

## Três gramas de maconha na marmita do detento, e daí? Contribuições para análise da decisão do STF sobre o artigo 28 da Lei de Drogas<sup>1</sup>

Tatiana Calandrino Maranhão

### Resumo

Em decisão definida pela maioria dos ministros que compunham o plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, publicada em junho de 2024, o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que estabelece o crime de posse de drogas para uso pessoal, foi declarado como inconstitucional. O referido artigo trata do crime caracterizado pelas condutas de “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem a devida autorização” (BRASIL, lei nº 11.343, 2006). A aplicação do artigo em casos concretos demanda alto grau de discricionariedade, considerando a ausência de parâmetros legais para a diferenciação entre uso e tráfico. Desta forma, além de declarar a inconstitucionalidade, os ministros definiram uma quantidade para caracterização e diferenciação do uso/tráfico de drogas. O presente trabalho pretende contribuir para a análise dos sentidos e das consequências jurídicas e sociais da decisão do STF, que pode ser considerada histórica por tratar de uma temática debatida calorosamente há décadas, porém, não modifica totalmente a aplicação desigual da lei, observada em números oficiais e diversas pesquisas acadêmicas. O título do artigo busca reforçar que toda a discussão sobre a constitucionalidade do referido artigo não paira no ar, como muitas vezes parece ser tratada pela teoria do Direito, mas gera efeitos concretos. O conflito ultrapassa a esfera judicial, envolvendo atores públicos e privados com distintos interesses no tratamento da questão.

**Palavras-chave:** maconha, antropologia do Direito, mercados, arbitrariedade, controle de constitucionalidade.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado no GT 02 " Os efeitos da Inquisitorialidade no Campo do Direito e da Segurança Pública" do I Seminário Internacional Encarceramento e assimetrias federativas em perspectiva comparada no Brasil e no exterior/ IX Encontro de pesquisas em administração de conflitos do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD/UVA), como parte das atividades do projeto CAPES IMPACTOS DA PANDEMIA - Assimetrias Federativas em Tempos de COVID-19: Diagnósticos e Impactos da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça nos Estados do Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

## Abstract

In a decision determined by the majority of the justices of the Supreme Federal Court (STF), published in June 2024, Article 28 of Law 11.343/2006, which establishes the crime of drug possession for personal use, was declared unconstitutional. The referred article addresses the crime characterized by the actions of “acquiring, storing, keeping in deposit, transporting, or carrying drugs without proper authorization for personal use” (BRAZIL, Law No. 11.343, 2006). The application of this article in specific cases requires a high degree of discretion, given the absence of legal parameters to differentiate between use and trafficking. Thus, in addition to declaring its unconstitutionality, the justices established a quantity threshold to distinguish between personal use and drug trafficking. This paper aims to contribute to the analysis of the meanings and the legal and social consequences of the STF’s decision, which can be considered historic, as it addresses a topic that has been intensely debated for decades. However, it does not entirely change the unequal enforcement of the law, as observed in official data and various academic studies. The article’s title seeks to emphasize that the entire discussion on the constitutionality of the referred article is not merely theoretical, as it often seems in legal doctrine, but rather has concrete effects. However, the conflict extends beyond the judicial sphere, involving public and private actors with distinct interests in addressing the issue.

**Keywords:** Marijuana, Legal Anthropology, Markets, Arbitrariness, Constitutional Review.

## 1. Introdução

O consumo de drogas é uma prática social que foi tipificada como crime pelo Estado brasileiro. No entanto, a conduta de consumir recebeu tratamento diferenciado da venda e distribuição ilegal de substâncias entorpecentes, estas caracterizadas como tráfico pela legislação penal, e considerado ato mais gravoso. Sob tal diferenciação, a lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, retirou a pena de prisão para o crime de posse para consumo pessoal, modificando o sistema anteriormente implementado pela lei nº 6368/1976. Na época, a proposta que obteve ampla aceitação no processo legislativo,

que atualizou a política nacional sobre drogas, visava justamente aumentar o rigor da lei para o crime de tráfico e diminuir ou atenuar as penas para o consumidor.

Contudo, a classificação como usuário ou traficante seguiu tão problemática quanto antes - ou até mais. Já que o artigo 33 da nova lei, que trata sobre o tráfico, utiliza os mesmos verbos ou ações que o artigo 28, que trata do consumo: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo” (BRASIL, lei nº 11.343, 2006). Assim, o enquadramento da conduta passou a depender da análise feita pelos agentes públicos, em cada caso, sobre os fins a que se destinava a substância: se para uso pessoal ou se para fornecer a terceiros. No texto da lei de 2006, justamente no parágrafo 2º do famigerado artigo 28, está previsto que:

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. (BRASIL, lei nº 11.343, 2006)

A discricionariedade na aplicação da lei, muitas vezes, se apresenta como arbitrariedade, embasada por preconceitos de raça e classe social. Cabe à autoridade policial - porta de entrada do sistema processual - o “desenrolo”, ou a negociação da classificação, de acordo com diversos critérios além da avaliação da situação flagrada (GRILLO et al., 2011). Considerando que o inquérito policial comumente é parte do processo penal, podemos notar a manutenção de, no mínimo, resquícios de inquisitorialidade na seara processual. (KANT DE LIMA, 2013).

Cabe considerar que, apesar da lei regulamentar os crimes referentes às drogas, não se encontra no texto legal quais substâncias são consideradas drogas ilícitas, cabendo à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) listar quais são os entorpecentes ou substâncias psicoativas consideradas ilegais, tais como a Cannabis Sativa, conhecida popularmente no Brasil como maconha, cujo uso gerou a discussão sobre a qual proponho tratar. Em muitos países, o uso da maconha foi descriminalizado, enquanto no Brasil, como vemos, a discussão ainda enfrenta muita resistência de setores mais conservadores, contrários à descriminalização.

Desde 2013, algumas substâncias encontradas na planta, como o Canabidiol ou CBD, tiveram seu uso permitido pela ANVISA para fins medicinais. A possível associação da planta com seus fins medicinais já conhecidos pelo mercado ou mesmo pelos efeitos mais amenos em comparação a outras “drogas”, o uso da maconha foi tratado de forma diferenciada pelo Judiciário brasileiro.

De acordo com o novo entendimento firmado em 2024, a previsão do artigo 28 da lei de drogas contraria princípios assegurados pela Constituição de 1988, como a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada”. Por isso, não deve mais ser aplicado pelo Poder Judiciário em processos penais que envolvam o consumo de maconha. Segundo o relator do Caso Ministro Gilmar Mendes, em voto apresentado em 2015, “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 635659/SP, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>)

Um dos pontos considerados mais relevantes da recente decisão do STF foi a definição de um parâmetro mais objetivo para a classificação do usuário, de “até 40 gramas de *cannabis sativa* ou 6 plantas-fêmeas”. A definição da quantidade levou em consideração dados e informações levantados ao longo da discussão do recurso, que levou quase 10 anos para ser julgado, incluindo a participação de inúmeras entidades que atuam na temática com experiência no plantio e na luta pela legalização da maconha.

Desta forma, pretendo compreender os sentidos de liberdade apropriados pelos diferentes atores envolvidos na discussão levada ao STF a partir de um caso bastante específico, - mas nada incomum - no qual foi apreendida uma quantidade ínfima de maconha na cela dividida por vários detentos, sendo que um deles se declarou proprietário da substância.

Os resultados foram obtidos a partir de uma pesquisa empírica, que incluiu leitura do processo judicial, vídeos do julgamento disponíveis na internet, reportagens publicadas em jornais de grande circulação e instrumentos normativos, além de estudos acadêmicos sobre o tema. O título do artigo busca reforçar que toda a discussão sobre constitucionalidade não paira no ar, como muitas vezes parece ser tratada pela teoria do Direito. Há uma lógica jurídica que organiza as disputas na esfera pública, mas não se

pode perder de vista as consequências concretas das políticas, como as que envolvem a “guerra às drogas” geram na vida dos cidadãos. Em uma sociedade que apresenta traços de uma organização hierárquica como o Brasil, há níveis de cidadania que correspondem a acessos diferenciados a direitos, assim, a liberdade e seus instrumentos de garantia como o *habeas corpus* não funcionam igual para todos. Neste sentido, o presente artigo contribui para a identificação e análise dos efeitos da inquisitorialidade (KANT DE LIMA, 2013) no Campo do Direito e da Segurança Pública.

## 2. O caso que gerou a discussão

Em julho de 2009, em uma vistoria em uma cela do presídio de Diadema, com mais de 30 homens, um policial encontrou uma trouxinha com 3g de maconha. Francisco Benedito de Souza, cearense, se declarou o dono da substância e foi condenado a dois meses de serviços comunitários, com base no artigo 28, além dos outros em que já havia sido enquadrado (assalto à mão armado, receptação e contrabando).

A Defensoria Pública, após ter o último recurso indeferido, entrou com Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que o artigo aplicado feria princípios constitucionais assegurados ao cidadão, que se encontrava sob custódia do Estado. O recurso de Francisco foi autuado em 22 de fevereiro de 2011, sendo sorteado como relator o Ministro Gilmar Mendes. Em novembro do mesmo ano, foi declarada a repercussão geral do tema. A partir de então, diversas entidades ingressaram no processo, apresentando argumentos contrários e favoráveis ao recurso levado a um julgamento que durou mais de 13 anos para chegar a uma sentença, com alcance aplicável a todos os demais cidadãos.

Em entrevista<sup>2</sup> publicada no jornal O Globo em 2015, há a informação de que Francisco Benedito só soube naquele ano (5 anos depois de sua condenação pela posse dos 3g de maconha) que seu caso tinha gerado um debate tão amplo, que mobilizou quase toda a sociedade. Na mesma reportagem, há o relato atribuído a Francisco de que a substância ilícita encontrada na cela era utilizada comumente pelos presos, mas que, naquele dia, coube a ele confessar que era para seu uso pessoal. Há um relato ainda de

<sup>2</sup> <https://oglobo.globo.com/brasil/assumi-para-evitar-confusao-diz-reu-no-caso-do-stf-que-pode-desriminalizar-porte-de-drogas-1-17192416>

que o preso que confessou ter praticado o crime de uso de drogas recebeu um castigo e ficou sem visita ou banho de sol por 30 dias, mas ele não poderia imaginar outros desdobramentos de sua confissão.

## 2.1 A Lide ou o Processo de julgamento

Em abril de 2011, o relator do Recurso Extraordinário enviou o processo para parecer da Procuradoria Geral da República. No mês seguinte, o Ministério Público Federal apresentou uma manifestação assinada pelo subprocurador Geral da Justiça, entendendo que o recurso era tempestivo, ou seja, dentro do prazo previsto no Código de Processo Penal, porém, deveria ser desprovido, apresentando como um dos argumentos:

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 entorpecente não afeta apenas o usuário em particular; mas também a sociedade como um todo. (PGR. Manifestação processual. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 635659/SP, 2011)

A manifestação inclui citação do jurista Vicente Greco Filho no livro “Tóxicos – Prevenção”, publicado em 1982:

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, como forma de obter dinheiro para a droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. (Greco Filho, 1982, apud PGR. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 635659/SP, disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> )

Apesar de citar publicação de cunho teórico anterior à lei debatida e não trazer dados oficiais atualizados, a manifestação contribuiu para delimitar a importância do assunto como de interesse mais amplo, abarcando toda a sociedade. Em novembro de 2011, foi declarada pelo relator a repercussão geral da questão debatida, prevista como requisito para admissão do recurso.

No mês seguinte, diversas entidades pediram o ingresso como “*amicus curiae*<sup>3</sup>”, entre elas: Viva Rio, em conjunto com a Comissão Brasileira Sobre Drogas e Democracia (CBDD); a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP); o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD); e a Conectas Direitos Humanos (OSCIP), juntamente com o Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) e Pastoral Carcerária; Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ADGLT).

Neste contexto, os tribunais superiores brasileiros ainda iniciavam a prática de ouvir entidades em julgamentos considerados de “repercussão geral” ou que exigissem conhecimentos especializados. Cabe ainda pontuar que, na época, o acesso aos autos era mais restrito, já que os processos eram físicos e, mesmo que a consulta fosse pública, para obter uma cópia de processo em julgamento pelo STF seria necessário ir até Brasília.

Posteriormente, em petição conjunta protocolada no dia 12/08/2015 às 22h, poucas horas antes da primeira audiência marcada, entraram em bloco: Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDF), a Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), a Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e a Federação de Amor-Exigente (FEAE). O pedido em bloco teve como justificativa a necessidade de “reequilíbrio do jogo informacional”. Segundo o advogado que representava todas as entidades: “considerando que dez dos onze *amici curiae* admitidos irão sustentar a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, os

---

<sup>3</sup> Expressão latina que pode ser traduzida literalmente por "amigo da Corte". É adotada no Direito brasileiro para se referir a intervenção de alguém (em geral, uma pessoa jurídica que representa um coletivo) que não é parte no processo, mas oferece informações relevantes para o julgamento do caso. A intervenção de "amicus curiae" tem sido incentivada para garantir maior participação da sociedade, especialmente em ações de grande repercussão, como no caso analisado neste artigo.

requerentes visam a defender a constitucionalidade da norma impugnada, reequilibrando o jogo informacional”.

Entre as primeiras entidades que se juntaram ao processo, a ADEPOL era a única manifestamente contrária ao pedido de declaração da inconstitucionalidade. Segundo a manifestação da entidade:

[...] sob o ponto de vista da segurança pública, é de sabença comum que descriminalizar o uso das drogas é fazer o consumo crescer. E mais usuários significarão mais traficantes de drogas e de armas pesadas. Mais traficantes, mais violências, no cotidiano, com verdadeira "guerrilha urbana" nas grandes cidades" [...] O uso eventual e o vício das drogas têm torça suficiente para desestabilizar o sistema vigente. (ADEPOL. Manifestação processual In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 635659/SP, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>)

Entre as outras associações, havia muitos argumentos para reforçar o pedido de Francisco, tanto em relação aos danos causados aos usuários, (que incluem preconceito, principalmente em relação às pessoas negras e LGBTs e até perda da liberdade pela classificação como traficante) como em relação aos danos à sociedade causados pela chamada “guerra às drogas”. Um dos documentos juntados ao processo foi o Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos, publicado em 2011, pelo Conselho Federal de Psicologia como resultado de inspeções em unidades de acolhimento de usuários de álcool e outras drogas promovidas após inúmeras denúncias feitas ao Observatório de Saúde Mental e Direitos Humanos da autarquia. Foram visitadas 68 instituições de internação de dependentes químicos em 24 estados e no Distrito Federal e constatadas as mais variadas violações de direitos.

Um ano após a entrada do recurso, o processo já possuía 3 volumes e mais de 500 páginas. Em agosto de 2015, já com 10 volumes e 4 apensos, houve a primeira audiência, na qual foi lido o relatório e ouvidas as sustentações orais dos *amicus curiae*.

No final do dia anterior à audiência, as entidades que entraram em bloco para defender a constitucionalidade do artigo 28 protocolaram petição pedindo a retratação da decisão que reconheceu a repercussão geral da questão debatida, utilizando como

argumento a matéria publicada no jornal O Globo em que Francisco explica que se declarou dono da substância “para evitar confusão”.

Assim, a (re)delimitação da discussão para o caso específico foi a estratégia adotada pelo bloco conservador a fim de evitar o avanço da discussão sobre a constitucionalidade do artigo. Na manifestação, houve ainda o questionamento em relação à situação de detento do Recorrente:

pode um preso invocar o direito constitucional à intimidade e vida privada para justificar o porte de drogas, para uso pessoal, dentro de uma unidade prisional? A resposta é não(!), dada a legitimidade de restrições a direitos fundamentais nas relações de sujeição pessoal, como é o caso dos presos, condição vivida pelo Recorrente em 21.7.2009” [...]

“Como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco, há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais.(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 635659/SP, vol. 10, I p. 2179, 2015.)

As questões levantadas foram afastadas pelo Relator, que manteve sua decisão e prosseguiu com o processo, proferindo voto favorável à declaração de inconstitucionalidade. Após o início do julgamento, os pedidos de ingresso para sustentação oral foram negados, sendo possível apenas a apresentação de memoriais, ou seja, manifestações por escrito.

## 2.2 Os votos dos Ministros

Após o voto do relator, houve pedido de vistas do Ministro Edson Fachin, que, em seu voto, delimitou a discussão para a maconha, considerando que o caso tratava desta substância. A proposta foi adotada pelo relator e demais ministros, considerando que as informações trazidas aos autos se referiam à maconha, havendo carência de maiores estudos sobre outras substâncias.

Ainda em 2015, o Ministro Luiz Roberto Barroso votou a favor da desriminalização do uso da maconha, propondo parâmetros adotados em Portugal: 25g e 6 plantas fêmeas. A definição de critérios objetivos foi considerada importante para reduzir o tratamento desigual, já reconhecido em pesquisas acadêmicas e números oficiais

citados. O ministro esclareceu a diferença entre “desriminalizar”, que segundo ele, significa deixar de tratar como crime; “despenalizar”, que seria não punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas, que, segundo explicou, seria o sistema em vigor atualmente e, por fim, “legalizar” significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa. Em seu voto, defendeu desriminalizar, mas não legalizar, o que posteriormente afirmou que não seria uma “posição conservadora”, mas “uma posição de quem quer produzir um avanço consistente”, afirmou à BBC<sup>4</sup>.

Em 2016, o ministro Teori Zavascki pediu vistas do processo e seria o quarto a proferir voto, todavia, o mesmo morreu em um acidente aéreo em janeiro de 2017, o que levou ao adiamento do julgamento por quase sete anos.

Só em 2023, o julgamento foi retomado, com o voto do ministro Alexandre de Moraes, que foi transmitido ao vivo pela TV Justiça e distribuído pelo próprio por escrito. O ministro enfatizou a necessidade de considerar casos empíricos, incluindo as experiências em outros países, tal como fez o ministro Barroso, mas que o julgamento da questão exigia manter foco na realidade brasileira. Em sua fundamentação, foram utilizados muitos números, em parceria com a “Associação Brasileira de Jurimetria”. Como exemplo, considerou que, entre 2006 e 2013, triplicou o número de presos por tráfico, especialmente mulheres, sem que houvesse qualquer evidência de que o volume de tráfico tenha realmente triplicado. Desta forma, questionou o tratamento do uso de drogas, considerando a classificação do crime de tráfico como um dos pontos mais relevantes para o sistema prisional, já que em torno de 25% dos presos no Brasil foram acusados pelo crime de tráfico. Alegou ainda que “hoje não temos uma aplicação igualitária da lei”, explicitando diferenças de tratamento em relação à classe, cor da pele e grau de instrução identificada em diversas pesquisas que apontam para o que chamou de “abuso policial seletivo”. Desta forma, defendeu a adoção pelo Tribunal de quantidade que não fosse nem muito pequena, pois poderia gerar uma espécie de inversão do ônus da prova, em que o usuário precisaria provar que não é traficante e nem muito grande, para evitar impunidade. Neste sentido, questionou aos presentes: “Vale a pena absolver

<sup>4</sup> [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_ms](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms)

pequenos traficantes para não prejudicar o usuário? Quantos? Tem que se estabelecer uma curva". Por fim, sugeriu o parâmetro de 60g, ao invés de 25g, proposto pelo ministro Barroso.

O ministro Cristiano Zanin, recém empossado no STF por indicação do presidente Lula, foi o primeiro a votar contra a declaração de inconstitucionalidade. Tal fato foi noticiado pela imprensa<sup>5</sup> como contribuindo para um descompasso na base governista, tendo em vista que sua nomeação foi realizada dentro do campo político, considerado mais liberal em relação à política de drogas. Por outro lado, o mesmo concordou com os parâmetros propostos de 25g e 6 plantas fêmeas como critério para diferenciação entre uso e tráfico.

Na mesma sessão, a ministra Rosa Weber decidiu antecipar seu voto antes de se aposentar, votando pela inconstitucionalidade do artigo e concordando com a quantidade de 60g proposta por Moraes. Como parte de sua fundamentação, citou as péssimas condições das unidades prisionais brasileiras, que verificou pessoalmente através de inspeções realizadas quando era presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Os dois ministros nomeados durante o governo Bolsonaro votaram contra o provimento do recurso extraordinário, defendendo a constitucionalidade do artigo em questão. O ministro André Mendonça, afirmando os malefícios da maconha em voto com pouco embasamento, propôs a quantidade de 10g para caracterizar tráfico. No mesmo sentido, Kassio Nunes Marques justificou a manutenção da criminalização como forma de restringir o acesso e o uso de drogas, especialmente por crianças e adolescentes e reforçou a tese de que caberia ao Legislativo tratar do assunto.

Ministro Dias Toffoli propôs o que seria uma "terceira via", votando pelo desprovimento do recurso, mas considerando que a legislação atual já teria despenalizado o consumo pessoal de drogas, cabendo interpretar a "vontade do legislador" no sentido de descriminalizar a prática. Em seu voto considerou as políticas adotadas em países, como Portugal, que tiveram êxito em retirar o assunto da Justiça Penal e tratar como Política de saúde. Porém, sugeriu estipular um prazo de 180 dias para que o Poder Legislativo e Executivo criassem uma política pública de drogas interinstitucional e

<sup>5</sup> <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/voto-de-zanin-sobre-maconha-eleva-pressao-sobre-lula-para-proxima-vaga-no-stf/>

multidisciplinar, com a definição de critérios objetivos para caracterização do tráfico. Citando trabalho acadêmico publicado no consultor jurídico, considerou os gastos públicos com o sistema prisional, agravado pela política de drogas:

A política de repressão às drogas no Brasil revelou-se ineficaz e dispendiosa. Segundo dados da Senappen, em 2023, o custo do sistema prisional para abrigar mais de 700 mil presidiários alcançou R\$ 2,1 bilhões, sendo que 31% dos presos estavam encarcerados por crimes ligados ao tráfico de drogas. O custo médio mensal do preso equivale a R\$ 3.000,83. Isso representa cinco vezes o valor gasto pelo Brasil em 2023 com a educação básica por aluno, no qual foi investido apenas R\$ 683,33 ao mês por aluno. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 635659/SP, 2024)

Por fim, os ministros Luiz Fux e Cármem Lúcia também votaram favoravelmente ao recurso extraordinário, chegando a um placar final de oito votos favoráveis e três contra o provimento do Recurso. Assim, a maioria decidiu pela constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, que doravante deverá ser aplicado sem efeitos penais para os casos de porte de maconha para uso pessoal. Para tanto, os ministros chegaram a um acordo sobre parâmetros objetivos, estipulando em 40g ou 6 plantas fêmeas. A decisão do recurso extraordinário nº 635.659 foi publicada em 02/08/2024 como tema 506 de repercussão geral, ou seja, de observância obrigatória por todos os órgãos do Poder Judiciário. Segundo o Conselho Nacional de Justiça<sup>6</sup>, haverá mutirões para revisão de prisões por tráfico que se encaixem nos parâmetros estabelecidos.

### **3. Algumas questões para uma reflexão sobre o caso**

O processo de julgamento alavancado pelo recurso de Francisco Benedito abordou o direito fundamental à liberdade, garantido a todos os cidadãos pela Constituição de 1988, entre outras temáticas. Todavia, tal como questionado pelas entidades que defenderam a constitucionalidade do artigo 28, precisamos considerar que há liberdades diferenciadas, como a de um preso. Se apenas a liberdade de um detento estivesse em questão, obviamente, o julgamento não teria tamanha repercussão.

---

<sup>6</sup> <https://www.cnj.jus.br/cnj-fara-levantamento-para-cumprir-decisao-do-stf-sobre-descriminalizacao-da-maconha-para-uso-pessoal/>

Uma questão a se pontuar como um marco deste julgamento foi o amplo reconhecimento do tratamento desigual na aplicação da lei, evidenciado em números, como nos votos dos ministros Barroso e Alexandre de Moraes, que citaram pesquisas e trabalhos acadêmicos como parte da fundamentação jurídica de sua decisão.

Como se sabe, o Brasil apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, com grande parte dos presos (cerca de 1/3) respondendo por crimes previstos na lei de drogas. Como forma de evitar o cerceamento da liberdade, o número de *habeas corpus* relativos aos crimes previstos na lei de drogas vem crescendo exponencialmente. Em 2018, foram concedidos 642, dos quais 317 (49,4%) eram sobre uso e/ou tráfico. No ano seguinte, o número de medidas concedidas e a proporção aumentaram: das 923 ordens deferidas, 492 (53,4%), referiam-se a processos envolvendo drogas (FERREIRA, 2020).

A busca por medidas individuais gerou, inclusive, um nicho de mercado para advogados contratados para obter a medida de forma preventiva, ou seja, antes que haja prisão em flagrante, o que tem sido utilizado como estratégia de “legalizar” o plantio, especialmente em casos de pacientes que têm prescrição de tratamento com substâncias legalizadas da Cannabis Sativa, como o Canabidiol. (POLICARPO, VERÍSSIMO & FIGUEIREDO, 2017). Segundo a publicação “Anuário da Cannabis Medicinal no Brasil 2023”, produzido pela Kaya Mind, cerca de 3 mil pacientes já tinham autorização para plantar Cannabis com fins medicinais, o que demonstra que o mercado da Cannabis vem crescendo de forma exponencial.

A condenação moral do uso de drogas, especialmente por parte de movimentos ligados a instituições religiosas aparece como empecilho ao avanço da legalização e/ou da descriminalização, mas a patologização do usuário, por sua vez, movimenta outros mercados, como as comunidades terapêuticas.

Os usuários de drogas possuem acesso diferenciado a estratégias e recursos, como o *habeas corpus* preventivo. Francisco, que se declarou proprietário da maconha apreendida na cela e que gerou toda a discussão no STF, foi absolvido pelo crime de uso de drogas, mas seguiu cumprindo pena por roubo (e depois explicou que foi obrigado a se declarar o dono da droga por ser sua vez em um rodízio de confissões estabelecido no

presídio<sup>7</sup>). Outros milhares de presos seguem cumprindo pena por quantidades ínfimas de maconha e/ou outras substâncias ilícitas. Assim, importa compreender melhor o que permanece apesar das mudanças.

### 3.1 Além da esfera judicial

Como visto, há diferentes interesses e mercados em jogo, sendo certo que o julgamento no STF foi palco de uma disputa mais ampla, que envolve também a discussão sobre os poderes do Estado.

A clássica divisão tripartite do Estado tem sido questionada nas diferentes democracias modernas (GARAPON, 1996). Se, por um lado, o Poder Judiciário assumiu a responsabilidade de garantir os direitos das minorias, mesmo em situações de omissão legislativa, na ideia de uma função “contramajoritária”, há uma hiper judicialização de questões éticas, com consequências políticas por vezes inesperadas (MARMELSTEIN, 2016)

Em paralelo ao processo de julgamento no STF, quando o julgamento estava em 4x0 em prol da constitucionalidade do artigo 28, foi apresentada uma Proposta de Emenda Constitucional – PEC 45/2023, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), que inclui a criminalização da posse e do porte de drogas, em qualquer quantidade, no artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre direitos e garantias individuais:

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. (BRASIL, PEC 45/2023)

---

<sup>7</sup> <https://oglobo.globo.com/blogs/blog-do-acervo/post/2024/06/o-presidiario-que-deu-origem-a-decisao-de-desriminalizar-maconha-no-brasil.ghml>

A PEC foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) em abril de 2024 e pelo plenário do Senado, com apenas 9 votos contrários e seguiu para a Câmara dos Deputados. O relator da PEC, senador Efraim Moraes (União-PB), disse em entrevista concedida logo após a votação no plenário do Senado que “o Brasil não está preparado para a desriminalização do porte ou posse de drogas, nem mesmo da maconha”. No entanto, em consulta pública aberta na página do Senado<sup>8</sup>, a maioria foi contrária à proposta da PEC, sendo 21.463 votos favoráveis, contra 23.021 contrários.

Na justificação da PEC, há menção expressa ao julgamento do Recurso interposto por Francisco, entendido como causador de uma possível interpretação equivocada das normas asseguradas na Constituição de 1988 que, segundo Pacheco, criminalizou o tráfico de entorpecentes em nome da saúde, que é direito de todos e dever do Estado. Nesse sentido, a lei de 2006 seria totalmente constitucional ao criminalizar o tráfico e também o uso, já que, para ele:

“O motivo desta dupla criminalização é que não há tráfico de drogas se não há interessado em adquiri-las. Com efeito, o traficante de drogas aufera renda – e a utiliza para adquirir armamento e ampliar seu poder dentro de seu território – somente por meio da comercialização do produto, ou seja, por meio da venda a um usuário final.” (BRASIL, PEC 45/2023)

Assim, segundo o autor da PEC, “esta Proposta de Emenda à Constituição visa conferir maior robustez à vontade do constituinte originário”. Em suma, há uma disputa em torno da legitimidade para interpretar a Constituição. Em relação ao entendimento jurídico acerca da separação de poderes, citou como parte de sua argumentação trecho de decisão de relatoria do Ministro Luiz Fux em Ação declaratória de Inconstitucionalidade - ADI 5105/DF, julgado em 1/10/2015, acerca de “superação legislativa da interpretação conferida pelo STF”. Neste caso, houve aprovação da legislação, após o julgamento do plenário que declarou a inconstitucionalidade da previsão legal que impedia acesso ao Fundo Partidário e tempo de propaganda eleitoral (direito de antena) aos novos partidos políticos, criados após a eleição, com o mesmo teor. No meio jurídico, esse retorno de

---

<sup>8</sup> <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>

uma legislação contestada pela Jurisprudência tem sido chamada também de “*leis in your face*”; “ativismo congressual” ou efeito “*backlash*”.

As mobilizações sociais que visam reverter decisões judiciais sobre questões de ampla repercussão social e que geram insatisfação de determinados grupos sociais podem ser consideradas, segundo Marmelstein (2016), como “contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial.” Segundo o autor, alguns casos de ampla repercussão geraram notórios esforços no sentido de “retroceder” avanços em liberdade, como o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas pelo STF, que gerou a apresentação e o fortalecimento de manifestações favoráveis ao Estatuto da Família, projeto de lei que pretendia restringir o reconhecimento e proteção estatal às uniões heteroafetivas.

Outro exemplo que ficou conhecido no Brasil pela rápida efetividade do “contra-ataque” foi a regulamentação da prática desportiva conhecida como “Vaquejada”. Em julgamento do STF, finalizado em outubro de 2016, a prática foi considerada ilegal, por causar maus-tratos aos animais. Todavia, um mês depois, foi aprovada a lei federal nº Lei Federal nº 13.364/2016, que reconheceu a prática como “bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro” e através da emenda constitucional - EC 96/2017 foi acrescentado o §7º ao art. 225 da Constituição Federal, que estabelece que não se consideram cruéis as práticas desportivas que usem animais, desde que sejam reconhecidas como manifestações culturais. Em uma síntese, segundo Marmelstein (2016):

“O que se nota, nesses casos, é que a postura liberal do STF tem contribuído, curiosamente, para a ascensão do conservadorismo. Mas isso não é necessariamente paradoxal. Em verdade, a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado.” (Marmelstein, 2016)

Desta forma, podemos questionar se o uso da via judicial seria uma forma realmente eficaz de realizar uma discussão mais ampliada acerca da garantia de direitos fundamentais, tendo em vista o grande risco de retrocesso através de práticas como o “ativismo congressual”.

#### 4. Considerações Finais

A decisão paradigmática, por si só, não muda totalmente o tratamento da questão, já que as mesmas sanções que estavam previstas na lei de drogas, como advertência e medidas educativas, poderão ser aplicadas na esfera administrativa. Como a Cannabis continua sendo uma substância considerada ilícita, o usuário poderá ser submetido a tais sanções, além da apreensão da substância ou das plantas. Considerando que a decisão ainda não foi plenamente regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Juizados Especiais Criminais continuam tendo competência para a aplicação destas sanções, mas sem efeitos penais.

Reforçando a ideia de permanência, os ministros decidiram pela declaração da inconstitucionalidade “sem redução de texto”, ou seja, sem retirar o artigo do texto legal ou alterar sua previsão como parte do ordenamento jurídico. Além disso, a decisão do STF deixa claro que os parâmetros definidos não devem ser considerados de forma absoluta ou exclusiva.

Tais parâmetros foram considerados “presunção relativa”, sendo certo que as autoridades policiais poderão realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem “intuito de mercânciam”, tais como:

A forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 635659/SP)

Desta forma, a classificação da conduta como criminosa continua dependendo de uma avaliação subjetiva, cabendo questionar ainda os efeitos da permissão de uso de uma substância que não tem sua produção nem circulação legalizada e/ou regulamentada no país. O cultivo, apesar de descriminalizado até 6 plantas fêmeas, ainda é ilegal e restrito a poucos, já que exige espaço físico, conhecimento e investimento financeiro, assim como

a importação das substâncias legalizadas, como o CBD. Neste sentido, cabe questionar se a discussão sobre o uso pode ser feita independentemente do comércio.

No espaço público brasileiro, a ilicitude da substância é um fator importante para que usuários de drogas sejam socialmente mais tolerados que outros, haja vista a ampla aceitação do consumo de bebidas alcoólicas. Gradativamente, com a legalização de componentes da maconha, como o CBD, nota-se um aumento da tolerância em relação aos usuários e cultivadores da Cannabis para fins medicinais. Porém, o uso considerado não-medicinal ou “recreativo” ainda é considerado “desviante” e, até mesmo, perigoso, especialmente se o usuário for negro e/ou marginalizado.

A história de vida de Francisco Benedito é muito comum, sendo mais um brasileiro que cresceu em condições de privação material; criado pela mãe, com cinco irmãos, todos sem reconhecimento e/ou cuidado paterno; que saiu do Nordeste nos anos 1980 em busca de condições melhores de vida na cidade de São Paulo. Sem ter oportunidade de estudo (O Globo, 2015), acabou se envolvendo em comércio ilegal de mercadorias de valores relativamente baixos (no caso, automóveis roubados), sendo preso e condenado pelos agentes do Estado.

Mas, não é a liberdade dos “Franciscos” que está em discussão no julgamento do STF e/ou na aprovação da PEC, se trata de uma disputa de mercados e também de concepções sobre as relações entre sociedade e o Estado, que, por sua vez, orientam a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Na ementa do julgamento, está expressa como parte da fundamentação jurídica a preocupação dos ministros em afastar o “risco de estigmatização do usuário”, mas a manutenção da ilicitude e da possibilidade de aplicação de penalidades como medidas educativas e obrigação de frequentar programas/cursos/tratamentos permanecem produzindo tais efeitos. A discricionariedade - e por muitas vezes arbitrariedade - na aplicação do artigo 28, que passou a ser considerado inconstitucional nos casos de porte de maconha nas quantidades definidas, ultrapassa a esfera judicial, envolvendo diferentes interesses no tratamento da questão.

## Referências

BRASIL. Senado. **Projeto de Emenda Constitucional nº 45 de 2023.** Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9459629&disposition=inline>. Acesso em: 10/01/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RE nº 635659/SP,** disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 13/10/2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343/2006.** 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?hidemenu=true](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm?hidemenu=true) Acesso em: 16/11/2024.

FIGUEIREDO, Emilio; POLICARPO, Frederico & VERÍSSIMO, Marcos. **A “fumaça do bom direito”:** demandas pelo acesso legal à maconha na cidade do Rio de Janeiro. In: Revista Platô, 2017.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas:** Justiça e Democracia. São Paulo: Instituto Piaget, 1996.

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico & VERÍSSIMO, Marcos. (2011). **A “dura” e o “desenrolo”:** efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. Revista de Sociologia e Política, 19(40), 135-148. <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782011000300010>

KANT DE LIMA, Roberto. **Sensibilidades jurídicas, moralidades e processo penal:** Tradições judiciárias e democracia no Brasil contemporâneo. Revista de Estudos Criminais, Vol. 11, nº 48, pp. 7-33.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **A Efetivação da (in) segurança pública:** o combate às drogas engendrado no Brasil. Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial.** Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em: [https://cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional\\_1.pdf](https://cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf). Acesso em: 20/12/2024.

SOUZA, Rafael Ferreira. **A política de drogas no Brasil e o Habeas Corpus no Supremo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/pensando-habeas-politica-drogas-brasil-habeas-corpus-supremo/> Acesso: 21/08/2024

VELHO, Gilberto. **Desvio e divergência:** Uma crítica da patologia social. 8º Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.