

As drogas e os labirintos do STF

No ano de 2011, a Suprema Corte brasileira reconheceu a repercussão geral atinente à tipicidade do porte de drogas para uso pessoal. O *leading case* foi o Recurso Extraordinário 635.659, no qual a Defensoria Pública de São Paulo suscitou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, em caso envolvendo a posse de pequena quantidade de maconha.

Em agosto de 2015, teve início o julgamento, com as sustentações orais das partes, além dos amigos da corte, entre os quais o IBCCRIM, que apresentou memorial pela procedência do recurso.

Em seguida, o relator, ministro Gilmar Mendes, proferiu seu voto, seguido dos votos dos ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso.

De acordo com os três votos até o momento preferidos, i) afirma-se a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso pessoal – o relator em relação a todas as drogas ilegais, os demais apenas em relação à *cannabis*; ii) destaca-se a insuficiência do *standard* probatório utilizado na distinção entre as figuras do tráfico e do porte para uso pessoal e os riscos concretos de violação da regra do ônus da prova; iii) aponta-se a necessidade de determinação de critérios objetivos baseados em parâmetros quantitativos de cada droga ilegal (*umbrales, thresholds*), mas há divergência sobre quem deve fazer isso, se o próprio tribunal ou o Congresso Nacional.

Em 10 de setembro de 2015, o ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos. Com o seu falecimento em fevereiro de 2017, o ministro Alexandre de Moraes assumiu o acervo respectivo e solicitou dados à Polícia de São Paulo e à Associação Brasileira de Jurimetria para fundamentar o seu voto,² com a promessa de rebater “lendas urbanas” sobre porte de drogas.¹ Em 23 de novembro de 2018, os autos foram devolvidos para julgamento em Plenário.

Em 18 de dezembro de 2018, o caso foi incluído na pauta de julgamento do STF do dia 5 de junho de 2019.

Em 30 de maio de 2019, a Federação do Amor Exigente, um dos *amici* favoráveis à declaração de constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, peticionou à presidência do Supremo para requerer o adiamento do julgamento, argumentando que, durante a tramitação do Projeto de Lei da Câmara 37, de 2013, que então se encontrava na presidência da República para sanção, foram rejeitadas “propostas tendentes a descriminalizar a posse de drogas para uso pessoal, razão pela qual permaneceu firme a deliberação do Poder Legislativo quanto à reprovabilidade da conduta prevista no artigo 28 da lei”. No próprio dia 30 de maio de 2019, o feito foi excluído do calendário de julgamento pelo presidente do STF. Segundo a Revista Época, a “retirada do processo das drogas da pauta foi decidida dois dias depois de Toffoli ter negociado um pacto pela governabilidade com os chefes do Executivo e do Legislativo. Antes de tomar a decisão, o ministro recebeu representantes do governo em audiência e conversou com Bolsonaro no Planalto”,³ entre eles o então “Drug Czar” Osmar Terra.⁴

Em 14 de junho de 2019, o caso foi novamente incluído na pauta de julgamento do STF do dia 6 de novembro de 2019.

Em 23 de outubro, a Federação do Amor Exigente, mais uma vez, peticionou à presidência do STF para requerer o adiamento do julgamento. Reiterou o argumento de que a edição da Lei 13.940/2019, que promoveu “alterações substanciais” na Lei de Drogas, expressava a “firme deliberação do Poder Legislativo, no exercício pleno de suas competências, quanto à reprovabilidade da conduta prevista no artigo 28”, acrescentando que a ANVISA promovia debates sobre regulamentação do uso medicinal de *cannabis* e que a decisão sobre a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal “pode ter efeitos concretos e imediatos de dimensões imprevisíveis e de gravidade sem precedentes sobre o aumento do uso de drogas na sociedade brasileira, dando causa a todas as possíveis consequências de tal fenômeno sobre indivíduos e o tecido social, o que torna imperiosa a condução desse tema nos limites da cautela, da prudência, da razoabilidade e do bom senso. Além disso, Vossas Excelências estarão decidindo o futuro das próximas gerações do Brasil, atingindo a esperança de milhares de famílias de dependentes químicos, na difícil recuperação de seus queridos”.

Em 28 de outubro de 2019, mais uma vez, a presidência do STF determinou a exclusão do caso da pauta do dia 6 de novembro de 2019.

O mandato do atual presidente do STF, ministro Dias Toffoli, encerra em setembro de 2020 e não há sinal de que o caso será julgado antes disso. O futuro presidente do STF, ministro Luiz Fux, já declarou, no início de setembro de 2015, haver “um desacordo moral sobre a descriminalização”, que deve se refletir no Plenário e que não acredita “em uma votação unânime em nenhum sentido”, acrescentando que, em “alguns países, se a sociedade não está madura para receber uma decisão sobre um tema deste, o tribunal tem o direito de não julgar, mas no Brasil, por uma regra constitucional, uma vez provocado, o tribunal tem que dar sua palavra”.⁵

Em entrevista concedida em novembro de 2017, o ministro Fux afirmou que “já tem uma sombra de que essa matéria vai ser chancelada pelo Supremo. Pelo menos a descriminalização do uso da maconha o Supremo vai chancelar”.⁶

Em nove anos de tramitação, o STF não foi capaz de concluir o julgamento do recurso em tela. A perspectiva de mudança na composição da Corte, com a aposentadoria de dois dos mais antigos ministros – Celso de Mello em novembro de 2020 e Marco Aurélio Mello, em julho de 2021 –, somada às manobras procrastinatórias, com inclusões

e exclusões de pautas pouco transparentes, indicam clara opção política pela eterna dilação, em prejuízo da resolução adequada da questão jurídica. Em uma corte constitucional, não deve haver lugar para barganhas políticas no exercício do controle de constitucionalidade de leis.

Afirmar que a “*sociedade não estaria pronta para o tema*” não tem embasamento empírico ou jurídico e parece ignorar os efeitos deletérios da guerra às drogas, sobretudo sobre as camadas mais vulneráveis da população, reiteradamente criminalizadas e estigmatizadas pela opção acerca do tratamento penal da questão. O STF, ao protelar a decisão sobre uma norma de inconstitucionalidade evidente, que criminaliza a autolesão e não apresenta qualquer ofensividade demonstrável a algum bem jurídico, esquia-se de seu papel de defesa da Constituição, ainda que de forma contramajoritária, flertando, assim, com a denegação de justiça e com uma forma populista de exercício da função jurisdicional.

NOTAS

- ¹ Disponível em: <<http://www.site.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3253>>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ² Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/voto-de-alexandre-de-moraes-vai-rebater-lendas-urbanas-sobre-porte-de-drogas-27112018>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ³ “*Toffoli conseguiu evitar a discussão sobre drogas no Supremo porque, na sessão de 29 de maio, o plenário do tribunal começou a julgar um processo caro para o governo, que resultou na facilitação das privatizações de estatais. No primeiro dia do julgamento, o presidente do Supremo encerrou a sessão mais cedo do que o normal. Com isso, o processo das privatizações teve de ser encaixado na pauta da sessão seguinte: em 5 de junho*”. BRIGIDO, Carolina. Toffoli ganha pontos com o governo ao adiar julgamento de drogas. *Época*, 17 jun. 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/toffoli-ganha-pontos-com-governo-ao-adiar-julgamento-de-drogas-23745301>>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ⁴ ROSSI, Marina. STF suspende julgamento sobre descriminalização das drogas. *El País*, Descriminalização das drogas, São Paulo, 30 maio 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/30/politica/1559242849_891358.html>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ⁵ SOUZA, Giselle. “Não será unânime”, diz Fux sobre votação da descriminalização do porte de drogas. *CONJUR*, Desacordo moral, 1 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/nao-unanime-fux-decisao-acerca-descriminalizacao>>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ⁶ PASSARINHO, Nathalia. Luiz Fux: decisão da Alerj de soltar deputados é ‘promíscua’, ‘vulgar’ e ‘certamente será revista’ pelo STF. *BBC Brasil*, Londres, 20 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42058113>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **Do amor e outros demônios (ou sobre drogas legais, ilegais e *commodities*)**
Jacson Zillo e Rodrigo Codino
 6. **Tráfico de drogas e princípio da insignificância: uma possibilidade dogmática**
Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Mendes
 9. **Justiça criminal negocial e “*plea bargaining*”: a fragilização do devido processo e a prevalência autoritária da racionalidade neoliberal eficientista**
Marcelo Herval Macêdo Ribeiro e Marcos Eugênio Vieira Melo
 12. **Reflexos da ocupação feminina nas penitenciárias brasileiras**
Suzana Sant’Anna Alves Montes
 14. **Investigação preliminar e garantia da imparcialidade do julgador: a figura do juiz das garantias na sistemática processual acusatória**
Letícia Gouveia de Oliveira Barbosa
 17. **Quem é a mulher encarcerada? O encarceramento feminino brasileiro à luz do *labelling approach***
Cristiane de Almeida Santa Rosa, Edval de Oliveira Sena Junior e Renata Leão do Nascimento Santos
 20. **Juiz das Garantias: uma exigência do Estado Democrático de Direito**
José Romeu Rodrigues Júnior
 22. **A limitação da progressão de pena na “Lei anticrime” e a lógica da inocuidade: uma breve discussão**
Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto
 25. **Aproximação entre imputação dolosa e estado mental do conhecimento da *guilty mind***
Wanessa Carneiro Molinaro Ferreira Serafim
 28. **Um breve retorno à responsabilidade penal pelo produto**
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa e Leonardo Mendes Zorzi
- #### CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA
30. **O Caso Lula no Comitê de Direitos Humanos (ONU) e o Direito Processual Penal brasileiro**
Davi Quintanilha Failde de Azevedo e Nathália de Moraes Coscrato
 34. **Supremo Tribunal Federal**