional de Polícia do Uruguai, Mario Layera, disse que a legalização da maconha, aprovada em 2013, não implicou diretamente na queda do tráfico desta droga e que o narcotráfico aumentou o número de assassinatos.

‘No ano passado tivemos os níveis históricos mais altos de confisco no país proveniente de outra região. Por isso, entendemos que o tráfico para o Uruguai não se ressentiu de maneira notável’, comentou Layera em entrevista à rádio El Espectador, sobre a vigência da lei.

Em dezembro, a Brigada de Narcóticos indicou que a droga mais confiscada em 2016 foi a maconha, chegando a 4,305 toneladas até 18 de dezembro, sendo que em 2015 havia sido de 2,52 toneladas.

Layera também sustentou que pelo tráfico de drogas constatado nos últimos tempos, houve um aumento ‘dos níveis de crimes e homicídios’.

‘O aumento da taxa criminal, que medimos de 2005 em diante, foi crescendo com base nos fenômenos de oferta e consumo de drogas’, indicou.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Nos últimos anos a polícia verificou o aumento de assassinatos, principalmente de homens jovens, que em muitos casos se tratavam de ajustes de contas entre pessoas ligadas ao tráfico.

Layera também falou que há autoridades ameaçadas por conta das novas estratégias e medidas aplicadas para combater o crime organizado.

‘Várias autoridades do Ministério do Interior foram ameaçadas além de juízes, procuradores e algumas personalidades dos Direitos Humanos’.”¹²

Noutro bordo, afora os notórios deletérios efeitos da cocaína e seus derivados, dos opiáceos e drogas sintéticas, a literatura médica também tem revelado as consequências do uso da maconha, uma droga ilícita que não se mostra inocente:

Segundo a Sociedade Brasileira de Psiquiatria:

“1. Falta de estrutura para o tratamento de dependentes. O Brasil não possui uma rede comunitária ambulatorial e hospitalar para as pessoas que desenvolvem transtornos mentais ou de

¹² <https://g1.globo.com/mundo/noticia/legalizacao-da-maconha-nao-diminuiu-traffic-no-uruguai.ghtml>



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

comportamento em decorrência do uso da droga. Com o potencial aumento do consumo, ocorrerá também um aumento do número de dependentes. É inadequado discutir modelos que funcionam em outras nações sem compreender a realidade de saúde brasileira.

2. Maconha é ainda mais danoso à saúde que o cigarro. Quem fuma maconha consome quatro vezes mais alcatrão do que se fumasse um cigarro de tabaco e cinco vezes mais monóxido de carbono, duas substâncias associadas diretamente ao câncer de pulmão.

3. Alto risco e impacto no desenvolvimento dos jovens. Dos 12 aos 23 anos, o cérebro está em pleno desenvolvimento. Quanto mais precoce o uso da droga, maiores são as chances de dependência. A ação da maconha nessa fase de formulação cerebral pode ser irreversível. Com a legalização deveria aumentar o número de usuários, especialmente entre os adolescentes. Quando usada na adolescência, o risco de dependência é o mesmo da cocaína, ou seja, 15%.

4. Maconha causa prejuízo a diversos órgãos e sistemas humanos. Estudo de 2012, conduzido pelo psiquiatra Ronaldo Laranjeira, membro da Associação Brasileira de Psiquiatria, apontou que a maconha multiplica por 3,5 vezes a incidência de desenvolvimento de

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

esquizofrenia e também multiplica por 5 vezes as chances de desencadear no usuário o Transtorno de ansiedade.”¹³

Já o psiquiatra Dráuzio Varella ressaltou:

“Efeitos adversos da maconha existem, apesar de muitos acreditarem que não.

...

Vou resumir uma revisão da literatura sobre os efeitos adversos da maconha, publicada no ‘The New England Journal of Medicine’, por pesquisadores americanos do National Institute on Drug Abuse:

1) Dependência

Os inquéritos mostram que 9% dos que experimentam se tornam dependentes. Esse número chega a um em cada seis, no caso daqueles que começam a usá-la na adolescência. Entre os que fazem uso diário, 25% a 50% exibem sintomas de dependência.

Comparados com os que começaram a fumar na vida adulta, os que o fizeram enquanto adolescentes apresentam duas a quatro vezes mais sintomas de dependência, quando avaliados dois anos depois de fumar o primeiro baseado.

¹³ <http://abpbrasil.org.br/manifesto/manifesto.pdf>



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Uma vez instalada a dependência, surgem crises de abstinência: irritabilidade, insônia, instabilidade de humor e ansiedade.

2) Alterações cerebrais

Da fase pré-natal aos 21 anos de idade, o cérebro está em estado de desenvolvimento ativo, guiado pelas experiências. Nesse período, fica mais vulnerável aos insultos ambientais e à exposição a drogas como o tetrahydrocannabinol (THC).

Adultos que se tornaram usuários na adolescência, apresentam menos conexões entre neurônios em áreas específicas do cérebro que controlam funções como aprendizado e memória (hipocampo), atenção e percepção consciente (precúneo), controle inibitório e tomada de decisões (lobo pré-frontal), hábitos e rotinas (redes subcorticais).

Essas alterações podem explicar as dificuldades de aprendizado e o QI mais baixo dos adultos jovens que fumam desde a adolescência.”¹⁴

Por outro estudo:

¹⁴ <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/efeitos-adversos-da-maconha-artigo/>



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

“**CANNABIS: MACONHA E HAXIXE** A *cannabis* é a droga mais consumida no mundo. Apesar de ser tratada muitas vezes como uma droga mais leve, o uso da maconha pode ser bem mais arriscado do que parece. A *cannabis* está cada vez mais potente – e com isso há mais riscos de dependência.

Maconha é o nome dado no Brasil à *cannabis sativa* em erva, também conhecida como *marihuana*. Da compressão das flores da *Cannabis Sativa* também se obtém a resina chamada haxixe. Os efeitos são parecidos com os da maconha, só que mais fortes.

O princípio ativo da *cannabis* é o THC, que causa perturbação no funcionamento do cérebro, muda a noção de tempo e do espaço, prejudica a coordenação motora capacidade de atenção e memória. Os olhos tendem a ficar vermelhos, a saliva diminui, algumas pessoas sentem angústia, taquicardia, ansiedade e tremeadeira.

O uso intenso e contínuo pode provocar falta de motivação. Apesar de muita gente achar que a maconha não vicia, com o aumento da potência da droga ao longo dos anos, novos estudos mostram que está cada vez mais difícil abandonar seu uso.”¹⁵

¹⁵ https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/cartilhas/Cartilha_Drogas_e_Crime.pdf



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

De se dar destaque a estudo que demonstra não ser mito que a maconha – que de per se possui efeitos muito deletérios, como ressaltado acima – é a porta de entrada do mundo das drogas:

“A primeira droga ilícita consumida.

A maconha foi a primeira droga ilícita consumida citada por quase todos os componentes da amostra (Tabelas 2 e 3). Apenas dois entrevistados relataram uso de outras drogas (chá alucinógeno e cocaína). A idade desse início de consumo variou, principalmente, entre 12 e 16 anos, existindo relatos de um início mais tardio, com 17 anos. Porém, nenhum entrevistado relatou início de uso antes dos nove anos (Tabelas 2 e 3). A ‘curiosidade’ foi o motivo de uso mais citado. Apenas um entrevistado disse estar bêbado quando fumou maconha, alegado como motivo para tê-la usado. As frases a seguir dão idéia de uma mudança de comportamento em relação à obtenção da droga: ‘pediu para alguém’, que na maioria das vezes era um conhecido; ‘comprou’; ‘achou em algum lugar’, que significava pegar uma ponta de cigarro de maconha no chão ou no cinzeiro após o uso de alguém, em geral conhecido; e por fim ‘parentes/amigos ofereceram’, principalmente irmãos.

...

Em geral, nesse primeiro uso, os entrevistados sabiam de forma exacerbada os efeitos “positivos” da maconha. Também tinham opinião muito favorável a seu uso, porque a consideravam uma droga

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

‘leve’ que não ‘viciava’. Essa opinião manteve-se ao longo de todo tempo de consumo e foi reforçada quando passaram a consumir drogas que lhes trouxeram problemas, como a cocaína. O uso da maconha pelos amigos e a crença de que ela não é prejudicial à saúde são fatores determinantes no início de consumo, opinião também partilhada por Yamaguchi & Kandel, que acrescentam o envolvimento em atividades marginais como outro fator que pode levar a esse início.”¹⁶

Outro ponto que há de se ter em vista é que a limitação de quantidade de drogas para caracterização de porte atípico de drogas trará consequências, como a dificuldade na repressão ao tráfico.

Consoante já exposto, a ponta final da cadeia do tráfico se dá com a venda difusa, e reiterada, de pequenas quantidades de entorpecentes.

Isso foi bem esclarecido em entrevista concedida pelo Delegado de Polícia Ruy Fontes, ex-Diretor do DENARC e ex-Delegado-Geral de Polícia:

¹⁶ Rev. Saúde Pública 36 (4) Ago 2002; *apud* <https://www.scielo.br/j/rsp/a/sXpvPHVZT7BPPzgSmRKWqGr/?lang=pt>



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

“SÃO PAULO - Ruy Ferraz Fontes fala com conhecimento de quem tem 31 anos como delegado no Estado de São Paulo, quase dez deles no departamento especializado de repressão ao narcotráfico - sendo uma passagem no início dos anos 1990 e outra como diretor desse departamento de 2015 a 2018. Hoje delegado-geral, ele diz que o tráfico de drogas não é mais como era há 20 anos, quando um criminoso solitário comprava um quilo de cocaína no Mato Grosso, vindo da Bolívia ou do Paraguai, para revender no seu ponto de varejo. ‘Hoje, o ponto não é mais dele, é de organização criminosa, que coloca esse soldado na ponta para vender e se ele for preso é problema dele, será substituído imediatamente.’

Isso, para ele, mudou a importância que a polícia dava ao combate a esses pequenos pontos de venda de droga. Se antes não tinham tamanha relevância, agora, diz, permite entender como o crime organizado tem funcionado para combatê-lo de forma mais eficaz. "No passado, a pequena apreensão não tinha um valor muito significativo e hoje tem porque você tá lidando com a ponta do crime organizado. Temos puxado essa ponta", diz. A resposta é dada ao ser perguntado a recorrência da prisão de pequenos traficantes, como apontado no estudo da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ).

Ele explica que o varejista preso só é pego com pouca quantidade porque isso integra a estratégia do crime organizado para minimizar os prejuízos em caso de ação policial. "O traficante sai com 20, 30

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

unidades. Na hora que acaba de vender, vai pegar mais 30, 40", detalha. A polícia estima que até 40% dos pontos de venda sejam protegidos por arma de fogo. E isso representa duas coisas: que as armas podem ser usadas com outras finalidades, como para praticar assaltos, e ainda torna o ponto uma referência de poder capilarizado da organização criminosa."¹⁷

Em trabalho publicado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, com referência a estudo do Setor Técnico Científico da Polícia Federal do Rio Grande do Sul, um cigarro de maconha possui entre meio grama e um grama e meio da droga¹⁸.

Significa isso dizer que uma pessoa que possua 20 gramas da droga poderá produzir 40 cigarros de *maconha*. Quem possui 60 gramas poderá produzir 120 cigarros de *maconha*.

Portanto criar-se uma tabela de quantidade de *maconha* que alguém pode ter consigo poderá causar enorme dificuldade à repressão da ponta final da cadeia do tráfico, porquanto uma vez flagrado com essas quantidades de droga - que não são de nonada – a pessoa se dirá usuária, recaindo sobre isso verdadeira presunção.

¹⁷https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/varejo-de-drogas-e-ponta-da-organizacao-criminosa-diz-delegado-geral,14c8a62cd2d1749e86b3450b7a885996gdmtoqzk.html?utm_source=clipboard

¹⁸

https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/1218/Estudo_T%C3%A9cnico_para_sistematiza%C3%A7%C3%A3o_de_dados_sobre_informa%C3%A7%C3%B5es_do_requisito_objetivo_da_Lei_n_113432006_-_DEPSD.pdf

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

E isto, sem dúvida, trará dificuldade na repressão ao tráfico, inclusive porque, extirpada a tipicidade da posse daquela droga, sequer sua apreensão pela polícia será possível.

Como corolário ter-se-á, conquanto não seja esse o efeito pretendido, maior facilidade operacional para a venda de drogas ante a dificuldade de prisão do vendedor no varejo.

Isto por não se dizer que a descriminalização da conduta também trará incentivo – pela falta de sanção – à aquisição de drogas ilícitas.

De se dar destaque, ainda, à experiência holandesa de liberação – ou semiliberação – de drogas.

A jornalista Anabel Hernandez – que teve que deixar o México por conta de suas matérias contra cartéis de drogas daquele País, e que recebeu o prêmio Liberdade de Expressão da DW (Deutsche Welle, empresa pública de radio e televisão Alemã) em 2019 – revelou em análise do trabalho de Pieter Tops, Pesquisador da Universidade de Tilburg e Professor da Academia Nacional de Polícia da Holanda:

“Os efeitos colaterais da política de drogas holandesa

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Anabel Hernández md

02/12/2019

O crime organizado permeia tudo, quando se deixam espaços para ele. A Holanda se tornou um dos maiores exportadores de drogas sintéticas devido à atitude tolerante em relação a entorpecentes, afirma Anabel Hernández.

A Holanda é um dos principais produtores mundiais de drogas sintéticas, afirma Pieter Tops, cientista social da Universidade de Tilburg e professor da Academia de Polícia nacional. Tops pesquisa o crime organizado em seu país e investiga como ele vem ganhando aceitação em certos setores da sociedade – um fenômeno similar ao do México. Isso é, segundo ele, consequência da famosa tolerância holandesa a drogas leves, praticada desde o final da década de 1970. Segundo sua tese, trata-se de uma consequência da política pública do consumo de drogas instaurada na Holanda, na época. ‘Acreditávamos que estávamos dando um exemplo ao mundo [...], estivemos muito satisfeitos com ela por muito tempo, agora não mais’, explica Tops em sua provocadora conferência ‘Tráfico de drogas. O exemplo holandês. A legalização funciona?’, à qual assisti em novembro, em Barcelona.¹⁹”

¹⁹ <https://www.dw.com/pt-br/os-efeitos-colaterais-da-liberal-pol%C3%ADtica-de-drogas-holandesa/a-51474620>

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Outra questão de se trazer à baila é a concausa entre o uso de drogas e crimes.

Essa questão, sob o âmago de pesquisa com usuários presos por outros delitos, foi bem revolvida em artigo denominado “Drogadição e Criminalidade: Sensibilizar Alunos Quanto às Consequências do Uso de Drogas lícitas e ilícitas”, feito com pesquisa de campo em Penitenciária Estadual e publicado pela Secretaria de Educação do Paraná:

“Consultando a literatura e analisando a pesquisa, consideramos oportuno apresentar alguns aspectos conclusivos sobre o perfil dos alunos detentos da Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão e os fatores que influenciaram o uso de drogas, bem como a concepção dos apenados sobre as mesmas, assim como os dados obtidos junto aos alunos do Colégio Estadual Industrial – EFM, sobre o tema.

Os usuários de drogas, para manter seu vício muitas vezes cometem furtos e roubos, e até mesmo realizam a prática de outros crimes por estarem acometidos pelo efeito da droga ou se utilizam da substância para terem coragem, impulso para praticar um ato ilícito. A diversidade das drogas, tanto as lícitas como as ilícitas, possuem efeitos intensos sobre a forma como as pessoas se sentem, seus pensamentos e ações. Ligado à isso, pode-se considerar que o uso de drogas é uma das explicações para a violência, desigualdade social e desestrutura familiar.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

O uso nocivo de drogas representa não somente um problema criminológico, social, mas também um problema de saúde pública.

Constatou-se na pesquisa realizada na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão que a grande maioria dos alunos/apenados tem seus crimes ligados de alguma forma às drogas, uma vez que muitos citam seus crimes como forma de obtenção da substância, principalmente as ilícitas como maconha, cocaína e *crack*.

Em função da facilidade na obtenção da droga e até mesmo, dependendo da droga, do seu baixo custo, denota-se um número expressivo de usuários principalmente entre os jovens, independente da fiscalização e proibição legal, realizando sua compra e consumo.

A procura por esse tipo de substâncias entorpecentes se dá por fatores de exclusão social, ausência de perspectiva de trabalho, estudo, melhorias no padrão de vida, conflitos familiares, desilusões amorosas, bem como por simples prazer e diversão.”²⁰

VII – CONCLUSÃO

20

http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2014/2014_uni_oeste_cien_artigo_liege_radim_berlato.pdf, pg. 17.

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

O Brasil é signatário da Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5, de 1964, e Promulgada pelo Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964.

Essa Convenção proíbe a posse e o uso de entorpecentes (cláusula 5ª, “b”).

Em situação que tal, e agora sob o enfoque do Direito Internacional Público, não se vê como possível a descriminalização do uso de drogas (*in totum*, ou com restrições como tipo ou quantidade de drogas).

Por todo o exposto, entende-se que a prescrição impede o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659-SP, com prejuízo à questão incidental trazida com o recurso.

Trespasada a prejudicial, respeitosamente é de se apontar que a descriminalização da posse de drogas não tem suporte constitucional, ante a necessária baliza de bens com proteção na Magna Carta, mostrando-se como prevalentes os direitos à vida, à saúde e à segurança.

Por demais, se operada for a descriminalização da posse de drogas para uso, é de se esperar como efeitos possíveis, e prováveis – inclusive por experiências internacionais semelhantes como da liberação ou semiliberação de drogas, mesmo que mais restritivas porquanto acompanhada de regramentos para em hipótese mitigar os seus efeitos - o aumento do

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

consumo de entorpecentes, atingindo também as populações mais jovens, sem disso sobrevir qualquer impacto para redução do tráfico de drogas e do crime organizado, causando ainda gravames de segurança e de saúde públicas.

São Paulo, 15 de agosto de 2023.

A DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sede Executiva: Riachuelo, nº 115 – 11º andar – Centro – CEP.: 01007-000 – São Paulo/SP

Tel.: (11) 3188.6464 – Fax.: (11) 3188.6486 – e-mail: apmp@apmp.com.br

Site: www.apmp.com.br