



A (des)criminalização da maconha, a PEC das Drogas e o efeito *backlash*

Promessa é dívida: conforme antecipado no artigo que tratou da [devolução de Medidas Provisórias pelo presidente do Congresso](#), o efeito *backlash* será nosso tema desta semana!

Por oportuno, já adianto que tantas são as iniciativas que provocaram e prometem provocar tal efeito no cenário político brasileiro que, provavelmente, ainda teremos muito “pano para manga” e o assunto não se esgotará neste texto.

Antes de mais nada, cumpre delinear o que se pode entender por efeito *backlash*. De maneira bastante ampla e genérica, corresponde a uma forte “reação adversa” a uma ideia ou ação, podendo ser explicado como uma “contrarreação” ou mesmo um “efeito rebote” aos esforços de mudança social feitos por um grupo para obter acesso a direitos ou poder.

Ainda que possa ocorrer em diversos cenários, geralmente a expressão *backlash* está associada a decisões judiciais em questões polêmicas que levam a uma reação contrária ao que foi decidido judicialmente.

Isso porque, quando se fala no âmbito jurídico, é notório que toda decisão judicial gera algum nível de insatisfação (afinal são duas partes e, uma delas geralmente sai perdendo), assim, é esperado que em questões sensíveis, haja reações sociais e políticas. Entretanto, quando tais reações assumem feições de mobilização organizada para alterar o entendimento adotado, tal fenômeno pode ser denominado de efeito *backlash*.

Hiperjudicialização de questões éticas e políticas

Tem-se identificado um movimento de hiperjudicialização de questões éticas e políticas. Problemas de importante repercussão social passaram a ser decididos, em última instância, por órgãos judiciais. Destarte, o estabelecimento de preceitos para solução de questões sensíveis tem trasladado do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, criando tensões entre estes Poderes.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), responsável pela jurisdição constitucional no Brasil, passa a desempenhar um protagonismo na solução de casos delicados, que dividem a sociedade, exercendo uma função contra majoritária, ora mais conservadora, ora mais progressista.

Cumpre destacar que as ações de controle abstrato perante o STF, apesar de possuírem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (*cf.* art. 102, §2º, da Constituição), não vinculam o Poder Legislativo em sua função legiferante.



Sem embargo, a resposta do Legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional exige, normalmente, a intervenção do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), a chamada *hipótese de mutação constitucional pela via legislativa*.

Assim, a insatisfação gerada por decisões judiciais tem levado a uma rápida e forte mobilização no sentido de alterar a legislação, o *backlash* legislativo. Um dos primeiros exemplos do passado recente diz respeito à vaquejada (que será tratada em artigo futuro).

Feita essa explanação, partimos para o caso concreto. A temática que servirá de pano de fundo para nossa discussão será o debate acerca da (des)criminalização da posse de drogas ilícitas para consumo próprio, mais especificamente o julgamento no STF do Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659/SP e a tramitação da PEC nº 45/2023 no Congresso.

Julgamento retomado

Em agosto de 2023, foi retomado o julgamento do RE nº 635.659/SP, iniciado em 2015, com o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, no sentido de descriminalizar o porte de qualquer tipo de droga para consumo próprio.

Ulteriormente, o voto foi reajustado para restringir a medida apenas ao porte de maconha (importa assinalar que, já de início, o receio de um possível efeito *backlash* teria sido um dos motivadores da mudança do voto para que a deliberação ocorresse apenas sobre o uso da maconha e não de drogas em geral), bem como para definir parâmetros para distinguir tráfico de consumo próprio.

O julgamento foi suspenso, ainda em 2015, após o voto de 3 ministros, pelo pedido de vista do ministro Teori Zavascki (falecido).

Na verdade, o tema é muito mais antigo, tendo chegado ao STF em 2011 (há mais de dez anos!), por meio do recurso interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo), que teve reconhecida repercussão geral ainda em 2011 (Tema 506: tipicidade do porte de droga para consumo pessoal).

No RE nº 635.659/SP, discute-se, à luz do art. 5º, X, da CF, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (conhecida igualmente como “Lei das Drogas” ou como “Lei Antidrogas”), que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

No caso concreto, o acusado foi detido com 3 gramas de maconha e a Defensoria defende que o porte de maconha para uso próprio deixe de ser considerado crime por sua alegada incapacidade de trazer consequências à saúde pública, argumenta, ainda, que a criminalização do uso de drogas violaria o princípio da lesividade, além de contrariar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade.

Lei Antidrogas

A Lei Antidrogas, em seu artigo 33, tipifica o **tráfico de drogas**, como crime punível com 5 a 15 anos



de reclusão, compreendendo as ações de “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Cumpra mencionar que a Lei Antidrogas é considerada uma lei penal em branco, e.g., necessita outro normativo para definir o que é considerado droga (no caso, uma Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — Anvisa).

A Lei Antidrogas também dispõe em seu artigo 28 que quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Esse artigo prevê um tipo penal, i.e., a **posse de drogas para consumo pessoal** é crime. Entretanto, as sanções previstas não são consideradas penas. Teria ocorrido, portanto, o fenômeno da “despenalização”, mas sem exclusão da criminalização, inclusive com suas consequências, e.g., antecedentes, perda de direitos políticos, possibilidade de reincidência etc.

Esse foi o entendimento firmado em 2007, no julgamento da Questão de Ordem (QO) no RE nº 4.301.059/RJ, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, decidido por unanimidade pela 1ª Turma do STF.

Assim, a Lei Antidrogas determina que as ações praticadas nos artigos 28 e 33 são consideradas crime, mas excluiu a pena de prisão para o porte de drogas para consumo próprio, diferenciando o tráfico do uso pessoal, porém, não define a quantidade de entorpecente que diferencia os dois delitos, i.e., não estabelece critérios objetivos para essa distinção.

Atualmente, essa definição ficaria a cargo da polícia, do Ministério Público e do Judiciário, contudo, a interpretação não seria uniforme, i.e., pessoas presas com a mesma quantidade de entorpecente e em circunstâncias similares poderiam ser tidas como usuárias ou traficantes.

Segundo apontado pelo STF, o objetivo do julgamento do RE nº 635.659/SP é que, desde a abordagem policial, situações análogas tenham o mesmo tratamento em todo o país. Entretanto, ainda em agosto de 2023, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro André Mendonça.

Mesmo antes da retomada do julgamento em 2023, senadores e deputados federais apontavam que a temática deveria ter o Congresso como protagonista da discussão, não o STF.

De fato, uma vez provocando, o Judiciário deve manifestar-se, mas sendo a Lei Antidrogas de 2006, o RE nº 635.659/SP de 2011 e o seu julgamento pautado inicialmente em 2015, muitos se perguntavam a respeito da oportunidade do retorno à pauta do STF agora, em 2023/2024. A questão de fundo seria: é desejável que o STF atue como *agenda holder* de questões políticas?



Movimentação do Congresso

Há algum tempo, já se observa uma movimentação em curso no Congresso no sentido de avançar com propostas de emendas à Constituição em temas objeto de julgamento pelo STF. Como catalisadora dessas articulações, estaria a percepção de que o Judiciário estaria invadindo assuntos de competência do Legislativo.

Nesse sentido, uma das primeiras ofensiva veio já em setembro de 2023, na forma da PEC nº 45/2023 (a “PEC das Drogas”), apresentada pelo presidente do Senado, Rodrigo Pacheco (PSD-MG), que propõe acrescentar o inciso LXXX ao artigo 5º da CF, para prever que “*a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”, i.e., criminaliza o porte e a posse de substância ilícita em qualquer quantidade.

Não custa acrescentar um elemento nesse xadrez político, o Senador Rodrigo Pacheco já teria dados sinais de que busca viabilizar seu nome para as eleições de 2026 como postulante ao Executivo mineiro (ou quem sabe algo maior).

Na justificação da PEC, é apontado que se objetiva “conferir maior robustez à vontade do constituinte originário, [...] ao prever um mandado de criminalização constitucional para as condutas de portar ou possuir entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

“Essa medida, uma vez promulgada, daria respaldo à validade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006”, ao que aponta que “a própria jurisprudência do STF reconhece a possibilidade de que emendas constitucionais possam ser editadas como consequência de decisões de constitucionalidade do próprio Tribunal. E reconhecem, inclusive, que estas merecem maior deferência pelo Tribunal, motivo pelo qual consideramos adequada a eleição desta via — uma proposta de emenda à constituição — para sedimentar, definitivamente, a opção feita pelo constituinte originário a respeito do tema”. Por fim, afirma que a “posição do Congresso Nacional, externada por esta proposta de emenda à Constituição, objetiva, pois, dialogar institucionalmente com os demais Poderes da República, de forma harmônica, nos termos do art. 2º da Constituição Federal de 1988” (grifos meus).

Este não seria o primeiro mandado de criminalização previsto na CF. São exemplos do próprio artigo 5º, os incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático).



Sem embargo, este seria o primeiro mandado de criminalização incluído na CF pelo poder constituinte derivado (atente-se que alguns doutrinadores entendem possível apenas ao poder constituinte originário instituir mandados de criminalização na CF).

A apresentação da PEC é uma clara manifestação do efeito *backlash* legislativo frente ao julgamento em curso no STF. Destaque-se que em termos práticos, a eventual aprovação da PEC não trará mudanças no panorama atual da legislação brasileira sobre as drogas: a PEC não seria considerada uma cláusula pétreia e a eventual descriminalização da maconha ainda seria possível (e.g., por simples portaria da Anvisa). Não obstante, manda um forte recado de insatisfação do Legislativo (com pitadas de ironia ao mencionar o diálogo harmônico institucional).

Bem, após a interrupção para vista, em agosto de 2023, o julgamento do RE nº 635.659/SP foi retomado em 6/3/2024, sendo novamente interrompido por novo pedido de vista. Até o presente momento, tem-se um placar de cinco ministros favoráveis à descriminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo próprio e três ministros contra a descriminalização (e.g., o ministro Cristiano Zanin teria votado pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei Antidrogas, por entender que o Legislativo quis despenalizar, mas não descriminalizar o porte de drogas, de maneira que não seria possível, pela via judicial, alterar essa opção do legislador).

Apesar de não se ter um quadro definido quanto à (des)criminalização, a Corte já formou maioria para que se estabeleça um quantitativo para diferenciar usuário de maconha de traficante, entretanto, os ministros ainda divergem em qual seria esse quantitativo. Importa ressaltar que o presidente do STF, ministro Luís Roberto Barroso, em mais de uma ocasião, buscou esclarecer que o julgamento não discute a liberalização de drogas ilícitas, mas a definição de parâmetros objetivos para distinguir o tráfico do porte para consumo pessoal de maconha.

Impulsionar uma proposição no Congresso é algo custoso, politicamente falando, neste sentido, preste-se atenção na celeridade com que as etapas se seguiram a partir de então (refletindo, conseqüentemente, o grau de reação/contrariedade do Legislativo em busca do seu protagonismo na definição da matéria).

Ação e reação

Em 11/3/2024, como reação imediata da retomada do julgamento no STF, a PEC nº 45/2023, sob relatoria do senador Efraim Filho (União-PB), foi colocada na Pauta da Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ/SF) para discussão e votação.

O [relatório](#) consignava que, diante “*dos graves problemas relacionados ao uso de entorpecentes e drogas afins, consideramos que a legislação atual está em compasso com a necessidade de se tutelar a segurança pública, a saúde e outros bens jurídicos imprescindíveis para o saudável desenvolvimento de uma sociedade. [...] de modo a explicitar, no texto constitucional, o que a nosso entender já estava implicitamente previsto: a criminalização da posse e do porte das drogas ilícitas*” (grifos meus).

A PEC foi aprovada, como uma emenda, na CCJ/SF, em 13/03/2024, com 23 votos a favor e 4 contra.



Em 16/04/2024, o Plenário do Senado aprovou a PEC em 1º turno com 53 votos favoráveis e 9 contrários; em seguida, a matéria foi encaminhada para imediata apreciação, ainda na mesma Sessão, em 2º turno, no qual a redação final foi aprovada por 52 votos favoráveis e 9 contrários (esta *Fábrica de Leis* já teceu comentários sobre o [interstício entre os turnos de votação de PEC](#)).

Na mesma semana, em 18/04/2024 a PEC chegou na Câmara dos Deputados e foi distribuída para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC/CD), onde, em 25/04/2024, já foi designado relator, o Deputado Ricardo Salles (PL-SP), que em 02/05/2024 apresentou o Requerimento nº 9/2024-CCJC, de realização de Audiência Pública para debater a constitucionalidade da PEC, [já pautado para discussão e votação hoje, 7/5/2024](#).

Dois grandes poderes da Presidência das Comissões, e não é diferente para a CCJC/CD, são o poder de designar relatoria e de pautar proposições (qualquer um desses atos pode “matar” ou “impulsionar” uma proposição). A aposta é que tão logo o Relator apresente seu Relatório, a PEC seja pautada para discussão e votação na Comissão.

A PEC nº 45/2023 enfrentou críticas da sociedade civil organizada relacionadas ao impacto no sistema prisional, já sobrecarregado, devido a um possível aumento no encarceramento. Cerca de 70 entidades subscreveram nota pública contra a PEC na qual argumentou-se que a criminalização não seria solução eficaz para lidar com a dependência de drogas e que a proposta poderia ferir princípios fundamentais da Constituição.

[Segundo a nota](#), a “*PEC consolidaria legislativamente a ‘coisificação’ de pessoas vulneráveis e reforçaria o racismo estrutural no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, bem como na saúde pública*”.

Por outro lado, dentre os que apoiam a PEC, aponta-se que o Congresso seria o real responsável pela definição das políticas nacionais sobre drogas, não o STF; que a descriminalização da maconha no mundo teria aumentado o tráfico e o consumo, potencializado doenças psíquicas, bem como seria a porta de entrada para drogas mais pesadas.

Essa história ainda está longe do fim. A divergência de opiniões e o debate de ideias é salutar em um Estado Democrático, ainda mais em temas polêmicos, para os quais ainda não houve pacificação. O que se deve buscar é a argumentação com vista a evitar conflitos desnecessários e o tumulto social.

Por fim, importa salientar que o efeito *backlash* não é um simples “cabo-de-guerra” entre juízes e políticos para definir quem tem o poder da “palavra final” acerca de questões polêmicas. Antes disso, pode ser um dos *sintomas da dificuldade no diálogo institucional entre os Poderes da República*, em especial ao tratar de pautas e temas sensíveis.

Nesse aspecto, as coisas não são tão simples quanto parecem e, para se ter uma apreensão mais abrangente do problema, é necessário não só identificar a existência e motivos de tensão, mas captar os fatores que interferem na legitimidade do poder e no aprofundamento dos diálogos interinstitucionais.



Como costumo dizer nesta coluna *Fábrica de Leis*: aguardemos as cenas do próximo capítulo dessa novela, cujo desfecho deve estar próximo (ou não...).

Autores: Shana Schlottfeldt