

OS PARÂMETROS PARA DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTES: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 63.659

Nathália Moreira dos Santos¹

Igor Alves Noberto Soares²

Resumo: O presente artigo aborda a necessidade de definição dos parâmetros para diferenciar usuário de traficantes de drogas a partir da análise do Recurso Extraordinário n.º 63.659, em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. A análise desse tema torna-se imprescindível em decorrência da omissão legislativa em não ter estabelecido parâmetros objetivos para diferenciar usuário de drogas de traficantes. De forma que irá analisar os parâmetros propostos pelo Supremo Tribunal Federal, se serão suficientes para sanar essa lacuna. Desta forma, partindo de uma breve análise sobre a criminalização de substâncias entorpecentes, serão discutidas as consequências geradas por essa omissão legislativa, onde será debatida a falha do modelo de política proibicionista, sendo analisadas novas políticas de redução de danos. Por meio de pesquisa exploratória, baseada em método hipotético-dedutivo e revisão de literatura, será feita ainda, uma análise dos argumentos a favor e contra a descriminalização e do julgamento de (in) constitucionalidade. De toda sorte, espera-se contribuir para reduzir as lacunas normativas e objetivar julgamentos em consonância com os direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Lei de Drogas. Usuário. Controle de Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise dos parâmetros para diferenciar usuário de traficantes a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 63.659, em discussão no Supremo Tribunal Federal. Esse tema se mostra relevante pela omissão legislativa em trazer parâmetros quantitativos para diferenciar usuário de drogas dos

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas.

² Orientador.

traficante, pois essa lacuna deixada pelo legislador abre margem para arbitrariedade.

Com o intuito de facilitar a compreensão da temática, é importante apresentar um breve contexto. A Lei n. 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, em seu artigo 28, prevê como crime quem guarde ou transporte drogas para consumo pessoal, determinado ainda que ficará a critério do juiz se a quantidade apreendida destinava-se ao consumo pessoal ou ao tráfico de drogas. Dessa forma, essa falta de parâmetro objetivo abre margem a arbitrariedade, colocando em risco a isonomia processual. Como forma de sanar essa omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário nº 63.659, julga a constitucionalidade do artigo 28 da referida lei e discute qual quantidade de droga seria adequada para o indivíduo ser considerado usuário de drogas.

Com base nessa breve explanação, é possível perceber a necessidade de se discutir o assunto no âmbito jurídico. O problema de pesquisa surge pela falta de parâmetros legais objetivos para diferenciar a posse de drogas do tráfico, e se a proposta feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) será suficiente para sanar essa omissão legislativa. Este problema se apresenta em razão da lacuna deixada pelo legislador originário em não esclarecer como seria feita a diferenciação objetiva do usuário de drogas dos traficantes, deixando a critério do magistrado, Ministério Público, e da polícia de forma que corrobora com a seletividade penal. As principais vítimas afetadas pelo problema levantado são pessoas menos favorecidas socialmente, pretos e pardos, moradores de periferias, que sofrem pelo preconceito e abuso de autoridade.

Partindo dessas premissas, é possível perceber alguns desdobramentos jurídicos em torno desta questão, como por exemplo: o tratamento desigual que estes indivíduos recebem e aplicação errônea da lei. Diante da problemática da pesquisa levantada, tem-se a seguinte hipótese, que está falta de parâmetro legal em diferenciar usuários de drogas de traficantes contribui para aplicação desigual da lei, e se levando em conta que a posse de drogas é para consumo pessoal se seria constitucional incriminar tal conduta. Fundamenta-se essa hipótese indicada na ideia de que a falta de parâmetro para diferenciar usuários de drogas dos traficantes, de forma objetiva, faz com que dependentes químicos sejam presos na qual são tratados como traficantes.

Acerca dos objetivos, o objetivo geral desta pesquisa é analisar se seria suficiente o STF quantificar a posse de droga para consumo pessoal a fim de separar

da conduta do tráfico. A fim de alcançar esse objetivo, a pesquisa se desenvolveu a partir dos seguintes objetivos específicos: esclarecer o conceito de droga e analisar o artigo 28 da lei 11.343/2006 bem como discutir sobre a atual política proibicionista; analisar o Recurso Extraordinário e trazer argumentos contra e favor da descriminalização da posse; analisar os parâmetros trazidos pelo Supremo Tribunal Federal e discutir sobre novas políticas ao combate às drogas.

Nesse sentido, a partir do modelo constitucional de processo, questiona-se: a definição da diferença entre traficante e usuário, por meio do controle de constitucionalidade, pode reduzir arbitrariedades e trazer segurança jurídica? No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo escolhido foi o bibliográfico, pois analisou artigos, leis, doutrinas como objeto de estudo. Quanto ao método de abordagem, escolheu-se o hipotético-dedutivo pois a pesquisa iniciou através de uma lacuna na lei. Por fim, o método de procedimento eleito foi o estudo de caso foi é analisado sobre o Recurso Extraordinário.

Essa pesquisa foi dividida em três seções, da seguinte forma: a primeira seção tratou-se de uma breve análise da criminalização das drogas no Brasil, analisando também o artigo 28 e o Recurso Extraordinário. A segunda seção analisou os parâmetros trazidos pelo Supremo Tribunal Federal e os argumentos contra e a favor da descriminalização. Por fim, na terceira seção, o foco foi analisar propostas legislativas sobre o tema e discutir novas políticas de drogas.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO

O uso de substâncias psicoativas sempre foi objeto de discussão na sociedade. O uso dessas substâncias sempre esteve presente desde os primórdios da humanidade e eram associadas a medicamentos ou em rituais sagrados. Estima-se que foi por volta de 1549 que as drogas, mais especificamente a "*Cannabis sativa*" conhecida popularmente como maconha foi introduzida no Brasil pelos escravos e era usada em práticas de cunho religioso (Carlini, 2006).

É incerto e complexo estabelecer o momento que a sociedade começou a ter uma nova perspectiva sobre as drogas, visto com desaprovação e começando a ser criminalizado. Para uma parte da sociedade, a droga deveria ser proibida, pois usada por viciados, pessoas de má índole e que faz mal à saúde. Isso não passa de uma

visão distorcida e preconceituosa. O legislador tratou de conceituar brevemente o que seria droga.

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

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

Outra conceituação importante é aquela trazido no Plano Nacional de Drogas, com esteio nas recomendações da Organização Mundial da Saúde, no qual **droga** é substância que, pela sua natureza, é capaz de alternar a funcionalidade. A droga também é entendida como substância natural ou sintética, mas que, diante de sua introdução em organismo vivo, modifica funções - seja tal substância lícita ou ilícita. Desta forma, compreendemos que essas substâncias estão presentes no nosso cotidiano, e que a conceituação de droga vai muito além do difundido na sociedade, mas com pertinência científica até então pouco desconhecidas.

Para fins de diferenciação, as drogas são classificadas em ilícitas, lícitas e controladas. As drogas lícitas são aquelas cuja venda e uso são liberadas, como o álcool, tabaco dentre outras. Já as drogas controladas são liberadas para uso, mas são impostas algumas restrições para aquisição como, por exemplo, os medicamentos tarja preta que só podem ser vendidos com apresentação do receituário médico. E, por fim, as drogas ilícitas cuja classificação será discutida neste artigo e envolvem substâncias que tanto o uso quanto a venda são proibidas. É o caso da maconha, cocaína, crack dentre outras substâncias (Carlini, 2006; OMS, 1997).

Com o objetivo de combater o uso dessas substâncias ilícitas que aumentavam gradativamente a venda e o consumo, o Brasil adotou um modelo proibicionista surgido nos Estados Unidos. Com a Convenção Única de 1961 foi difundido o sistema proibicionista, o modelo que mais influenciou e até hoje vem sendo usado como pauta quando se refere ao combate contra as drogas. Nesse sentido, Jorge Henrique e Guilherme Azevedo (2015) ponderam que a política proibicionista consiste na repressão à produção, na interdição do tráfico e da distribuição, bem como na criminalização do consumo de determinadas substâncias psicoativas declaradas

ilícitas. Com isso, a política proibicionista busca punir toda a cadeia produtiva da droga, desde os produtores, vendedores até os compradores, mesmo que seja para uso próprio.

Contudo, esse modelo é falho e contraditório, pois o Estado justifica o poder de punir pelas consequências tanto para o indivíduo que faz uso dessas substâncias quanto para a sociedade que de certa forma se torna vítima, sendo o consumo de drogas uma questão de saúde pública. Porém, há diversas substâncias legalizadas que podem causar os mesmos efeitos danosos ao indivíduo gerando também consequências para a sociedade, conforme é elucidado por Maurício Fiore (2012), [s.p.]:

E há, ainda, drogas que prescindem de receituário médico, disponíveis nos balcões de farmácia para livre comercialização. Ali se encontram, por exemplo, os analgésicos [...]. Mesmo com fiscalização permanente, sabe-se que há um enorme mercado clandestino dessas substâncias, que fazem parte de muitos estoques domésticos. Com o grande crescimento do número de diagnósticos de transtornos mentais diversos, esses medicamentos ocupam, há anos, as listas dos mais vendidos, o que tem gerado grande debate entre especialistas.

Desta forma, pode se tornar imprecisa qualquer limitação do Estado, diante de sua função primaz, no sentido de impor um sistema capaz de controlar a comercialização e reprimir o uso de drogas. Tal dimensão, no sentido médico, pode até mesmo mostrar-se utópica, pois a realidade diverge das propostas legislativas presentes na atualidade, motivo pelo qual o conteúdo lógico da Lei de Drogas precisa ser compreendido à luz das características entre usuário e traficantes.

2.1 Análise do artigo 28 da lei 11.343/2006

A Lei n. 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, revogou a lei de entorpecentes de 1976, que previa pena privativa de liberdade tanto para o crime de tráfico quanto para o crime de posse de droga. A legislação atual veio abrandar a pena com o artigo 28, retirando do *caput* a previsão de pena privativa de liberdade e trazendo como previsão advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso

educativo, sendo considerado de menor potencial ofensivo o crime de posse de drogas. Desta forma, observamos que ocorreu a despenalização do artigo 28 da referida lei, pois não é mais previsto pena de prisão e sim medidas administrativas o que ainda assim não retira seu caráter criminal (Barroso, 2024).

Ademais, os Juizados Especiais Criminais tornaram-se competentes, cabendo ao Ministério Público e ao Juiz a definição da pena a ser oferecida ao réu. Além disso, podem ser oferecidas alternativas como a suspensão condicional do processo, que requer comparecimento obrigatório por um período determinado para assinatura do livro, ou a Transação Penal, que envolve o pagamento pecuniário e benefícios previstos na Lei 9.099/1995.

Já em relação ao tráfico de drogas, a lei tratou com mais rigor, prevendo em seu artigo 33 aumento do *quantum* mínimo de pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa, podendo ainda ser preso em flagrante. Somado a isso, tem-se a previsão legal na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, que o tráfico é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Renato Flávio (2021) classifica tanto a posse de drogas quanto o tráfico em crimes de perigo abstrato, crimes unissubjetivo e crime vago. Ou seja, é abstrato porque é crime que a lei presume haver ameaça de dano, sem exigir prova concreta desse perigo. No caso do artigo 28 da lei 11.343/2006 basta apenas que o indivíduo esteja em posse da droga. É unissubjetivo porque não exigem um determinado número de pessoas para configurar o delito e vago pois são crimes que não tem uma vítima certa pois presume-se que o sujeito que sofreu o dano é a coletividade.

Apesar dessas mudanças, a legislação deixou uma lacuna por não definir claramente a diferença entre um usuário de drogas e um traficante. Não estabeleceu critérios específicos de quantidade de droga que determinaria se alguém seria acusado por posse ou tráfico. O artigo 28, parágrafos 1º e 2º apenas menciona que quem porta uma pequena quantidade de substância pode ser considerado um usuário, deixando em aberto o entendimento, sem especificar o que seria uma "quantidade pequena". É a letra da lei:

§ 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 (Brasil, 2006).

A decisão recai sobre o juiz, que avalia a situação com base em circunstâncias como a quantidade de droga apreendida e as condições sociais e pessoais do acusado. Mesmo que seja importante que o ordenamento tenha cláusulas abertas para que o judiciário tenha liberdade para adaptar de acordo com o caso concreto, é imprescindível que haja cautela uma vez que podem ocorrer condutas arbitrárias.

Essa falta de clareza pode levar a uma interpretação subjetiva por parte dos magistrados e até mesmo dos policiais no momento da prisão. E isso pode resultar em disparidades na aplicação da lei, influenciadas por fatores sociais e raciais. Como complementa Maria Lucia Karam (2011, p. 41):

A nociva, insana e sanguinária “guerra às drogas” – nociva, insana e sanguinária como quaisquer outras guerras – não é efetivamente uma guerra contra as drogas. Como qualquer outra guerra, não se dirige contra coisas. É sim uma guerra contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas substâncias tornadas ilícitas. Mas é ainda mais propriamente uma guerra contra os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os “inimigos” nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os desprovidos de poder.

Observa-se que há uma linha tênue na diferenciação entre usuários e traficantes para distinguir no momento da apreensão em qual situação se enquadraria. Salo de Carvalho (2013) traz que, além das premissas trazidas pelo artigo 28 § 2º, seria essencial avaliar o “desígnio mercantil”, se o sujeito teria a intenção de mercantil portanto aquela substância ou se sua intenção era apenas para consumir sem a intenção de adquirir qualquer tipo de proveito econômico.

A falta de parâmetro do que seria considerado tráfico ou posse de droga contribui ainda mais para a superlotação dos presídios, principalmente dos menos favorecidos socialmente como pretos, pardos e populações periféricas. (Carvalho, 2013). A lei deixa a cargo do magistrado julgar cada caso de acordo de sua convicção, de forma subjetiva, e isso leva a falta de isonomia processual e segurança jurídica, reforçando a seletividade penal o que geraria o “o abuso policial seletivo” conforme

dito pelo Ministro Alexandre de Moraes (RE. 635.659/SP), reforçando a seletividade penal.

2.2 Recurso Extraordinário n. 63.659

Conforme exposto acima, toda a complexidade que tem para diferenciar usuário do traficante de drogas e algumas das várias consequências dessa omissão legislativa, está em curso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 63.659 no Superior Tribunal de Federal (STF), que trará mudanças significativas sobre essa problemática. Este recurso tem como objeto a decisão da Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Diadema/SP que condenou o réu Francisco Benedito de Souza, que durante vistoria na cela penitenciária os agentes encontraram 3 gramas de *cannabis*, conhecido popularmente como maconha tendo o acusado assumido a propriedade (Brasil, 2024).

O Ministério Público apresentou denúncia em desfavor do acusado com fundamento no artigo 28 da lei 13.343/2006, tendo a 2ª Vara Criminal de Diadema condenado o réu a dois meses de serviço à comunidade. Contra essa decisão foi interposta apelação pela Defensoria Pública com o fundamento da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 13.342/2006 pela afronta ao artigo 5, X da Constituição Federal. A Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Diadema/SP manteve a decisão de primeira instância, sendo interposto o Recurso Extraordinário nº 63.659. Em 08/12/2011 foi reconhecida a repercussão geral (tema 506) do referido tema, conforme previsto no artigo 1.035 do Código de Processo Civil em razão do grande número de ações nos tribunais tendo a mesma lide em discussão. Dessa forma, a decisão que for proferida neste recurso será aplicada aos casos similares.

Como já mencionado, a Defensoria Pública interpôs, em 2011, o Recurso Extraordinário fundamentando a inconstitucionalidade do artigo 28 lei 13.342/2006 pela afronta ao artigo 5, inciso X, da Constituição de 1988, pois infringiria a intimidade e vida privada, que são garantias fundamentais.

De acordo com o Defensor Público Leandro de Castro, responsável pela defesa do autor na época do fato, não seria possível incriminar uma conduta que atinge apenas o indivíduo, conforme expõe.

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 lesividade. Uma incriminação, nesta hipótese, viola, diretamente, a Constituição Federal (Brasil, 2024).

O Supremo Tribunal Federal (STF), além de decidir a inconstitucionalidade alegada no caso concreto exposto acima, vem com a proposta de estipular um parâmetro para diferenciar usuário de traficantes, descriminalizar o crime de posse de droga, de forma que deixaria de ser tratado como crime. Salienta-se ainda que o recurso extraordinário versa sobre descriminalização da *cannabis*, na qual é o objeto do caso concreto originário do recurso, conforme dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso na última sessão de julgamento do STF em 06/03/2024.

Atualmente, o Recurso Extraordinário em julgamento conta com oito votos, sendo 5 ministros a favor da descriminalização da posse de droga, sendo Luiz Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Rosa Weber que acordaram a quantidade na faixa de 25 a 60 gramas ou 6 plantas fêmeas para ser enquadrado como posse de droga. Já Edson Fachin entendeu que seria inconstitucional em relação à maconha, quanto a quantificação, para diferenciar usuário de traficante deveria ser fixada pelo Congresso Nacional.

E 3 votaram contra: Cristiano Zanin, Kassio Nunes e André Mendonça, que votou pela não descriminalização do artigo 28 e sugeriu que a discussão do tema deveria ficar a cargo também do Congresso Nacional. Entretanto André Mendonça aponta como razoável a quantidade de 10 gramas de maconha, quantidade suficiente para confeccionar 34 cigarros de maconha.

Já Cristiano Zanin também votou contra a descriminalização, justificando o caráter despenalizador adotado pelo legislativo, mas concordou com quantidade de 25 gramas e até 6 plantas fêmeas. Faltam ainda votar os ministros, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Dias Toffoli, que pediu vista, sendo suspenso o julgamento. Tais votos estão disponíveis na íntegra no Canal do YouTube e no site do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, percebemos que os votos dos ministros vêm divergindo em relação à quantidade e descriminalização da posse de droga.

3. DOS ARGUMENTOS CONTRA E FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS

A descriminalização de drogas sempre foi pauta para discussões calorosas, o tema divide opiniões no meio jurídico, político e social, pois vai além de apenas questões regularizadoras, pois levanta também questões éticas.

No Recurso Extraordinário, em que pese a atividade vinculada à diferenciação entre traficante e usuário, é possível compreender um conflito dois direitos constitucionais de natureza fundamental, quais sejam, a saúde e a intimidade na vida privada.

Um dos argumentos levantados a favor da descriminalização da droga a inconstitucionalidade do artigo do 28 da lei 11.343/2006, pois infringe o princípio da intimidade e vida privada ao proibir a posse de drogas para uso pessoal do agente. No Recurso Extraordinário em análise, esse é o conteúdo alegado pela defesa, na seguinte lavra:

À conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tipo pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada 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 (Brasil, 2024).

O princípio da lesividade, citado pela Defensoria Pública no Recurso Extraordinário, é um dos princípios norteadores do Direito Penal, que para ser considerado uma infração penal o fato ocorrido deve causar uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado. Desta forma, há uma limitação quanto aos interesses que podem ser tutelados pelo Direito Penal (Capez, 2024).

Desta forma, a posse de droga para consumo pessoal atinge apenas o indivíduo usuário de drogas, pois a decisão de usar ou não substâncias ilícitas faz parte de sua autonomia privada. Ademais, conforme o princípio da alteridade criado por Claus Roxin e introduzido no Direito Penal brasileiro não considera-se infração penal quando o agente causa lesão ou perigo a si próprio. Desta forma, o uso de droga ocasiona um prejuízo intrapessoal ao usuário, não interferindo na saúde de outrem. (Filho, 2023).

Por outro lado, temos o posicionamento contra a descriminalização, onde considera-se que o artigo 28 da lei 11.343/2006 é constitucional, pois a intenção do legislador ao estabelecer que tais atitudes como “adquirir, guardar, tiver em depósito,

transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, sem autorização” (Brasil, 2006) foram pautadas em proteger a saúde pública e segurança, sendo que tais direitos sociais é cláusula pétrea previsto na Constituição Federal artigo 6º caput.

Apesar de fazer parte da autonomia individual do indivíduo em decidir usar substâncias entorpecentes, o uso dessas substâncias acarreta problemas sociais que extrapolam a autonomia privada que pode lesar a terceiros. Ademais, o Promotor de Justiça Mário Luiz esclarece que:

A principal preocupação da lei não parece ser com os males que o usuário ou dependente causa a si próprio quando se envolve com uma substância psicoativa. Isso foi deixado para o campo da autonomia e responsabilidade individual. Ao contrário, a lei busca a prevenção do uso indevido, a atenção com o usuário ou dependente, mas porque o consumo de drogas interfere nas relações do indivíduo com o meio social, tanto assim que outro dos objetivos declarados da lei é justamente a reinserção social do dependente. (Brasil, 2023)

Desse modo, percebemos que apesar do legislador reconhecer o direito à vida privada do indivíduo, houve uma ponderação em relação ao direito à saúde pública, pois o consumo dessas substâncias pode incitar a violência, que pode corroborar em decorrência de outros tipos de crimes.

Nesse sentido o Ministro André Mendonça que votou contra a descriminalização da cannabis, diz que “a legalização não conseguiu superar os problemas, como aumento da taxas de consumo, crescente mercado ilícito e a expansão do crime organizado, nas jurisdições que legalizaram o cannabis permanecem mais altos que jurisdições que não o fizeram, com consequências notáveis à saúde e a sociedade. Esse é o primeiro passo ao precipício” (Brasil, 2024).

Em suma, no que diz respeito aos direitos fundamentais, que são inerentes a todas as pessoas humanas, e aos direitos sociais, que visam garantir uma vida digna, podemos observar que a realização de um direito está diretamente relacionada à realização de outro direito. Sendo que, apesar de não haver hierarquia entre direitos, nenhum direito é absoluto e pode ser objeto de ponderação (Alexy, 2022), de forma que conforme o caso concreto um direito pode ser relativizado sobre a preponderância de outro.

3.1 Do parâmetro proposto pelos votos do Recurso Extraordinário.

Uma das propostas em pauta no Recurso Extraordinário n. 63.659, é a parametrização da posse de drogas, de forma que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) discutem qual a quantidade seria razoável para um indivíduo consumidor de drogas, ser enquadrado apenas como usuário, afastando a conduta de tráfico de drogas que continuará sendo crime nos termos do artigo 33 da lei 11.343/2006.

Apesar das divergências dos votos e especulações se a descriminalização e quantificação vai ser referente a todas as drogas enquadradas na lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da Portaria no 344 de 1998, como substâncias entorpecentes ilícitas como o crack, cocaína, ecstasy dentre outras, ou apenas em relação à *cannabis*. Os ministros pretendem especificar a quantidade em um primeiro momento apenas em relação à *cannabis*, pois é o objeto do caso concreto originário do recurso.

Ao deixar a cargo da autoridade policial, Ministério Público e magistrados a livre interpretação sobre o artigo 28 parágrafo 2º da lei 11.343/2006, abre uma lacuna para arbitragens, onde o preconceito incrimina os menos favorecidos socialmente. De forma que, uma certa quantidade de droga encontrada em uma área valorizada considerada de “alto padrão” passa a ser considerada tráfico de droga em áreas em que a população residente tem condições socioeconômicas mais vulneráveis. A grande questão é que os mais afetados são as populações marginalizadas, que passam a ter de suportar o controle ferrenho do Estado policial e de suas normas penais (Caetano, 2016)

Tendo em vista a complexidade, não há pacificação sobre qual quantidade seria adequada para diferenciar usuários de traficantes. Um estudo realizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre drogas (SENAD) em 2015, levantou que dentre 47 países sendo 29 europeus e 16 americanos, que 52% dos países tem critérios objetivos para distinguir uso do tráfico, em contrapartida 38% não tem critério objetivo e apenas 10% mantêm critérios objetivos apenas para maconha (*cannabis*) (Brasil, 2015).

Fica evidente que a variedade de critérios adotados pelos países mostra os desafios do combate aos narcotraficantes diferenciando-os de usuários de drogas, de forma que não se tem parâmetros nem em órgãos mundiais como a Comissão de

Narcóticos das Nações Unidas instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) para tratar sobre políticas ao combate às drogas.

Desta forma, tem se a necessidade de criar parâmetros legais a fim de diminuir essa discricionariedade do artigo 28 parágrafo 2º da lei 11.343/2006. Ademais, o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto esclarece que.

não há um critério quantitativo “mágico”, que permite a total distinção entre usuários e traficantes, inclusive estudos apontam que se a quantidade fixada for extremamente baixa, poderá acarretar uma maior criminalização do usuário e, ao contrário, se a quantidade fixada for muito alta, facilitará o trabalho do tráfico de entorpecentes, com a impunidade dos traficantes que trabalham na ponta, ou seja, que fornecessem a droga aos usuários (Brasil, 2023).

Portanto, tais critérios objetivos não devem ser usados de forma isolada, devendo ser observados também as circunstâncias em que foi encontrada a droga, se naquele momento estavam presentes objetivos que configuram o tráfico de drogas como balança, embalagens para armazenamento das substâncias entorpecentes dentre outras. A fim de verificar se aquela apreensão seria apenas para consumo ou seriam traficantes portando pequenas quantidades a fim de não serem indiciados por tráfico de drogas.

4. A PROPOSTA DA PEC 45/2023

Tendo em vista a problemática do tema, tramita no Senado Federal idealizada pelo senador Rodrigo Pacheco uma Proposta de emenda à Constituição (PEC) nº 45/2023 que atualmente aprovada nos dois turnos, tem como proposta criminalizar a posse de drogas independentemente da quantidade, conforme ementa a seguir.

Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigor acrescido do seguinte inciso LXXX:

Art. 5º LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre traficante e usuário por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência. (Pacheco, 2023)

Tal proposta é fundamentada pelo Senador Rodrigo Pacheco, que o combate às drogas é dever do Estado, sendo que tanto a posse de drogas quanto o tráfico infringe diretamente o direito fundamental à saúde e segurança. Tendo como base estes princípios, o legislador originário instituiu a Lei 11.343/2006 criminalizando tanto a posse de droga artigo 28, quanto o tráfico de drogas artigo 33 da mesma lei.

O motivo desta criminalização segundo Pacheco é que não há tráfico de drogas se não houver consumidor para adquirir, desta forma o traficante arrecada renda a fim de ampliar a rede de tráfico e utiliza essa renda para cometer outros crimes. Esclarece ainda que, o Recurso Extraordinário nº 63.659 do Supremo Tribunal Federal desafia a finalidade visada pelo legislador originário quando instituiu a lei 11.343/2006.

Torna-se ainda mais evidente a complexidade do tema, tendo em vista o confronto desses dois poderes, de um lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgando a (in) constitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/2006 (e se deve ser descriminalizado), de forma que tenta ainda trazer um parâmetro para diferenciar usuários de drogas dos traficantes. E do outro lado, temos o Senado Federal, que vem com a proposta de uma emenda à constituição de forma a criminalizar tanto a posse de drogas quanto o tráfico independentemente da quantidade apreendida.

Salienta-se ainda que, o Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alta instância do ordenamento brasileiro, de forma que foi atribuído a sua competência a guarda da Constituição Federal sendo competente para realizar o controle concentrado de constitucionalidade, permitindo que analise a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, portanto o Supremo Tribunal Federal (STF) é legítimo ao discutir a (in) constitucionalidade do art 28 da lei 11.343/2006.

Ademais o Congresso Nacional composto pelo Senado Federal e Câmara dos deputados tem como função típica legislar, sendo responsável por elaborar e aprovar leis, desta forma o Senado federal tem competência para deliberar sobre a criminalização como vem propondo. Em suma, caso a Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023 seja aprovada antes ou após a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 63.659, ela prevalecerá sobre o recurso, pois, segundo o Supremo, não há normas inconstitucionais no texto da própria Constituição de 1988.

4.1 A política de redução de danos como medida alternativa à atual política proibicionista

A guerra contra as drogas sempre foi um tema que gera preocupação, devido a tamanha complexidade, na qual coloca em risco não só a saúde do indivíduo que utiliza essas substâncias, como também da sociedade que de alguma forma suporta o ônus da violência, como por exemplo de usuários de drogas que cometem furtos a fim de alimentar seus vícios, ou pela violência do tráfico de drogas.

Além disso, os narcotraficantes têm cada vez mais expandindo e obtendo tecnologias para burlar a fiscalização, tendo um exponencial crescimento a cada ano, estima-se que em 2023 a Polícia Federal (PF) apreendeu dinheiro e bens proveniente do tráfico de drogas cerca de R\$ 2 bilhões de reais, um aumento de 226% comparado a 2022 na qual foi apreendido R\$ 635,8 milhões (Maia, 2023).

O estado na qual desempenha esforços utilizando-se do modelo de política proibicionista para tentar frear o avanço do tráfico de drogas não vem obtendo sucesso, visto que, levando em consideração os dados exposto acima, o Brasil é está em 3º lugar com a maior população carcerária do mundo, de acordo com a Secretaria Nacional de Políticas Penais (Correa, 2023).

Tais dados ficam ainda mais alarmantes quando olhamos para o aumento exorbitante da população carcerária feminina que de acordo com Luiz Veras (2023) um dos motivos desse aumento seria o tráfico de drogas que muitas das vezes mulheres são colocadas na linha direta pelo tráfico, sendo usadas como mulas para transportar drogas.

A problemática se estende ainda mais quando pensamos que muitas das vezes pela omissão legislativa em distinguir usuários dos traficantes, pessoas que lutam para sair dos vícios são tratadas pela lei como traficantes, reforçando assim a seletividade penal e dificultando a ressocialização na sociedade. Nesse sentido, o devido processo é meio adequado para considerar as nuances do caso concreto e, definitivamente, tratar de forma diversa as pessoas, nos limites da lei.

Não por menos, Guilherme Nucci (2023) pondera:

O método atual de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados. Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a

pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade.

Desta forma, percebemos que o tratamento atual que o estado tem dado principalmente a usuários de drogas, tem trazido resultados contrários aos objetivos do legislador, como descrito no art. 1º da lei 11.343/2006 “prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários [...]”, pois tal política resultou no aumento do encarceramento e na baixa redução de consumo. Salienta-se ainda que, o objetivo da política de redução de danos não é afastar o estado, conforme elucida Maurício Fiore, pois qualquer modelo precisa considerar o papel do Estado na definição de regras claras, no limite democrático, para evitar dissonâncias.

A política de redução de danos surge como uma alternativa à abordagem proibicionista, de forma que não visa apenas criminalizar dependentes químicos, mas leva em consideração a questões socioeconômicas, étnicas e até condições da saúde mental do usuário de drogas, de forma que acredita-se que as condições que esse indivíduo viveu possa de alguma forma ter influenciado a fazer uso de substâncias entorpecentes. Sendo assim, tem como objetivo afastar o dano causado pelo uso de drogas e não apenas a prevenção (Fiore, 2012).

Desta forma a política de redução de danos visa a promoção a saúde e segurança dos usuários, de forma que busca auxiliar os usuários de drogas oferecendo tratamento para overdose e psiquiátrico, ao contrário do abordado na política proibicionista que vê como único meio de tratamento a abstinência, pois busca minimizar os riscos causados pelo consumo, sem necessariamente ter de se abster do seu uso (Vasconcelos, 2023)

Ademais, além dos benefícios e tratamento humano que a redução de danos pode proporcionar aos usuários de drogas, observa-se uma redução na taxa de encarceramento, o que acarretará em uma diminuição nos custos estatais, permitindo que os recursos sejam direcionados para áreas como a saúde pública, por exemplo (Fiore, 2012).

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou sobre os parâmetros para diferenciar usuário de

traficantes a partir do julgamento do Recurso Extraordinário de n. 63.659. O estudo se mostrou relevante em razão da lacuna prevista no artigo 28 da lei 11.343/2006 não quantificar a quantidade de droga apreendida que seria considerada como posse de droga para consumo pessoal.

Ao longo da pesquisa, pode-se elencar as seguintes limitações: a escassez de material atualizado que discutisse de forma aprofundada. Apesar disso, foi possível alcançar os seguintes objetivos almejados. No que diz respeito ao problema de analisar se seria suficiente o STF quantificar as posse de droga para consumo pessoal a fim de separar da conduta do tráfico, é possível concluir que o estabelecimento de um parâmetro quantitativo objetivo, baseado na quantidade apreendida, é medida importante por possuir efeitos *erga omnes*, mas não é suficiente a partir das minúcias do caso concreto.

Deve-se ainda analisar conjuntamente as circunstâncias das quais foi apreendida a droga, se continha por exemplo embalagens, balança, dentre outro instrumentos característicos de tráfico. Pois caso contrário os traficantes poderiam usar-se da quantidade específica de forma a transportar as substâncias dentro da faixa considerada como posse de droga como tentativa de burlar a lei, com a finalidade de escapar da condenação por tráfico, visto a legislação ser mais rígida em relação ao artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Referente a hipótese levantada se a falta de parâmetro legal em diferenciar usuários de drogas dos traficantes contribui para aplicação desigual da lei, foi confirmada. Pois pela falta de parâmetro legal, faz com que pessoas menos favorecidas socialmente recebam aplicação desigual da lei, fazendo que um usuário de drogas seja tratado como traficante.

Ademais entendemos ser constitucional o artigo 28 da lei 11.343/2006, que apesar de ser escolha pessoal do indivíduo em fazer uso de substâncias ilícitas, atitude individual de certa forma por impactar o outro. Sendo assim, houve uma ponderação em relação ao direito à saúde pública e segurança sobre o direito à vida privada. Como proposta para efetivar a solução do problema, que seja adotada como forma de auxiliar os usuários de drogas, tratando de forma mais humanizada a política de redução de danos como forma de reduzir as consequências do uso decorrente de substâncias ilícitas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Salvador: Editora Juspodivm, 2022;

BRASIL. **Plano Nacional sobre Drogas**. Brasília/DF, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/planad_set_2022.pdf. Acesso: 11 mai. 2024.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso: 26 maio 2024.

BRASIL. Senad fala sobre legislação de drogas nas Américas e Europa. Ministério da Justiça e Segurança Pública. In: **Agência Justiça e Segurança Pública**, 2015. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa>>. Acesso em: 31 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário .63.659**. Em julgamento. Relator : Ministro Gilmar Mendes, 2015 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso: 10 mai. 2024.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. In: **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 55, n. 4, p. 314–317, 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC/?lang=pt>>. Acesso em: 04 abril 2024.

CAETANO., Vitoria. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre a discricionariedade e ideologia da diferenciação. In: **Revista Brasileira de Direito**, setembro 2016. Disponível em: <seer.atitus.edu.br>. Aceso: 4 jan. 2024.

CRUZ, JORGE HENRIQUE TATIM , AZEVEDO, GUILHERME (Org.). A politica proibicionista e o mercado ilícito de drogas. In: **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, junho 2015.

CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil** – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2013

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120. v.1. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

CORRÊA, Fábio. Raio X carcerário: superlotação, prisão ilegal e morosidade. In: **Deutsche Welle**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/raio-x-carcer%C3%A1rio-superlota%C3%A7%C3%A3o-pris%C3%A3o-ilegal-e-morosidade/a-66422478>>. Acesso em: 31 May 2024.

FILHO, Edson Almeida and SCHIBELBEIN, Rafael. Almeida e Schibelbein: Da inconstitucionalidade da Lei de Drogas. In: **Portal Consultor Jurídico**, 21 jul. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jul-21/almeida-schibelbein-inconstitucionalidade-lei-drogas/>>. Acesso em: 31 maio 2024.

IORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 92, p. 9–21, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/yQFZQG48VQvdYW8hQVMybCd/?lang=pt>>. Acesso em: 04 abril 2024.

FLAVIO, Renato. **Lei de Drogas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

GALVAO, Julia. Pesquisa mostra que o Brasil tem terceira maior população carcerária feminina do mundo. In: **Jornal da USP**. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/radio-usp/pesquisa-mostra-que-o-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-feminina-do-mundo/>>. Acesso em: 31 May 2024.

KARAM, Maria Lúcia. Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano. In: Conselho Federal de Psicologia. **Drogas, Direitos Humanos e Laço Social**. Brasília: CFP, 2013, p. 33-51. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laco-Social.pdf>. Acesso: 15 maio 2024.

MAIA, Elijonas. PF apreendeu R\$ 1,8 bilhão em bens e valores do tráfico em 2023. In: CNN Brasil, 20 nov. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pf-apreendeu-r-18-bilhao-em-bens-e-valores-do-trafico-em-2023/>. Acesso: 10 maio 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. São Paulo: Grupo GEN, 2023

Redução de danos no uso de drogas: “Objetivo é a autonomia do cidadão e o engajamento dele no tratamento”, explica psiquiatra - Secretaria da Saúde do Ceará. Secretaria da Saúde do Ceará. Disponível em: <<https://www.saude.ce.gov.br/2023/02/27/reducao-de-danos-no-uso-de-drogas-objetivo-e-a-autonomia-do-cidadao-e-o-engajamento-dele-no-tratamento-explica-psiquiatra/>>. Acesso em: 1 Jun. 2024.

UOL. STF retoma julgamento que pode descriminalizar o porte de maconha para uso pessoal. Disponível em: <https://www.youtube.com/live/YcHcZzFWjkk?si=KXjTkwKhN_dWewq->. Acesso em: 25 maio 2024