

RENATO BRASILEIRO DE LIMA

MANUAL DE

LEGISLAÇÃO CRIMINAL
ESPECIAL *volume*
único

14^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2026

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TRÁFICO DE DROGAS

LEI 11.343/2006

1. SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD)

A Lei nº 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD –, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Entre os arts. 3º e 17, a Lei de Drogas trata não apenas das finalidades do SISNAD, como também de seus princípios e objetivos, de sua composição e organização, regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006, e da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

De acordo com o Decreto nº 5.912/2006 (art. 2º), integram o SISNAD: a) o Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; b) a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; c) o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como de repressão ao tráfico de drogas no âmbito do Poder Executivo federal e dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; d) as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

O art. 1º da Lei nº 11.343/06 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o

problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública – e não “de polícia” –, a Lei nº 11.343/06 inovou em relação à legislação pretérita, abolindo a possibilidade de aplicação de tal espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Noutro giro, entre os arts. 20 a 26, a Lei de Drogas também busca implementar ações destinadas à redução dos riscos e dos danos à saúde através da controversa política da *redução de danos* (v.g., distribuição de seringas aos usuários de drogas). Em outra vertente, a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas é objeto de um Título autônomo (Título IV), no qual a Lei de Drogas não apenas tipifica os crimes relativos ao tráfico, como também estabelece um procedimento especial e dispõe sobre a apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado.

2. DEFINIÇÃO DE DROGAS

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*, a Lei nº 11.343/06 optou por fazer uso da expressão *drogas*, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definida pela própria Lei em seu art. 1º, parágrafo único, como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se *drogas* as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998.¹

1. Para mais detalhes acerca da Portaria SVS/MS 344/1998, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 66 da Lei de Drogas.

Como a compreensão do conceito de *drogas* e, consequentemente, do próprio preceito primário dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, demanda uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco.

2.1. Norma penal em branco (primariamente remetida)

Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc., para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal.²

É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de drogas. O termo *drogas* constante dos diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há um verdadeiro *branco* que precisa ser complementado por norma específica. Ou seja, somente após a leitura da Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é que poderemos saber se esta ou aquela substância é considerada *droga* para fins de aplicação dos tipos penais constantes da Lei nº 11.343/06. Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria SVS/MS 344/98, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei nº 11.343/06.

As normas penais em branco subdividem-se em dois grupos:

a) **normas penais em branco homogêneas (em sentido amplo ou homólogos)**: seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 237 do Código Penal (“Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta”), já que as causas de impedimento de casamento previstas no art. 1521, incisos I a VII, do Código Civil, provêm da mesma fonte de produção responsável pela elaboração do Código Penal, ou seja,

pelo Congresso Nacional. Essas normas penais em branco homogêneas, por sua vez, subdividem-se em: a.1) **homovitelí-na**: são aquelas cuja norma complementar é do mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal (ex: o preceito primário do crime de uso de documento falso previsto no art. 304 do CP é complementado pelos arts. 297 a 302, que se referem aos papéis falsificados ou alterados que podem ser objeto de uso); e a.2) **heterovitelí-na**: têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito (v.g., o art. 178 do CP, que trata do crime de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*, é complementado pelas normas comerciais que disciplinam esse título de crédito);

b) **normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogos)**: seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. É o que ocorre com os crimes de drogas, vez que o complemento necessário é produzido por uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde (ANVISA), logo, ligada ao Poder Executivo (v.g., art. 33 da Lei nº 11.343/06 e Portaria nº 344 da ANVISA). A propósito, o art. 14 do Decreto nº 5.912/2006, que regulamenta a Lei de Drogas, dispõe expressamente: “Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD: I – do Ministério da Saúde: a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência”.

Na medida em que o complemento das normas penais em branco heterogêneas é fornecido por fonte estranha ao Congresso Nacional, discute-se na doutrina até que ponto essa *administrativização da lei penal* seria (ou não) compatível com o princípio da legalidade.

De um lado, parte minoritária da doutrina entende que haveria violação ao princípio da legalidade, porquanto essa transferência da regulamentação de tipos penais incriminadores a funcionários e órgãos do poder executivo caracterizaria violação ao art. 22, inciso I, que permite apenas à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Direito Penal. De mais a mais, também haveria violação à garantia da *lex populi*, consectário lógico do princípio democrático, do valor dos direitos fundamentais e do sentido liberal e garantista do Estado de Direito, por força do qual o monopólio normativo, no âmbito das escolhas criminalizantes ou penalizantes (ou seja:

2. Nessa linha: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Niterói/RJ, Impetus, 2012. p. 20. Ainda segundo o autor, as normas penais em branco não se confundem com as normas penais incompletas ou imperfeitas (secundariamente remetidas), que são aquelas cujo preceito secundário demanda complementação, ou seja, para que se possa saber a sanção imposta, a lei nos remete a outro texto legal (v.g., art. 304 do CP).

do Direito Penal incriminador), recai apenas sobre o Poder Legislativo, porque lei ('penal') é o que o povo manda e constitui (*lex est quod populus jubet atque constituit*).³

Prevalece, todavia, o entendimento de que a utilização de normas penais em branco heterogêneas não caracteriza violação ao princípio da legalidade, desde que o *núcleo essencial da conduta* seja descrito no tipo penal incriminador que demanda complementação, tal qual ocorre em relação aos crimes de drogas.

Outra polêmica decorrente da classificação dos crimes de drogas como espécies de normas penais em branco heterogêneas diz respeito à possível alteração do complemento da norma e retroatividade em favor do acusado, tal como pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de exclusão de determinada droga da lista de substâncias entorpecentes fornecida pela ANVISA. Nesse caso, parece haver consenso na doutrina quanto à possibilidade de retroatividade da norma complementar mais benéfica, já que se trata de verdadeira *abolitio criminis*, nos termos do art. 2º do Código Penal.

3. RESSALVAS À PROIBIÇÃO DAS DROGAS

O art. 2º da Lei nº 11.343/06 estabelece uma proibição em todo o território nacional do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, estabelecendo, todavia, duas ressalvas: **a)** plantas de uso estritamente ritualístico-religioso; **b)** quando houver autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos.⁴

Quanto ao cultivo de plantas para uso em rituais mágicos ou religiosos, o art. 2º, *caput*, da Lei de Drogas, faz menção expressa à Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. O art. 32.4 da Convenção de Viena dispõe sobre as reservas que os países podem fazer em relação ao conteúdo da Convenção, e sobre as substâncias utilizadas em rituais religiosos, regulamentando que: "O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições

relativas ao comércio internacional" (Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977).

Importante notar que o art. 2º, *caput*, não autoriza, *de per si*, o cultivo de plantas de uso ritualístico-religioso. Para tanto, também se faz necessária a concessão de autorização legal ou regulamentar. É o que ocorre, por exemplo, com o chá *Ayahuasca*, produto da decocção do cipó *Banisteriopsis caapi* e da folha *Psychotria viridis*, utilizado pelo movimento religioso conhecido como *Santo Daime*. A respeito dessa bebida, um relatório apresentado por Grupo Multidisciplinar de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas concluiu que "o uso ritualístico religioso da *Ayahuasca*, há muito reconhecido como prática legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2º, *caput*, Lei 11.343/06 e art. 215, *caput* e § 1º c/c art. 216, *caput* e §§ 1º e 4º da Constituição Federal" (Resolução nº 1/2010 do CONAD).

4. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Sem dúvida alguma, uma das principais novidades introduzidas pela Lei nº 11.343/06 diz respeito à mudança da política criminal em relação ao usuário de drogas. Se, à época da vigência do art. 16 da Lei nº 6.368/76, o usuário de drogas estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, com o advento da Lei nº 11.343/06, o preceito secundário do art. 28 passou a cominar as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência

3. Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2, p. 36-37.

4. Para mais detalhes acerca dessa licença prévia para a produção de drogas para fins medicinais ou científicos, vide adiante comentários ao art. 31.

química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos.

A propósito, eis o teor da justificativa final do Senado ao Projeto de Lei nº 115, convertido na Lei nº 11.343/06, veiculado pelo parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do Senado: “O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer”.

5. NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

A partir do momento em que a nova Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Basicamente, há 3 (três) posições distintas:

a) **descriminalização formal e transformação em infração *sui generis***: considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. É nesse sentido o entendimento de Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como “crime”, passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo;⁵

b) **descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador**: sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, há quem entenda que o art. 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final;⁶

c) **despenalização e manutenção do status de crime**: despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 – pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão *entre outras* constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz

5. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111. Segundo o autor, descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato

e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente.

6. BIANCHINI, Alice. *Lei de Drogas comentada*. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30).⁷

Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime doloso da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado, é de se concluir que o flagrante de porte de drogas para consumo pessoal cometido no interior de estabelecimento prisional caracteriza falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal.⁸ Nesse caso, é imprescindível a confecção do laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior do presídio.⁹

Quanto à possibilidade de anterior condenação irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal ser utilizada para fins de reconhecimento da *reincidência*, autorizando, assim, a aplicação da agravante genérica do art. 61, I, do CP, e o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, à falta de preenchimento do requisito legal relativo à primariedade, há 2 correntes:

a) 1ª corrente: não há ilegalidade na utilização de anterior sentença condenatória irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal

7. Para o Supremo, teria havido mera “despenalização”, entendida como a exclusão, para o tipo do art. 28 da Lei de Drogas, das penas privativas de liberdade, sendo inviável cogitar-se de *abolitio criminis*: STF, 1ª Turma, RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJe 004 26/04/2007. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, também pesou o fato de que, fosse considerado o art. 28 mera infração *sui generis*, a conduta praticada pelo menor de 18 (dezoito) anos não poderia ser considerada um ato infracional, já que o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) considera ‘ato infracional’ apenas a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Logo, o menor poderia cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que fosse possível a imposição de qualquer medida socioeducativa.

8. No sentido de que, por se tratar de crime doloso, o porte de drogas para consumo pessoal caracteriza falta grave: STJ, 6ª Turma, HC 201.083/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 09/08/2011, DJe 24/08/2011; STJ, 5ª Turma, HC 167.848/RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 06/09/2011, DJe 10/10/2011. E ainda: STJ, 6ª Turma, HC 462.612/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/09/2018, DJe 03/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 452.232/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2018, DJe 17/09/2018; STJ, 6ª Turma, HC 166.458/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07/02/2012, DJe 29/02/2012.

9. A propósito: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 448.115/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/04/2019, DJe 07/05/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 407.301/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05/06/2018, DJe 12/06/2018; STJ, 6ª Turma, HC 406.154/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/11/2017, DJe 04/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 394.873/MG, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 21/09/2017, DJe 04/10/2017; STJ, 6ª Turma, HC 394.872/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

para aplicação da agravante genérica da reincidência, nos termos dos arts. 63 e 64 do Código Penal;¹⁰

b) 2ª corrente (nossa posição): é desproporcional o reconhecimento da reincidência que tenha por fundamento a existência de condenação com trânsito em julgado por crime anterior de posse de droga para uso próprio. Como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência, pois o art. 63 do CP é expresso ao se referir à prática de novo crime. Assim, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que, conquanto seja crime, é punida apenas com *advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*, mormente se se considerarmos que, em casos tais, não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. Há precedentes do STF e do STJ nesse sentido.¹¹

5.1. (In) constitucionalidade da criminalização do porte de maconha para consumo pessoal

Apesar da despenalização produzida pela Lei nº 11.343/06 em relação ao porte de drogas para

10. STJ, 5ª Turma, HC 113.645/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/10/2010, DJe 22/11/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 275.126/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/9/2014; STJ, 6ª Turma, HC 292.292/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05/06/2014, DJe 25/06/2014; STJ, 5ª Turma, HC 297.854/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 14/10/2014, DJe 20/10/2014.

11. STF, 2ª Turma, RHC 178.512 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22.3.2022; STJ, 6ª Turma, REsp 1.672.654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/08/2018, DJe 30/08/2018; STJ, 5ª Turma, HC 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/10/2018, DJe 15/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.778.346/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/04/2019, DJe 03/05/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 475.304/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/03/2019, DJe 29/03/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.776.781/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 26/02/2019, DJe 13/03/2019; STJ, 5ª Turma, HC 478.757/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/02/2019, DJe 11/02/2019.

consumo pessoal, afastando-se a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, a legislação brasileira ainda incrimina a conduta do indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para muitos, essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal, notadamente em se tratando da maconha (*cannabis sativa*) seria incompatível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, Maria Lúcia Karam sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e às suas opções pessoais. Logo, como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete concretamente direitos de terceiros.¹²

Em sentido semelhante, Luiz Flávio Gomes advoga que, à luz do princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real (não se admite a punição por crimes de perigo abstrato), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável. Logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais (v.g., tentativa de suicídio, autolesão, etc.). Por isso, como o porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal de tal conduta.¹³

A despeito desse entendimento, sempre prevaleceu a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, aí incluída a maconha, não seria incompatível com a Constituição Federal. Por mais que o agente traga a droga

consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutro giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do Direito Penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vem surtindo os efeitos desejados, infelizmente. Prova disso, na lição de Mendonça e Carvalho, é a situação das “Cracolândias” espalhadas por todo o território nacional, onde grupos de cidadãos transformam-se em flagelados por conta da dependência química gerada pelo uso descontrolado de drogas, passando a praticar uma infinidade de crimes de modo a sustentar o vício. Para os autores, “embora se saiba que, para essas hipóteses, é mais útil a intervenção estatal a partir de políticas públicas voltadas ao tratamento e principalmente à reinserção social dos dependentes, visando trazê-los de volta ao seio social, não se pode privar o Estado de todos os meios preventivos e repressivos dessa verdadeira catástrofe social, dentre os quais a perspectiva de punição penal ao usuário”.¹⁴

Eis que, enfim, no julgamento do **RE 635.659/SP**,¹⁵ o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que não configura infração penal a prática das condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo – para consumo pessoal – a substância *cannabis sativa* (maconha). Na visão da Corte, a criminalização das aludidas condutas, relacionadas ao porte de maconha para o uso próprio (Lei nº 11.343/2006, art. 28), afronta o postulado da proporcionalidade, pois (i) versa sobre lesividade que se restringe à esfera pessoal dos usuários; e (ii) produz crescente estigmatização, ofuscando os principais objetivos

12. KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 167, p. 7, out., 2006.

13. *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 122. De acordo com o autor, outros países latino-americanos já deixaram de punir o usuário de drogas, seja pelo reconhecimento judicial da inconstitucionalidade (v.g., Argentina e Colômbia), seja pela opção legislativa em descriminalizar o ato (v.g., México).

14. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 62.

15. STF, Pleno, **RE 635.659/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.06.2024.

do Sistema Nacional de Políticas de Drogas, quais sejam, a política de redução de danos e a prevenção do uso abusivo de drogas. Nesse contexto, o foco da política de drogas deve ser o campo da saúde pública, até porque considerar essas condutas infração penal resulta em clara incongruência no sistema. A ausência da natureza penal não impede, entretanto, o reconhecimento da ilicitude extrapenal das condutas especificadas, razão pela qual é cabível a apreensão da maconha e a aplicação das sanções administrativas de advertência sobre os efeitos da droga e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (Lei nº 11.343/2006, art. 28, I e III). Ademais, a incidência de quaisquer das sanções anteriormente referidas deve ocorrer sem a atribuição de efeitos criminais como, por exemplo, a reincidência. Até que sobrevenha legislação a respeito, presume-se usuário, como regra geral, quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas fêmeas. O Supremo considerou necessária a definição de uma quantidade como parâmetro orientador para diferenciar o usuário do traficante de maconha, com o objetivo de afastar interpretações desiguais, discriminação irrazoável de grupos sociais vulneráveis, discricionariedades de policiais, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, caracterizadoras de injustiças, bem assim de proteger os direitos fundamentais de pessoas que são encarceradas, sobretudo, pela má distinção entre tráfico e uso. O parâmetro estipulado é provisório, até a superveniência da regulamentação própria, e não é absoluto. Para o afastamento da presunção relativa de que se cuida de conduta relacionada ao consumo da pessoa ou voltada à traficância, é preciso cumprir o estabelecido na tese fixada neste julgamento. Enquanto não houver regulamentação quanto à competência para julgar as condutas em debate, o respectivo procedimento, segundo a sistemática atual, tramitará nos juizados especiais criminais, vedada a atribuição de efeitos criminais ou de qualquer natureza penal, e devidamente atendidos os demais critérios estipulados por esta Corte. Ressalte-se que a decisão colegiada se restringe à *cannabis sativa*, substância objeto de análise no caso concreto, e não abarca as demais drogas, haja vista as particularidades de cada espécie de substância entorpecente. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para (i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei n. 11.343/06, de modo a afastar todo e qualquer efeito de natureza

penal, ficando mantidas as medidas ali previstas, no que couber, até o advento de legislação específica; e (ii) absolver o acusado por atipicidade da conduta.

Restaram fixadas, assim, as seguintes **Teses de Repercussão Geral (tema n. 506)**: **1.** Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); **2.** As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei nº 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; **3.** Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei nº 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; **4.** Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;¹⁶ **5.** A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, 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; **6.** Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; **7.** Na hipótese de prisão por

16. Reconhecendo a atipicidade da conduta de possuir 23 gramas de maconha para consumo pessoal, devendo o ilícito administrativo ser apurado no Juizado Especial Criminal, conforme decidido pelo STF no RE 635.659/SP: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 2.121.548/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.08.2024, DJe 15.08.2024.

quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.”¹⁷

Por fim, o Tribunal deliberou pela adoção das seguintes providências: (i) determinar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e Conselho Nacional do Ministério Público, a adoção de medidas para permitir (a) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em procedimento de natureza não penal; (b) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas (CAPS AD); (ii) fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas; (iii) conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (a) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; (b) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; e (c) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei; e (iv) para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários

– caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei n. 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das defensorias públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados neste julgamento.

6. BEM JURÍDICO TUTELADO

Trata-se de crime contra a saúde pública. Em termos genéricos, o bem jurídico “saúde pública” tem base constitucional expressa prevista no art. 196 e seguintes da Carta Magna, em que se reconhece a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Cuida-se de crime de perigo abstrato, e não de dano. Crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio. De seu turno, crimes de perigo são aqueles em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano. Há duas espécies de crimes de perigo:

a) **crimes de perigo abstrato**: nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que

17. **Paradigma**: STF, Pleno, RE 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.06.2024.

o tipo penal visa evitar (v.g., porte ilegal de arma de fogo);¹⁸

b) **crimes de perigo concreto**: a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (“Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*”), cujo juízo de tipicidade demanda a comprovação, no caso concreto, que a condução de veículo automotor pelo agente trouxe risco à vida ou à saúde de outrem (v.g., motorista em zigue-zague, na contramão, em alta velocidade, etc.).

Conquanto parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado,¹⁹ tais crimes são amplamente admitidos pela jurisprudência pátria. Para o Supremo, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

A propósito, pronunciando-se em relação ao crime de embriaguez ao volante (Lei nº 9.503/97, art. 306), que passou a ser crime de perigo abstrato, o Supremo concluiu que a objetividade jurídica desse delito transcende a mera proteção

da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. Assim, é de todo irrelevante indagar se o comportamento do agente atinge, ou não, algum bem jurídico tutelado, sendo legítima a opção legislativa por objetivar a proteção da segurança da própria coletividade. Não há necessidade de se comprovar risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.²⁰

6.1. Princípio da insignificância

Hodiernamente, a tipicidade não é mais estudada tão somente sob um ponto de vista formal. Para além da adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal – tipicidade formal –, só se pode admitir a intervenção do Direito Penal quando estritamente necessária à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, e apenas naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade – tipicidade material. Afinal, por sua natureza fragmentária e subsidiária, o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. Daí a importância do princípio da insignificância, que funciona como causa excludente da tipicidade material, quando presentes os seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Se os Tribunais Superiores têm admitido a aplicação do princípio da insignificância a diversos crimes, inclusive contra a administração pública,²¹ ainda paira certa controvérsia acerca da possibilidade de aplicação do referido postulado aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal.

18. Na visão do STJ, o delito do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro é espécie de crime de perigo abstrato. A propósito, eis o teor da súmula n. 575 do STJ: “Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo”.

19. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. Série “As Ciências Criminais no Século XXI”. Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

20. STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 175.385/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011. Em sentido semelhante, reconhecendo a legitimidade da criminalização do crime de perigo abstrato de porte de arma de fogo desmuniçada porquanto, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), a danosidade é intrínseca a tal objeto, daí por que absolutamente necessária a tipificação dessa conduta para a tutela da segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica do indivíduo: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

21. Admitindo a aplicação do princípio da insignificância em relação a crime de peculato praticado por militar, *in casu*, um fôgo avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais: STF, 1ª Turma, HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/08/2006, DJ 23/02/2007.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é firme o entendimento no sentido de que a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de porte de drogas para consumo pessoal, não afasta a tipicidade da conduta. Se se trata de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, dificilmente o agente será surpreendido com grande quantidade de droga. Portanto, ainda que ínfima a quantidade apreendida, não se admite a aplicação do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade material.²²

O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. Além disso, a reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância

entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.²³

Inicialmente, o Supremo também entendia que o princípio da insignificância não podia ser aplicado ao crime comum de porte de drogas para consumo pessoal. A uma porque presente a periculosidade social da ação, uma vez que se trata de crime de perigo presumido. A duas porque a Lei nº 11.343/06 já teria abrandado as penas a serem impostas ao usuário de drogas, impondo medidas de caráter educativo com o objetivo de prevenir o uso indevido de drogas e buscar a reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Logo, ainda que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, há de ser reconhecida a tipicidade material do delito pelo menos para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente.²⁴

Mais recentemente, porém, nota-se uma mudança de orientação da Suprema Corte, pelo menos no âmbito de sua 1ª Turma, que já tem alguns precedentes no sentido da aplicação do princípio

22. STJ, 5ª Turma, HC 158.955/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/05/2011, DJe 30/05/2011. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 158.938/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/02/2011, DJe 21/03/2011.

23. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 35.920/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/5/2014.

24. STF, 1ª Turma, HC 81.734/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26/03/2002, DJ 07/06/2002. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 102.940/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/02/2011, DJe 05/04/2011.

da insignificância em relação ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, desde que ínfima a quantidade de droga apreendida com o usuário – *in casu*, 0,6 g de maconha, quantidade equivalente a um único ou menos de um cigarro da droga.²⁵

7. SUJEITOS DO CRIME

O crime de porte de drogas para consumo pessoal pode ser praticado por qualquer pessoa. Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade, e não em função da proteção à saúde do próprio usuário, porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade.

8. CONDUTAS TÍPICAS

O art. 28 da Lei de Drogas incrimina as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo*. Cuida-se de tipo misto alternativo. Logo, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena. Pouco importa que o autor tenha adquirido determinada substância entorpecente para consumo pessoal, transportado-a para determinado lugar onde foi mantida em depósito para uso posterior. Terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

São 5 (cinco) as condutas típicas do art. 28, a saber:

a) **adquirir**: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu

adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado;

b) **guardar**: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;

c) **trazer consigo**: transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior. Trata-se de crime permanente;

d) **ter em depósito**: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público, pouco importando o local de armazenamento da droga. Cuida-se de crime permanente;

e) **transportar**: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade “trazer consigo”. Portanto, se um indivíduo levar a droga para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo “transportar”, ao passo que, na hipótese de apreensão da droga junto ao próprio corpo, o correto enquadramento típico deve ser feito no “trazer consigo”. Também se trata de crime permanente.

8.1. Atipicidade do uso de drogas

Dentre os cinco verbos nucleares do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não consta a conduta de mero *uso da droga*. Aliás, não por outro motivo, grande parte da doutrina prefere se referir ao art. 28 com o *nomen iuris* de *porte de drogas para consumo pessoal*, e não simplesmente *uso de drogas*.

Pelo menos em regra, se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente, deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do “uso da droga”, que é uma conduta atípica, mas sim porque é muito provável que, antes do uso, já tenha praticado uma das condutas incriminadas pelo art. 28, como por exemplo, o *adquirir* ou *trazer consigo*. Nesse caso, a fim de se comprovar a materialidade delitiva por meio do exame toxicológico, é imprescindível que parte da substância entorpecente seja apreendida.

No entanto, o uso de drogas nem sempre será precedido das condutas de *adquirir* ou *trazer consigo*. Com efeito, é perfeitamente possível que determinado indivíduo, sem ter consciência de que uma pessoa de seu relacionamento havia adquirido determinada substância entorpecente,

25. STF, 1ª Turma, HC 110.475/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012, DJe 54 14/03/2012.

trazendo-a consigo, resolva simplesmente anuir ao uso da droga. Nesse caso, como o uso da droga não consta do art. 28 como uma das condutas típicas, o ideal é concluir pela atipicidade do fato, até mesmo porque o perigo à saúde pública consubstanciado pelo fato de o agente trazer a droga consigo teria desaparecido com o consumo da substância entorpecente. De mais a mais, fosse o *uso da droga* considerado crime, não haveria necessidade de tipificação autônoma da conduta daquele que auxilia, instiga ou determina alguém a usar a droga (art. 33, § 2º), pois a norma de extensão do art. 29 do Código Penal seria suficiente para abranger o concurso de agentes para esse suposto “uso de droga”.²⁶

Na vigência da antiga Lei de Drogas, cujo art. 16 também não incriminava o *uso de drogas*, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “(...) É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de entorpecentes (L. 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, *incontinenti*, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo a doutrina subjacente à lei – como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que “acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas” (Hungria). De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso”.²⁷

9. TIPO SUBJETIVO

O crime é punido exclusivamente a título doloso. O dolo abrange a consciência e a vontade de praticar uma das condutas típicas descritas no art. 28, com a consciência de que se trata de substância

entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A caracterização do crime do art. 28 da Lei de Drogas também depende da presença do elemento subjetivo especial do tipo representado pela expressão “para consumo pessoal”. Logo, é de todo relevante aferir se a droga era destinada ao consumo pessoal do agente ou se, do contrário, sua finalidade era fomentar o uso da substância entorpecente entre terceiros. Portanto, além do dolo, que pressupõe a consciência e vontade de, por exemplo, trazer consigo a droga, o tipo penal sob comento também faz referência a uma intenção especial do agente: “para consumo pessoal”.

Face a necessidade desse especial fim de agir de o agente trazer a droga consigo *para consumo pessoal*, o art. 28 da Lei de Drogas é considerado um tipo incongruente (ou congruente assimétrico). Diferencia-se, pois, dos crimes de tráfico de drogas, que são espécies de tipos congruentes, vez que, nesse caso, há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, isto é, são infrações desprovidas de qualquer outro elemento subjetivo – o chamado dolo específico da doutrina tradicional (ou especial fim de agir).²⁸

10. DISTINÇÃO ENTRE O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO DE DROGAS

Pelo menos no momento inicial da persecução penal, incumbe à autoridade policial e ao próprio Ministério Público fazer um juízo de valor acerca da conduta delituosa praticada pelo agente, sobretudo de modo a diferenciar eventual porte de drogas para consumo pessoal do crime de tráfico de drogas. Tanto é verdade que o próprio art. 52, inciso I, da Lei de Drogas, prevê que, por ocasião da apresentação do relatório do inquérito, deverá a autoridade policial justificar as razões que a levaram à classificação do delito, *indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente*.

26. Nesse contexto: JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei Antitóxicos anotada*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 89. Na mesma linha, segundo Mendonça e Carvalho (op. cit. p. 60), “não poderia ser punido o atleta cujo exame antidoping demonstre o uso de droga, como ocorreu, há alguns anos, com um jogador de vôlei da seleção brasileira”.

27. STF, 1ª Turma, HC 79.189/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2000, DJ 09/03/2001.

28. Como já se pronunciou o STJ, o tráfico de drogas é congruente (ou congruente simétrico), esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo, sendo que, para sua adequação típica, não se faz necessário qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Noutro giro, o crime de porte de drogas para consumo pessoal apresenta a estrutura de congruente assimétrico (ou incongruente), visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo consumo pessoal: STJ, 5ª Turma, REsp 282.728/GO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/11/2002, DJ 16/12/2002 p. 359. E ainda: STJ, 5ª Turma, REsp 846.481/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/03/2007, DJ 30/04/2007 p. 340.

A despeito da importância dessa classificação provisória inicialmente formulada pela autoridade policial para fins de lavratura de auto de prisão em flagrante – no caso do tráfico de drogas –, ou do termo circunstanciado – na hipótese do porte de drogas para consumo pessoal –, é evidente que o magistrado não fica a ela vinculado, podendo corrigir a adequação do juízo de subsunção feita pelo Delegado ou pelo Promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir, por exemplo, quanto ao cabimento da liberdade provisória. Afinal, não faria sentido manter o acusado preso ao longo de toda a instrução processual penal para, ao final, desclassificar a imputação para porte de drogas para consumo pessoal e, somente então, poder colocá-lo em liberdade.

Se a tipificação do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 depende da presença da intenção especial do agente “para consumo pessoal”, mister se faz distinguir o crime de porte de drogas para consumo pessoal do delito de tráfico de drogas. São dois os sistemas legais utilizados pelos diversos ordenamentos jurídicos para distinguir o usuário do traficante:

a) **sistema da quantificação legal:** nesse caso, é fixado um *quantum* diário para o consumo pessoal. Logo, se a quantidade de droga apreendida com o agente não ultrapassar esse limite diário, não há falar em tráfico de drogas, pois estará caracterizado objetivamente o crime de porte de drogas para consumo pessoal;

b) **sistema da quantificação judicial:** ao contrário do sistema anterior, incumbe ao juiz analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e decidir se se trata de porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas.

Apesar das críticas de parte da doutrina, o legislador brasileiro adota o critério da quantificação judicial, recaindo sobre a autoridade judiciária a competência para deliberar se a droga encontrada com o agente era para consumo pessoal ou para o tráfico. De modo a auxiliar o magistrado nessa árdua tarefa, o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, dispõe: “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 a conduta e aos antecedentes do agente”.

Como se percebe, há uma série de critérios que devem ser sopesados para que se possa fazer a distinção entre o usuário e o traficante. Antes de passarmos à análise de cada um deles, convém

destacar que tais critérios devem ser analisados em conjunto, globalmente, jamais de maneira separada. Vejamos, então, cada um dos critérios apontados pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06:

1) **natureza e quantidade da substância apreendida:** é evidente que o critério da natureza e da quantidade da droga apreendida não pode ser utilizado como fator exclusivo para se distinguir o tráfico do porte de drogas para consumo pessoal.²⁹ Afinal, até mesmo para descaracterizar o tráfico de drogas, é muito comum que traficantes tenham à disposição pequena quantidade de drogas. No entanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, na hipótese em que houver a apreensão de 100 (cem) pedras de crack, a conclusão inevitável é a de que se trata de tráfico de drogas. Ora, atento à realidade em que vive e observando aquilo que as regras de experiência demonstram que normalmente acontece, o intérprete deverá concluir que tal quantidade jamais poderia ser consumida por um único indivíduo. Afinal, apesar de o crime do art. 28 da Lei de Drogas não explicitar a quantidade de entorpecente apta à caracterização do delito, a expressão “para consumo pessoal” descrita no tipo penal sugere que a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão. Em outras palavras, para a configuração do crime do art. 28, é de rigor que a quantidade de substância apreendida seja pequena, de modo a permitir o consumo pessoal, pois, do contrário, poderia se estar diante do tráfico de drogas.³⁰ Nesse contexto, assim se pronunciou o STJ: “Estando a materialidade demonstrada com a apreensão da droga e não se negando a autoria do fato, a quantidade do entorpecente, mais de quatro quilos, a que se somam os dados acidentais e os contornos acessórios do fato, podem justificar o Juízo condenatório quando firmada a evidência de não corresponder a ação do agente, por qualquer argumento, ao uso de entorpecente. Assim, penso que o princípio *in dubio pro reo* aplicado pelo Tribunal *a quo* violou aquilo que se conhece por razoável, na medida em que, na espécie, não se cogita do imponderável sobre a existência do fato e da autoria, mas, ao contrário, se denota, de forma efetiva, que a conduta restou voltada para a traficância. Ademais, enquadrando-se a conduta no núcleo “importar”, é de se pressupor que a ação

29. No sentido de que a apreensão de 37 gramas de maconha não é suficiente, de per si, para caracterizar o crime de tráfico de drogas: STJ, 5ª Turma, HC 888.877/MS, Rel. Min. Daniela Teixeira, j. 22.10.2024, DJEN 09.12.2024.

30. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, EREsp 290.445/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27/04/2005, DJ 11/05/2005 p. 162.

delituosa tenha se perfectibilizada com a simples entrada do entorpecente no território nacional;³¹

2) local e condições da ação: em conjunto com os demais critérios apontados pelo art. 28, § 2º, o local e as condições em que se desenvolveu a ação também podem ser utilizados para que se possa distinguir o tráfico do delito de porte de drogas para consumo pessoal. Com efeito, se o agente for surpreendido em determinada localidade conhecida como ponto de distribuição de drogas, trazendo consigo a substância entorpecente acondicionada em pequenas embalagens para venda, sendo com ele apreendido grande numerário em dinheiro, provavelmente recebido dos usuários, demonstrando-se, ademais, uma constante movimentação de pessoas para o consumo e aquisição de drogas, há de se concluir que se trata de tráfico de drogas;

3) circunstâncias sociais e pessoais: embora não seja um critério absoluto, leva-se em consideração a condição econômica do agente, no sentido de que a apreensão de grande quantidade de droga em poder de pessoa pobre seria um indicativo da traficância. A propósito, há alguns anos, um conhecido ator de televisão foi flagrado comprando uma quantidade razoável de drogas. À primeira vista, poder-se-ia pensar em tráfico de drogas, face a quantidade de substância entorpecente apreendida. No entanto, restou comprovado que o agente teria comprado uma quantidade elevada porquanto tinha receio de ser flagrado pela polícia (ou pela mídia) caso tivesse que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas para aquisição da substância destinada ao seu consumo pessoal. Ainda em relação às circunstâncias pessoais, convém destacar que a circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida (v.g., cerca de cinco quilos de cocaína);³²

31. STJ, 6ª Turma, REsp 817.058/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/06/2009, DJe 25/06/2009. Com o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas configura o *animus* de traficar, somente ilidível quando alega a finalidade exclusiva de uso próprio, com robusto material probante favorável ao mesmo: STJ, 5ª Turma, REsp 163.640/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 19/08/1999, DJ 04/10/1999 p. 78. No sentido de que a posse de 21 (vinte e um) invólucros de plástico contendo cocaína caracteriza o crime de tráfico de drogas: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.007.409/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30/10/2008, DJe 01/12/2008. No sentido de que a apreensão de pequena quantidade de droga – 1,5 grama de maconha – inviabiliza a condenação pela prática do crime de tráfico de drogas se não houver outras provas corroborando a traficância: STF, 2ª Turma, HC 123.221/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/10/2014.

32. STF, 2ª Turma, HC 73.197 MC/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02/04/1996, DJ 22/11/1996.

4) conduta e antecedentes do agente: parte da doutrina considera indevida a utilização dos antecedentes do agente como critério para aferição do *consumo pessoal* ou da traficância, sob o argumento de que se trata de verdadeiro Direito Penal do Autor. Nessa linha, Samuel Miranda Arruda³³ sustenta que uma análise objetiva do fato delituoso seria colocada em segundo plano para se dar preponderância à apreciação subjetiva do agente, criando-se verdadeira presunção de culpabilidade em detrimento de agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes, o que, à evidência, viria de encontro ao princípio da presunção de inocência. A nosso ver, se é verdade que os antecedentes do agente, isoladamente considerados, não podem ser utilizados para se aferir se se trata de tráfico ou porte de drogas para consumo pessoal, também não é menos verdade que, em conjunto com os demais critérios apontados pelo art. 28, § 2º (v.g., natureza e quantidade da droga apreendida), não há qualquer óbice à utilização dos antecedentes como mais um critério indicativo de possível traficância. Deveras, se o agente foi flagrado transportando várias pedras de crack em conhecido ponto de venda de drogas, ostentando condenações anteriores pelo crime de tráfico de drogas, parece não haver dúvidas de que seus maus antecedentes podem ser utilizados pelo magistrado como mais um critério indicativo da finalidade de mercancia. Enfim, desde que analisados em conjunto com os demais critérios de aferição do consumo pessoal, os antecedentes do acusado podem ser sopesados pelo magistrado para o correto enquadramento típico, sem que se possa objetar que isso caracterizaria um retorno indevido ao Direito Penal do autor.³⁴

10.1. Ônus da prova

Maldosamente, o legislador estabelece os parâmetros de tipificação da conduta do porte de

33. *Drogas: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 32.

34. Segundo Zaffaroni, “ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso; seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ‘ser ladrão’, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.”. Ainda segundo o referido autor, “seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violenta a sua esfera de autodeterminação”. (*Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 118/119).

drogas para consumo pessoal, e não do tráfico de drogas, e o faz no próprio art. 28, e não no art. 33 da Lei de Drogas, o que poderia levar o intérprete a acreditar (equivocadamente) que, não restando provado que a droga era destinada ao consumo pessoal, o correto enquadramento típico deveria ser o de tráfico de drogas. Fica a impressão, assim, de que ao acusado caberia a prova do consumo pessoal, sob pena de ser condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Essa interpretação, todavia, vem de encontro à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade, como preferem alguns). Por força dessa regra, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não sobre este de provar sua inocência. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando, além de uma dúvida razoável, que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Por consequência, se o Ministério Público imputa a alguém a prática do crime de tráfico de drogas, recai sobre ele o ônus de comprovar a veracidade de tal imputação. Logo, quando a conduta de tráfico imputada ao acusado na denúncia for semelhante a um dos verbos nucleares do art. 28 da Lei de Drogas, não se pode querer atribuir ao acusado o ônus de provar que a substância apreendida era destinada ao consumo pessoal, à luz do art. 28, § 2º, adotando-se o *in dubio pro societate*, sob pena de condenação por tráfico de drogas, pois, fosse isso possível, haveria flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.³⁵

Revela-se necessário, portanto, um conjunto probatório seguro acerca da autoria e da materialidade para que se possa dar o acusado como incurso no delito de tráfico, prevalecendo, em caso de dúvida, o art. 28 da Lei n. 11.343/06.³⁶

Nesse caso, não se pode objetar que se trata de uma prova diabólica, no sentido de se atribuir à acusação uma modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, porquanto teria que fazer prova de um fato negativo, *in casu*, a ausência do especial fim de agir “para consumo pessoal”, o que, *a contrario sensu*, autorizaria a condenação do acusado pelo tráfico de drogas. Ora, apesar da natural dificuldade em se comprovar a ausência desse elemento subjetivo especial, demonstrando-se que a droga apreendida com o acusado não era para consumo pessoal, fato é que a acusação pode se valer dos critérios objetivos apontados pelo art. 28, § 2º, como indicativos de possível traficância.

De todo modo, ainda que se queira atribuir à defesa o ônus da prova quanto à alegação feita pelo acusado de que a droga era “para consumo pessoal”, sob o argumento de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, *caput*), como se trata de um ônus imperfeito, não havendo certeza ao final do processo de que a droga apreendida com o acusado era destinada ao tráfico, leia-se, na hipótese de subsistir dúvida razoável acerca da presença do especial fim de agir “para consumo pessoal”, a solução adequada será a desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo pessoal com base na regra de julgamento do *in dubio pro reo*.³⁷

11. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO: “SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR”

O porte de drogas para consumo pessoal somente será considerado típico se o agente adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, como a exploração de drogas é permitida no Brasil em situações excepcionais (v.g., dentistas, médicos, hospitais), tal como deixam entrever os arts. 2º e 31 da Lei de

35. Para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a presença do especial fim de agir consistente na finalidade de comercialização da droga, sendo suficiente a prática de qualquer das condutas estabelecidas no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Logo, a desclassificação de tráfico para o crime de porte de drogas para consumo pessoal somente pode ser operada se restar demonstrado nos autos o propósito do exclusivo

consumo pessoal da substância, elemento subjetivo especial do tipo. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 812.950/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29/05/2008, DJe 25/08/2008.

36. STJ, 5ª Turma, HC 888.877/MS, Rel. Min. Daniela Teixeira, j. 22.10.2024, DJEN 09.12.2024.

37. Nesse contexto: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 308.

Drogas, a tipificação do crime demanda a prática de qualquer um dos núcleos verbais sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

12. CULTIVO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Na vigência da Lei nº 6.368/76, o crime de porte de drogas para uso próprio tipificado no art. 16 tinha a seguinte redação: “*adquirir, guardar ou trazer consigo*, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Como o dispositivo não fazia referência ao *cultivo de drogas para consumo pessoal*, havia certa controvérsia quanto ao juízo de tipicidade a ser feito nas hipóteses em que o indivíduo fosse flagrado semeando, cultivando ou fazendo a colheita de plantas destinadas à preparação de droga para consumo pessoal. Basicamente, eram 3 (três) as correntes acerca do assunto:

a) **tráfico de drogas:** a conduta de semear, cultivar ou fazer a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente estava prevista expressamente no revogado art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76. Como o referido tipo penal não exigia qualquer finalidade especial do agente, era irrelevante a destinação do produto, se para uso próprio ou para venda a terceiros, daí por que o cultivo de drogas sujeitava o agente às penas do crime de tráfico de drogas;

b) **porte de drogas para uso próprio:** é bem verdade que o revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76 fazia uso apenas dos verbos *adquirir, guardar ou trazer consigo*. No entanto, como o cultivo da droga era para consumo pessoal, e não com fins de mercancia, a solução era a aplicação da analogia *in bonam partem* para fins de tipificação dessa conduta como porte de drogas para uso próprio;³⁸

c) **atipicidade da conduta:** parte minoritária da doutrina preferia considerar a conduta como um indiferente penal. Para tais doutrinadores, tal conduta não podia ser equiparada ao tráfico porquanto ausente a finalidade de comercialização da droga, nem tampouco ao porte de drogas para uso próprio, visto que o revogado art. 16 contemplava apenas os verbos núcleos *adquirir, guardar ou trazer consigo*. Logo, não se podia admitir a aplicação da

analogia *in bonam partem* para criar figura delitiva não prevista expressamente na lei penal, sob pena de violação ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX, c/c art. 1º do Código Penal).

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a controvérsia acerca do juízo de tipicidade do plantio de drogas para consumo pessoal foi solucionada. Isso porque o legislador passou a tipificar essa conduta como modalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal. A propósito, eis a redação do art. 28, § 1º, da Lei de Drogas: “As 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”.

Trata-se de *novatio legis in melius*. Afinal, se a conduta está sujeita, doravante, às mesmas medidas previstas para o art. 28 da Lei de Drogas, que deixou de prever a aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, é evidente que se trata de lei nova mais benéfica, logo, retroativa, seja para aqueles que foram condenados anteriormente por tráfico de drogas, seja para aqueles condenados pelo crime do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76. Evidentemente, para aqueles que foram absolvidos sob o argumento de que, na vigência da Lei antiga, a conduta era atípica (posição minoritária), o novel dispositivo legal não poderá retroagir.

Cuida-se, o art. 28, § 1º, da Lei de Drogas, de norma especial em relação ao crime do art. 33, § 1º, inciso II (“semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”), diferenciando-se dele em virtude da presença de 02 (dois) elementos especializantes, quais sejam: a finalidade deve ser o consumo pessoal, e as plantas devem ser destinadas à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente.

Semear consiste em espalhar sementes no solo para que possam germinar. *Cultivar* consiste em propiciar condições para o desenvolvimento da planta. Por fim, *fazer a colheita* significa recolher aquilo que é produzido pela planta. O objeto material dessa conduta delituosa são as plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. Apesar do silêncio do art. 28, § 1º, essas condutas só terão interesse para o Direito Penal se praticadas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo implícito).

38. No sentido de que o plantio de pequena quantidade de drogas para consumo pessoal tipificava o crime do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76: STJ, 6ª Turma, REsp 60.674/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 15/08/1995, DJ 24/06/1996.