

Supremo está a um voto de decidir pela descriminalização do porte de maconha

06/03/2024

O Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu mais uma vez nesta quarta-feira (6/3) o julgamento que vai decidir sobre a descriminalização do porte de maconha e estabelecer balizas para diferenciar tráfico e uso pessoal. O ministro Dias Toffoli pediu vista.



Até o momento, o julgamento está 5 a 3 pela descriminalização. Dos cinco votos da corrente vencedora até agora, quatro entendem que devem ser presumidos como usuários aqueles que guardam, adquirem, têm em depósito, transportam ou trazem consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

O tribunal analisa o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, que fixa penas para quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização”. A discussão é feita no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659.

Em tese, as penas previstas na norma não levariam à prisão, mas, no máximo, às demais consequências de um processo penal. Na prática, no entanto, a falta de distinção clara pode fazer — e tem feito — com que usuários sejam classificados como traficantes, ficando sujeitos a penas privativas de liberdade.

Prevalece até o momento o voto do ministro Gilmar Mendes, relator do caso. De início, ele propôs a descriminalização da posse de qualquer droga, mas depois reajustou o voto para que a interpretação se aplique apenas ao uso da maconha.

Votaram com o relator os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber (hoje aposentada).

O ministro Cristiano Zanin divergiu. Para ele, o artigo 28 da Lei de Drogas é constitucional. O magistrado propôs, no entanto, a diferenciação entre tráfico e uso. Para ele, pessoas com até 25 gramas devem ser presumidas como usuárias, não traficantes. Zanin foi seguido pelos ministros André Mendonça e Kassio Nunes Marques.

Voto do relator

Gilmar apresentou seu voto em agosto de 2015. Para ele, “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”.

O voto do relator se baseia no argumento da Defensoria Pública de São Paulo, autora do recurso julgado. A alegação dos defensores paulistas é que o artigo 28 da Lei de Drogas é inconstitucional por violar o direito fundamental à intimidade e à privacidade. Eles também afirmam que criminalizar o uso de drogas viola o princípio da lesividade, segundo o qual só podem ser consideradas criminosas as condutas que afetem bens jurídicos de terceiros ou coletivos.

De acordo com o relator, o direito de personalidade “não está limitado a determinados domínios da vida”. Ele se aplica, segundo o ministro, “a diferentes modos de desenvolvimento do sujeito, como o direito à autodeterminação, à autopreservação e à autoapresentação”.

“Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação”, sustentou Gilmar.

Depois do voto do relator, os ministros Barroso e Fachin votaram pela descriminalização do porte de maconha, ainda em 2015. O caso, então, foi paralisado por pedido de vista do ministro Teori Zavascki, morto em acidente de avião em 2017.

O julgamento foi retomado em 2 de agosto de 2023, com o voto-vista de Alexandre, que propôs a fixação de parâmetros objetivos para diferenciar usuários de maconha e traficantes.

Após novo pedido de vista, feito pelo ministro André Mendonça, o caso foi retomado nesta quarta-feira.

Voto de Alexandre de Moraes

Alexandre apresentou um denso voto, baseado principalmente em estudo feito pela Associação Brasileira de Jurimetria. O levantamento conclui, por exemplo, que jovens, negros e analfabetos são considerados traficantes com maior frequência, mesmo quando presos com quantidade de droga inferior à apreendida com pessoas acima dos 30 anos, brancas e com ensino superior.

Pessoas analfabetas, por exemplo, são consideradas traficantes quando presas com uma média de 32 gramas de maconha, enquanto a média para pessoas com ensino superior é de 49 gramas, de acordo com a pesquisa.

Alexandre também destacou que a falta de parâmetros claros para diferenciar usuários e traficantes levou a uma discricionariedade “exagerada” das autoridades policiais, do Ministério Público e do Judiciário.

“Triplicou-se em seis anos o número de presos por tráfico de drogas, mas não triplicamos o número de presos brancos, com mais de 30 anos e ensino superior, e, sim, o de pretos e pardos sem instrução e jovens. É preciso garantir a aplicação isonômica da Lei de Drogas para evitar que, em virtude de nível de instrução, idade, condição econômica e cor da pele, você possa portar mais ou menos maconha”, disse o ministro.

Para Alexandre, a quantidade é um critério importante, mas não o único. De acordo com o ministro, outros pontos devem ser considerados na hora de diferenciar o usuário do traficante, como as condições observadas no momento da prisão (se a pessoa foi pega vendendo) ou se itens como balança e cadernos de anotação indicam que o abordado é traficante, entre outros.

Segundo o ministro, a quantidade, nos casos envolvendo pouca droga, cria apenas uma “presunção relativa”, não servindo, sozinha, para qualificar tráfico ou uso.

“Em muitos flagrantes, os únicos elementos descritivos são a quantidade e o testemunho da autoridade policial. É preciso que isso seja mais bem trabalhado e que se analisem outros fatos, como a apreensão de instrumentos como celulares e balanças e as circunstâncias de apreensão.”

O ministro propôs a seguinte tese de repercussão geral:

- 1) Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente maconha, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
- 2) Nos termos do parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo de 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas;
- 3) 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 quando a quantidade de maconha for inferior à prevista no item 2, desde que, de maneira fundamentada, comprove a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes;
- 4) Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada no item 2, para afastar a presunção relativa na audiência de custódia a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal apontando obrigatoriamente outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos, como balanças, cadernos de anotação, celulares com contato de compra e venda, locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico;
- 5) Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores às fixadas no item 2, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário.

Divergência

Zanin abriu a divergência. Para ele, o artigo 28 da Lei de Drogas é o único dispositivo existente na legislação brasileira que diferencia usuários e traficantes. Assim, não é possível declarar a inconstitucionalidade do trecho.

Ele, no entanto, defendeu a diferenciação e propôs a fixação de tese no sentido de que deve ser considerado usuário aquele que porta até 25 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas. Para Zanin, a proposta deve valer como parâmetro adicional, mantidos os critérios já existentes na Lei de Drogas.

“A mera descriminalização do porte de drogas para consumo apresenta problemas jurídicos e pode agravar a situação que enfrentamos na problemática do combate às drogas, que é dever constitucional. Não tenho dúvida de que os usuários são vítimas do tráfico e das organizações criminosas ligadas à exploração ilícita dessas substâncias, mas se o Estado tem o dever de zelar por todos, a descriminalização poderá contribuir ainda mais para esse problema de saúde”, afirmou Zanin.

Ainda segundo ele, embora a legislação brasileira sobre drogas precise “evoluir”, não é possível declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. “Como já expus, esse é o único parâmetro relativamente objetivo para diferenciar a situação do usuário da do traficante.”

Zanin propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

- 1) *É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343;*
- 2) *Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades.*

Ao votar nesta quarta-feira, André Mendonça seguiu Zanin, mas ele entendeu que o Congresso é que deve decidir, em até 180 dias, qual quantidade deve ser considerada tráfico e qual deve ser considerada para uso próprio.

Antes dessa definição legislativa, o ministro propôs que deve ser presumido como usuário quem porta até dez gramas de maconha.

“Entendo que a questão da descriminalização é uma tarefa do legislador. Na prática, estaríamos liberando o uso (*se a corte decidisse pela descriminalização*).”

Já Nunes Marques acompanhou Zanin quanto à definição de 25 gramas para que uma pessoa seja enquadrada como usuária.

Segundo o ministro, “para além de interferência desproporcional do Poder Judiciário” no Legislativo, a descriminalização poderia “potencializar o tráfico”.

RE 635.659

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-mar-06/stf-suspende-julgamento-sobre-descriminalizacao-do-porte-de-maconha/>