

RECEBIDO EM: 30/12/2016

APROVADO EM: 22/03/2017

ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO STF PARA ALTERAR A POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL SOBRE DROGAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

***ANALYSIS OF THE SUPREME COURT'S (STF) LEGITIMACY TO
ALTERATE THE NATIONAL DRUG CONTROL POLICY DURING A
CONSTITUTIONALITY CONTROL PROCEDURE***

Rafael Schwez Kurkowski

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (2014). Professor assistente licenciado da Faculdade Pio Décimo. Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe. Membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

João Paulo Forni

Mestrando em Direito Público. Pós-graduado em Gestão Estratégica de Organizações Públicas. Possui graduação em Administração pelo Centro Universitário de Brasília (2010). Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os ciclos da política pública e o ativismo judicial; 1.1 Os ciclos da política pública; 1.2 Ativismo judicial e judicialização; 2 A desconsideração pelo STF da atual política pública nacional sobre drogas; 2.1 A criminalização de condutas relacionadas uso de entorpecentes pela atual política pública nacional sobre drogas; 2.2 O descabimento da atuação concretista do STF na política pública sobre drogas; 3 A atuação legítima do STF na política pública sobre drogas: participação na formação da agenda e na elaboração; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A possível declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº. 11.343/06 (Lei de Drogas) decorrente do eventual provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº. 635.659 impactará a atual política pública nacional sobre drogas. O presente artigo, mediante exame da Lei de Drogas e da Constituição e mediante revisão bibliográfica, faz uma análise dessa atuação do STF frente à possível declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que validamente optou pela criminalização do usuário de drogas, embora tenha interditado a ele pena privativa de liberdade. Analisa-se a legitimidade do STF nesse caso concreto, com reflexão em relação à observância ou não, por parte da Corte, dos ciclos inerentes a qualquer política pública. Essa reflexão estende-se ao cabimento de atuação concretista, por parte do STF, vinculada ao ativismo judicial, dada a ausência de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, no caso. Por fim, o artigo apresenta a atuação legitimamente esperada da Corte na política de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Política pública. Drogas. STF. Atuação Legítima.

ABSTRACT: The possible declaration of unconstitutionality of the Article 28 of Law no. 11,343/06 (Drug Law), which arose from the Supreme Court (STF) admissibility of Exceptional Review Procedure no. 635,659, may affect the current national drug control public policy. Through close scrutiny of the Drug Law, the Brazilian Constitution, and legal literature, this study will analyze the action STF has taken in view of the possible declaration of unconstitutionality of the provision, which validly determined the criminalization of the drug user, even though it has forbidden prison sentences. The legitimacy of the Brazilian Supreme Court in the present case will be thoroughly examined through pondering whether their decision has lacked the inherent cycles of public policy or

not. Furthermore, STF action based on the Concretism Theory linked to judicial activism will also be a center of attention since the absence of omission of the Legislative and Executive Branches is evident. Lastly, this research paper will present the legitimately expected action of the Supreme Court on drug policy.

KEYWORDS: Public Policy. Drugs. STF. Legitimate Action.

INTRODUÇÃO

Atualmente, verifica-se uma tendência mundial da liberação do uso de drogas, principalmente a maconha (*cannabis sativa*). Países como Espanha (art. 368 do Código Penal Espanhol)¹, Portugal (Lei n.º. 30/2000)², Uruguai (Ley n.º. 19172)³, Estados Unidos (Estados de Colorado, Washington, Oregon e Alaska)⁴, entre outros, aprovaram leis que não criminalizam o consumo de certas drogas. O Brasil pode ingressar nesse grupo, não por lei, mas por decisão judicial. Está sob julgamento, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n.º. 635.659, que postula a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º. 11343/06, que prevê como crime certas condutas relacionadas ao uso de substâncias entorpecentes. Tal Recurso já tem três votos (Ministros Gilmar Mendes, Luís Barroso e Edson Fachin) no sentido da liberação, com efeitos *erga omnes*, do uso de drogas.

A permissão do Estado para a população usar drogas constitui verdadeira política pública, conceito esse que será detalhado adiante. Ocorre que, enquanto os países já nominados aprovaram leis para alterar as suas políticas sobre drogas a fim de permitir a utilização, o Brasil, melhor dizendo, o Supremo Tribunal Federal, pretende alterar unilateralmente, mediante decisão judicial, a atual política nacional sobre drogas, a qual válida e democraticamente optou pela criminalização de condutas relacionadas ao uso dessas substâncias.

- 1 O art. 368 do Código Penal Espanhol criminaliza os atos que “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas”, mas não o uso em si. (ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 21 nov. 2016.)
- 2 PORTUGAL. Lei n.º. 30/2000, de 29 de novembro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=186&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 21 nov. 2016.
- 3 URUGUAI. Lei n.º. 19172. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5369681.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2016.
- 4 Nações Unidas, Transnational Institute. *Cannabis policy reform in Europe*. Disponível em: <<http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/dlr28.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

O presente artigo, por intermédio de análise legislativa e bibliográfica e seguindo o método descritivo-analítico, sustentará a ilegitimidade⁵ da Suprema Corte para alterar essa política pública. Na sua primeira parte, ele focará os ciclos inerentes à política pública e fará uma reflexão sobre a atuação do STF nas suas diversas fases, além apresentar argumentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial. Na segunda parte, ele demonstrará que o Supremo Tribunal Federal, no aludido Recurso, caso declare a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº. 11343/06, permitindo, então, o uso de drogas, contrariará a atual política nacional sobre drogas. Na terceira, apresentará a atuação legitimamente esperada do STF na política pública sobre drogas.

Tendo em vista a diversidade temática, a limitação espacial e o próprio escopo do presente artigo, este abordará o uso denominado “recreativo” de droga, ou seja, voluntário. Não fará referência, portanto, ao uso terapêutico, aquele no qual a droga é utilizada como prescrição médica para o tratamento de alguma enfermidade. Evidentemente, o uso terapêutico de drogas ostenta razões sensivelmente diversas das do uso recreativo. Assim, não se abordará, por exemplo, a questão envolvendo a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 66 de 18 de março de 2016⁶, por que a ANVISA, em cumprimento à decisão liminar exarada na Ação Civil Pública distribuída sob o nº. 009067016.2014.4.01.3400, perante a 16ª Vara Federal do Distrito Federal, permitiu a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham as substâncias Canabidiol e Tetrahidrocannabinol (THC) em sua formulação, exclusivamente para uso próprio e para tratamento de saúde.

Impende registrar outra delimitação do presente artigo. Há três correntes sobre as drogas e o seu uso recreativo. Existe a corrente liberal, segundo a qual o uso de qualquer tipo de droga é livre. Tal pensamento não foi adotado por nenhum país, pois, mesmo os países que admitem o uso de droga, o fazem com restrições quanto ao tipo da substância e/ou a quantidade, conforme levantamento apresentando novo voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº. 635659⁷.

5 O vocábulo “legitimidade” é empregado, neste trabalho, no seu sentido genérico, ou seja, o sentido equivalente à racionalidade, conforme definição de Bobbio. (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C., Varriale et al. 13. ed. v. 2. Brasília: UnB, 2010. p. 675.)

6 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 66 de 18 de março de 2016*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=28&data=21/03/2016>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659. Voto do Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Há também a corrente que sustenta o uso assistido da droga. Encampada pelo Ministério da Justiça, a corrente do uso assistido é concebida, enquanto *técnica de tratamento médico*, para, mediante a redução progressiva do uso da droga, afastar o vício. Para redução de danos, “ela não parte do princípio do que deve haver imediata e obrigatória extinção do uso, seja no âmbito da sociedade ou no caso de cada indivíduo, mas que formula práticas que diminuem os danos para os usuários de drogas”⁸.

Já a corrente restritiva prega, do *ponto de vista criminal*, a proibição total do uso recreativo de drogas, independentemente da quantidade ou espécie. Restará demonstrado que a atual legislação brasileira esposou essa tese, já que, mediante a criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas, proibiu o consumo destas.

É relevante também esclarecer que a Lei n.º. 11343/06 não criminalizou o uso em si da droga, mas as condutas antecedentes e relacionadas à sua utilização. Por tal razão, quando o usuário é abordado fumando um cigarro de maconha, por exemplo, ele não é conduzido à autoridade policial porque estava *consumindo* a droga, mas porque a *trazia consigo*. A essa conclusão simples se chega com base na leitura dos verbos nucleares previstos no referido dispositivo legal: *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar* ou *trazer consigo*. Qualquer outra conduta que não uma destas cinco não caracteriza o crime de uso de drogas. Thums e Pacheco são enfáticos nesse ponto: “Não configura conduta típica o uso do entorpecente”⁹.

O presente artigo, portanto, parte do pressuposto de que o atual sistema legislativo sobre drogas seguiu a corrente restritiva.

1 OS CICLOS DA POLÍTICA PÚBLICA E O ATIVISMO JUDICIAL

A fim de estudar a atuação do Supremo Tribunal Federal, na questão nacional sobre as drogas, é necessário abordar conceitualmente os ciclos da política pública. Em um segundo momento, é preciso verificar em que consiste o ativismo judicial.

8 CRUZ, Marcelo Santos. Estratégias de redução de danos para pessoas com problemas com drogas na interface dos campos de atuação da justiça e da saúde. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 337.

9 THUMS, Gilberto. PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 39.

1.1 OS CICLOS DA POLÍTICA PÚBLICA

A expressão “políticas públicas” não possui uma definição única ou melhor. Uma das mais conhecidas é a de Lowi *apud* Rezende: “é uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas”.¹⁰ Neste trabalho, considera-se a definição de Maria Dalari Bucci como a mais completa:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.¹¹

Nas duas definições apresentadas, é possível observar a necessidade da presença do Estado como elemento essencial. Apesar da controvérsia na literatura, considera-se aqui que não há política pública sem a presença estatal, ainda que apenas orientadora.

Uma distinção importante é a que fazem Dias e Matos quando conceituam *politics* como um conjunto de interações ou como a busca de um consenso e luta pelo poder. É o processo de negociações, conflitos e imposições de objetivos. Já *policy* seria a ação governamental, ou a política pública em si. Uma atuação da autoridade legitimada que realoca recursos escassos em prol da sociedade. Por fim, *polity* seriam as instituições políticas, a estrutura político-administrativa do sistema.¹²

Em relação ao ciclo das políticas públicas, Celina Souza divide-o em cinco estágios: definição da agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções e avaliação dos resultados. Segundo a autora,

10 REZENDE, Flávio. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 13.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39

12 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

a tipologia que vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por fases, sendo um processo dinâmico e de aprendizado, dá ênfase à fase da definição da agenda (*agenda-setting*). Nesse estágio, observa-se a razão pela qual algumas questões entram na agenda política enquanto outras são ignoradas. Sobre o modo como os governos definem suas agendas, há três possíveis respostas. A primeira foca os problemas que entrariam na agenda quando há uma consciência de que se deve fazer algo sobre eles, quando se tornam extremamente visíveis ou graves.

A segunda resposta aborda a política propriamente dita. Foca em como se daria a construção de consciência coletiva, sendo essa construção uma interação entre os atores envolvidos no processo político. Isso ocorre “via processo eleitoral, via mudanças nos partidos que governam ou via mudanças nas ideologias, aliado à força ou à fraqueza dos grupos de interesse”¹³. Para a autora, quando se parte do problema, a persuasão é a forma de construção do consenso, ao passo que, quando o ponto de partida da política pública é a política, o consenso é fruto mais de barganha do que da persuasão. A terceira resposta foca os participantes, sendo estes classificados em visíveis e invisíveis. Os visíveis seriam políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, e os invisíveis seriam acadêmicos e burocratas.¹⁴

Enrique Saravia divide as fases do ciclo da política pública de maneira um pouco diferente, mas igualmente competente e até mais detalhada. Para Saravia, a primeira fase é a da inclusão do pleito ou necessidade social na *agenda* do poder público, em sua lista de prioridades. Nela, ocorre o “estudo e a explicitação do conjunto de processos que conduzem os fatos a adquirir status de ‘problema político’, transformando-o em objeto de debates e controvérsias políticas na mídia”¹⁵. Essa inclusão na agenda justifica uma intervenção pública legítima. A segunda fase é a da *elaboração*, é chamada por outros autores de identificação do problema. Nela, delimita-se um problema atual ou potencial, determinam-se possíveis alternativas de solução e realiza-se uma avaliação dos seus custos e efeitos, além do estabelecimento de prioridades. A próxima fase é a *formulação*, que é a seleção da alternativa mais adequada e conveniente, com uma declaração

13 SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta e MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 74.

14 SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 74.

15 SARAIVIA, Enrique. Introdução à teoria de política pública. In: SARAIVIA, Enrique; FERRAREZI, E. (Orgs.). *Políticas Públicas*. Brasília: ENAP, 2007. p. 32.

explícita da decisão tomada, contendo a definição dos objetivos, do marco jurídico, administrativo e financeiro. A seguir, a fase da *implementação* ou da preparação para a execução. Essa fase é constituída pelo planejamento e organização dos recursos a serem utilizados, humanos, financeiros, materiais e tecnológicos, além do aparelho administrativo necessário. Aqui, elaboram-se todos os planos, programas e projetos que permitirão executar a política pública. A quinta fase é a da *execução*. Trata-se do conjunto de ações destinado a atingir os objetivos da política pública, sua realização, colocação em prática efetiva. “Essa etapa inclui o estudo dos obstáculos, que normalmente se opõem à transformação de enunciados em resultados, e especialmente, a análise da burocracia”¹⁶. A sexta fase é a do *acompanhamento*, conceituado como um processo sistemático de supervisão de uma atividade, objetivando a retroalimentação com informações para eventuais correções, na linha dos objetivos pretendidos. A última fase, *avaliação*, consiste “na mensuração e análise, a posteriori, dos efeitos produzidos na sociedade pelas políticas públicas, especialmente no que diz respeito às realizações obtidas e às consequências previstas e não previstas”¹⁷.

Sublinha-se que as definições ora apresentadas, essenciais no tema política pública, são necessárias para verificar se a decisão do STF de descriminalização das condutas associadas ao uso de drogas, que impactará sobremodo a política nacional sobre drogas, passa por esses ciclos.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização, levando em consideração o contexto nacional, é uma consequência do modelo constitucional por nós adotado. O modelo de jurisdição una, com controle de constitucionalidade difuso e concentrado; a constituição abrangente, analítica, com a positivação de diversos direitos individuais em seu texto; e fortalecimento e expansão do Poder Judiciário garantem sua atuação em temas relevantes diuturnamente. “Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”¹⁸. Ou seja, não depende de uma atitude do julgador, diferentemente do ativismo judicial.

16 SARAVIA, op. cit., p. 32.

17 SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria de política pública. In: SARAVIA, Enrique.; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). *Políticas Públicas*. Brasília: ENAP, 2007. p. 32.

18 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009. p. 22.

O ativismo judicial tem sua origem na jurisprudência norte-americana e, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁹

O que se depreende do conceito é que tanto o ativismo judicial quanto a judicialização ocorrem quando questões de larga repercussão política ou social são decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos poderes Legislativo e Executivo, que são as instâncias políticas tradicionais. “A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.²⁰

Normalmente, o fenômeno do ativismo judicial ganha corpo quando o Poder Legislativo se retrai por força de um descolamento entre sociedade civil e seus representantes, impedindo que demandas sociais sejam efetivamente atendidas. A judicialização é de especial importância quando trata do exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, pois não pode o texto constitucional ser meramente ilustrativo, uma simples “folha de papel”²¹. Porém, como afirma Ciarini “o esforço do Poder Judiciário em afirmar direitos subjetivos constitucionais que assegurem o bem-estar dos cidadãos, como decorrência de sua autonomia privada, não deve importar no sacrifício da autonomia pública dos sujeitos constitucionais”.²² Existe certo limite para uma atuação

19 BARROSO, op. cit., p. 22.

20 Ibidem, p. 22.

21 Lassale, nesse ponto, aduz: “De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”. (LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição? Tradução de: Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013. p. 59)

22 CIARLINI, Alvaro. Direito à saúde e respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson; AMARANTE, Paulo (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 93.

razoável do Poder Judiciário. Um exemplo dessa linha tênue é colocado por Barroso:

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.²³

Apresentam-se contra uma atuação mais proeminente do Poder Judiciário três argumentos principais: o risco para a legitimidade da democracia, o risco de politização da Justiça e os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

O primeiro argumento baseia-se na atuação contramajoritária dos juízes. Uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, como no caso dos poderes Executivo (sistema majoritário) e Legislativo (sistemas proporcional e majoritário), questiona-se a legitimidade de sua intervenção em poderes com o batismo da vontade popular. A invalidação de atos dos demais poderes, cujos membros foram escolhidos pelo povo, seria uma atuação contra a vontade da maioria, portanto, contramajoritária.²⁴ Para Dahl, a equivalência entre uma “maioria nacional” e uma “maioria legislativa”, em cada diferente matéria, é algo questionável. Ou seja, dizer que a eleição de um membro do Poder Legislativo, por exemplo, daria a ele legitimidade em todas as propostas ou votações legislativas, no sentido de uma correspondência entre sua vontade e a vontade de seu eleitor, é algo duvidoso. Ainda que isso fosse verdade, uma justificativa simples para uma interferência maior do Judiciário nas políticas públicas seria a proteção das minorias contra a tirania das majorias, especialmente quando direitos fundamentais constitucionais estiverem sendo desrespeitados. Além disso, segundo o autor, a visão dominante na Corte Constitucional nunca (ou quase nunca) fica desalinhada com a visão dos legisladores por muito tempo, portanto seria irrealista pensar que a posição contramajoritária defendida pela corte seria, de fato, contrária à maioria nacional ou à maioria legislativa de forma duradoura. Em suma, a Corte Constitucional atua, na maior parte

23 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 25. 2009.

24 *Ibidem*, p. 31.

do tempo, de forma majoritária, nem que seja adiantando uma posição majoritária que ainda será formada sobre determinado tema. Não fosse assim, sua atuação seria anômala em uma democracia.²⁵ Além desses argumentos, há o fundamento normativo para uma atuação contramajoritária, que é a simples atribuição, pela Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, de certo poder político, quando “lhe cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”.²⁶

O segundo argumento, intimamente relacionado ao primeiro, coloca a imparcialidade do Poder Judiciário em xeque. Para Dahl, frequentemente casos colocados diante da Corte Constitucional envolvem alternativas socialmente consideradas polêmicas, sobre as quais não há consenso. Em razão desse simples fato, já seria possível classificar a atuação do órgão, nesse caso, como “política”.²⁷ Já para Barroso:

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.²⁸

Paralelamente, Direito não pode ser considerado política no sentido de permitir escolhas livres, partidarizadas ou tendenciosas. Apesar de não haver impessoalidade absoluta, essa deve permear a atuação do Poder Judiciário. Caso não fosse assim, como afirmou Carl Schmitt, a judicialização da política se perverteria em politização da justiça. Desse modo, o juiz não

25 O autor refere-se à Corte norte-americana, mas o pensamento pode ser estendido para a realidade brasileira, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, além de órgão jurisdicional típico, ao julgar recursos interpostos contra tribunais inferiores, é tribunal constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade. (DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.)

26 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009, p. 25.

27 DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

28 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009, p. 27.

deve agir em nome da sua vontade, mas sim da Constituição e das leis; deve respeitar a presunção de validade das leis; e deve lembrar que seu poder também emana do povo, embora não tenha sido diretamente eleito.²⁹

O terceiro argumento questiona a capacidade do Poder Judiciário para intervir em determinadas matérias, em termos de habilidade técnica e de conhecimento. Conforme se demonstrará abaixo, é justamente a incapacidade técnica e cognitiva do STF que o impede de alterar a política nacional sobre drogas.

2 A DESCONSIDERAÇÃO PELO STF DA ATUAL POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL SOBRE DROGAS

Caso prevaleça a tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, o STF desconsiderará a atual política brasileira sobre drogas, a qual, validamente, optou pela criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas.

O art. 28 da Lei de Drogas não deve ser visto isoladamente, como se não estivesse inserido num contexto maior, que lhe dá sentido e suporte. De fato, o dispositivo legal em questão insere-se na política pública sobre drogas, sendo essencial para esta. A sua alteração ou extirpação do ordenamento jurídico afetará, diretamente, a atual política nacional sobre drogas – e o STF deve considerar os impactos da sua decisão. Isso ocorre tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico. Afinal, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”³⁰. Nessa mesma linha, Eros Grau ensina que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.³¹

Após a apresentação do argumento atinente à desconsideração da política nacional sobre drogas, evidenciar-se-á o descabimento, nesse mesmo caso das drogas, da atuação concretista, que permite ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão, suprir o vácuo legislativo decorrente da inércia do Poder Legislativo.

29 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009. p. 28.

30 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 10. ed. 1999. p. 19

31 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. Malheiros, 2006. p. 44.

2.1 A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS RELACIONADAS AO USO DE- ENTORPECENTES PELA ATUAL POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

A política pública brasileira sobre drogas³² é comandada pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD e pelo Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas – CONAD³³, os quais foram criados pela Medida Provisória nº 1669, de 1998³⁴, ao alterar o art. 6º da Lei nº. 9649/98. Inicialmente, esses dois órgãos estavam inseridos na estrutura da Casa Militar da Presidência da República.

Em 2002, por intermédio do Decreto nº. 4345/2002 da Presidência da República³⁵, foi criada a Política Nacional Antidrogas – PNAD³⁶. No Anexo desse Decreto, observada a temática do presente artigo, houve a constatação expressa de que: a) o uso indevido de drogas é uma ameaça à humanidade; b) há correlação entre o uso indevido de drogas e o tráfico de drogas e os crimes conexos a este, o que resulta em uma ameaça à soberania do país, afetando a sua estrutura social e econômica; c) há diferenças entre o usuário e o traficante de drogas, o que implica um tratamento diferenciado quanto a eles; d) a prevenção do uso indevido de drogas deve ser priorizada, por constituir medida de menor custo e maior eficácia; e) os crimes relacionados às drogas³⁷ devem ser coibidos no sentido de aumentar a segurança do cidadão; f) é necessário garantir rigor metodológico às atividades de redução da demanda por meio da promoção de levantamentos e pesquisas sistemáticas.

32 Há um relato histórico acerca da política brasileira sobre drogas no sítio eletrônico do governo federal (BRASIL. *Políticas e Legislações*. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/pessoas-sujeitos-drogas-e-sociedade/politicas-e-legislacoes>>. Acesso em: 02 nov. 2016.).

33 Originalmente, a SENAD denominava-se Secretaria Nacional Antidrogas, e o CONAD, Conselho Nacional Antidrogas. A Lei nº. 11754/08, resultado de um realinhamento da política sobre drogas, substituiu o prefixo “anti” pela preposição “sobre” do SENAD e do CONAD.

34 BRASIL. *Medida Provisória nº. 1669/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1669.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

35 BRASIL. *Decreto nº. 4345/2002, da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4345.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

36 Em 2004, por intermédio da Resolução nº3/GSIPR/CONAD, a PNAD passou a chamar-se “Política Nacional Sobre Drogas”.

37 O Decreto nº. 4345/2002, da Presidência da República, refere-se a “crimes relacionados a drogas” como gênero, do qual, por exemplo, o tráfico de drogas é espécie. Percebe-se então que a PNAD considera as condutas relacionadas ao uso drogas, e não apenas ao tráfico, como crimes, embora reclame uma punição diferenciada ao usuário.

Em 2006, sobreveio a Lei nº. 11.343/2006 – Lei de Drogas³⁸, diploma normativo que, revogando as leis anteriores que disciplinavam, de forma mais tímida, o tema das drogas (Leis nºs. 6368/76 e 10409/02), promoveu sensíveis alterações. Resumidamente, a nova lei passou a disciplinar a política sobre as drogas, tendo criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. No âmbito criminal, ela diferenciou o usuário do traficante de drogas: a Lei nº. 11343/06, no seu art. 28, manteve as condutas relacionadas ao uso de drogas como criminosas, a despeito de haver excluído a possibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade em relação à sua punição; ela previu apenas penas restritivas de direito ao usuário.

Frisa-se, ainda, que, a partir de 2011, a SENAD passou a integrar a estrutura do Ministério da Justiça, por força do Decreto nº. 7426/2011³⁹. De toda sorte, as competências da SENAD foram mantidas.

Apresentado esse quadro evolutivo, percebe-se nitidamente a opção realizada pelo legislador ordinário, qual seja, a de manter o caráter criminoso das condutas relacionadas ao uso de drogas. Nesse sentido, no seu art. 26⁴⁰, a nova Lei expressamente manteve o caráter criminoso das condutas vinculadas ao usuário de drogas.

Aliás, a exposição de motivos da Lei de Drogas é taxativa quanto ao o caráter criminoso do usuário: “Com efeito, ao tratar dos crimes e penas, o projeto prestigia soluções que, desde há muito defendida pelos especialistas, poderiam talvez, se antes estivessem sido adotadas, reduzir o verdadeiro caos em que nos encontramos”.⁴¹ Passou-se da “cultura da punição’ e do internamento da Lei nº 6.368/1976 (que ressalta os modelos de justiça retributiva) para a cultura da restauração e da educação afetiva da Lei nº 11.343/2006 (que ressalta os modelos de justiça restaurativa)”⁴².

38 BRASIL. *Lei Federal nº. 11343/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

39 BRASIL. *Decreto nº. 7426/2011, da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7426.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

40 Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

41 BRASIL. *Exposição de motivos da Lei nº. 11343/06*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaoodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

42 BACELLAR, Roberto Portugal. Mudança de cultura jurídica sobre drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 37.

Surgiu discussão, à época da edição da Lei de Drogas, sobre a possível descriminalização dessas condutas, tendo em vista que o legislador não teria previsto a pena de prisão. No recurso extraordinário nº. 430105⁴³, o próprio STF afastou essa tese, *reconhecendo expressamente a natureza jurídica de crime do referido art. 28*, esclarecendo que a privação da liberdade “constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora”.

A despeito de o STF ter afirmado a ocorrência de “despenalização”, o adequado é sustentar “descarcerização”, já que as condutas do art. 28 da Lei de Drogas mantiveram o seu caráter penal, apenas não admitindo a carcerização do usuário. Em vez, optaram-se por medidas penais e extrapenais não privativas da liberdade e voltadas para o tratamento do usuário. Nessa mesma linha:

Diante do exposto, entendemos que a nova lei não descriminalizou, tampouco despenalizou a conduta de posse ilegal de drogas para uso próprio. O que se tem na lei atual é uma melhor compreensão sobre a problemática que envolve o usuário de drogas, conhecimento por meio do qual se revelou que penas privativas de liberdade não são social ou individualmente úteis para o usuário ou para a sociedade.⁴⁴

“O que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão-somente descarcerizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade ao usuário.”⁴⁵

A razão pela qual o legislador brasileiro, validamente, estabeleceu a pena criminal como resposta ao usuário de drogas reside na sua função preventiva geral, pela qual a pena “tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um dos seus pares, reflitam antes de praticar

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 430105 QO*, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4435666>>. Acesso em: 14 nov. 16.

44 CHIMENTI, Ricardo Cunha. O aprimoramento do judiciário em relação ao uso de drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 46

45 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 54

qualquer infração penal⁴⁶. Além disso, a proporcionalidade entre as penas reservadas ao usuário e ao traficante foi observada. Pulido ensina que o efeito dissuasório da pena é uma das estratégias mais efetivas para proteger os direitos fundamentais. “Por conseguinte, quanto mais importantes sejam os direitos que devam ser protegidos, mais severa deverá ser a pena⁴⁷. Exatamente por isso o usuário não pode receber pena privativa de liberdade (art. 28 da Lei de Drogas), enquanto, por outro lado, a pena mínima reservada ao traficante é de cinco anos de reclusão (art. 33 da Lei de Drogas).

Logo, a atual política brasileira sobre drogas considera o usuário como criminoso, porém lhe interdita a pena privativa de liberdade; no lugar, prevê penas restritivas de direito que almejam a sua recuperação e o afastamento das drogas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.). É exatamente esse o tom restaurativo dela.

As razões da manutenção do trato criminal das condutas associadas ao uso das drogas levam em consideração os efeitos sociais da circulação da droga, e não o dano infligido a si pelo próprio usuário. Tal argumento põe em xeque a fundamentação esposada nos três votos já referidos que supervalorizam a autonomia individual do usuário para considerar inconstitucional o art. 28 da Lei de Drogas.

No atinente aos danos sociais causados pelo uso das drogas, diversamente do sustentado nos votos em questão, há farta doutrina reconhecendo-os. Renato Brasileiro observa que a conduta do usuário coloca em risco a saúde pública, pois representa um risco potencial à difusão de drogas. Também, outros bens jurídicos, indiretamente, são atingidos pelo uso. No campo criminal, é comum que usuários pratiquem crimes patrimoniais (furto e roubo, na sua maioria) para sustentar o vício; ademais, não são incomuns acidentes de trânsito que ocorrem em razão da ingestão pelo motorista de drogas. Brasileiro igualmente reconhece que a aquisição de drogas por parte do usuário estimula a traficância.⁴⁸

46 GRECO, op. cit., p. 490.

47 PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 121.

48 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 712.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União, ao analisar a política nacional de segurança pública, sustentou o seguinte, quanto à proposta de descriminalização das drogas:

496. Com relação ao impacto da descriminalização, é necessário considerar as consequências sob dois pontos de vista.

497. Sob o ponto de vista teórico, a descriminalização aparenta ser a pior alternativa entre os três regimes. Por um lado, a violência decorrente das disputas nos mercados ilegais tende a permanecer alta, haja vista que a produção e a distribuição continuam sendo caracterizados como crimes. Ou seja, a descriminalização não afetaria a violência do lado da oferta.

498. Por outro lado, a violência associada ao consumo de drogas tende a aumentar. Com a descriminalização, espera-se um crescimento no número de usuários, que iria se refletir no número de crimes cometidos sob efeito intoxicante da droga. Além disso, o número de crimes cometidos com a finalidade de obter recursos para aquisição de mais drogas, isto é, para manutenção do vício, também tenderia a aumentar.⁴⁹

Diante desse panorama, constata-se, por leitura perfunctória do Recurso Extraordinário nº. 635.659, que os votos já apresentados contrariam frontalmente a atual política nacional sobre drogas, a qual foi validamente instituída pelos Poderes competentes para tanto: Legislativo e Executivo. O Ministro Gilmar Mendes, no seu voto⁵⁰, conferindo destaque à proteção devida pelo direito à autonomia do usuário de drogas, o qual disporia de uma “liberdade geral”, desde que ele não atinja terceiros com a sua conduta, declarou, sem qualquer restrição, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Como resultado, a posse de qualquer droga – de *ecstasy*, uma das mais caras, até *crack*, uma das mais baratas e devastadoras – deixa de ser crime.

Já o voto do Ministro Luís Roberto Barroso⁵¹, com base em razões pragmáticas (“fracasso da atual política de drogas”, “alto custo

49 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de levantamento nº. TC-025.218/2015-8*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F5015632E97D7A64D9&inline=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 set 2016.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso

do encarceramento em massa para a sociedade” e “prejuízos à saúde pública”) e jurídicas (“direito à privacidade” do usuário, respeito à “autonomia individual” do usuário e “desproporcionalidade”) declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas apenas para a maconha, limitada até a quantidade de 25g, hipótese em que haverá presunção de o indivíduo ser usuário. Ademais, o voto em questão não trouxe um dado técnico que demonstre o “fracasso” da política sobre drogas.

Por sua vez, o voto do Ministro Edson Fachin⁵² foi no sentido da declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, apenas em relação à maconha. Avançando e desbordando intensamente do simples objeto individual do recurso extraordinário em questão, o Ministro declarou a inconstitucionalidade progressiva das condutas relacionadas à produção e à comercialização de maconha; prevalecendo essa tese, serão lícitos tanto o plantio quanto a venda de maconha.

Por esses três votos, constata-se que sequer há uniformidade entre os Ministros da Corte Constitucional sobre uma decisão tão importante e que impactará a política nacional sobre drogas. Não houve consenso em relação aos tipos de droga, à quantidade de droga passível de caracterizar o uso e ao plantio e comercialização. Além disso, sequer estudos técnicos abalizados foram considerados pelos Ministros para afirmar que: a) a *canabis sativa* não causa significativos prejuízos ao homem (posição dos três Ministros); b) a quantidade de 25g, ou qualquer outra, de maconha não causa vício e dependência do usuário; e c) todas as drogas têm o mesmo poder viciante, razão por que todas devem ser liberadas (voto do Ministro Gilmar Mendes). Da mesma forma, não foram realizados estudos necessários para avaliar as consequências da legalização do plantio e da comercialização de maconha (voto do Ministro Edson Fachin).

Com efeito, tais estudos são essenciais para a realização de qualquer política pública. Como se disse anteriormente, não houve consulta aos técnicos responsáveis pela execução das ações relacionadas a essa política pública, nem aos mais diversos pontos de vista e *experts*, em uma clara supressão das fases do diálogo e apreciação, na divisão de Howlett, Ramesh e Perl. Como também já se afirmou, a coordenação do processo de *policy-making*, nesse caso, extrapola a capacidade institucional do STF.

em: 16 set. 2016. Também disponível em vídeo: <<https://www.youtube.com/watch?v=zSLhuORvmko>>. Acesso em: 16 set. 2016.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659*. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://apanha-migalhas/arquivos/2015/9/art20150910-12.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Impõe-se, pela sua relevância, a seguinte observação. Qualquer que seja o parâmetro adotado pelo STF em relação à quantidade de droga para fins de caracterização do uso, a inclusão desse elemento quantitativo em lei formal ou em decisão judicial constitui medida contrária à política pública. Coutinho, ao descrever o papel do direito como ferramenta para a política pública, pondera que ele deve conter flexibilidade, revisibilidade e manobra para experimentação e sedimentação de aprendizado⁵³. Ocorre que, se o índice quantitativo em questão for cristalizado em lei ou em decisão judicial, a sua revisão é assaz difícil, já que, para a lei, será necessário o concurso da maioria parlamentar e, para a decisão judicial, nada poderá ser feito, a não ser que uma nova causa seja apresentada ao STF, pois este, em razão do princípio da inércia da jurisdição e da própria coisa julgada, não pode, espontaneamente, rever decisão sua. Aliás, justamente por essa dificuldade da revisão do entendimento fixado em lei formal, Cláudio Couto sustenta o “caráter antidemocrático inerente à inclusão de políticas públicas num texto constitucional”⁵⁴.

No mais, além da falta de discussão com a *policy community*⁵⁵ pelo STF quando ele altera ou impõe unilateralmente, mediante a cogência da sua decisão, a política sobre drogas, há um erro de argumento nos três votos já apresentados no Recurso Extraordinário nº. 635.659 ao supervalorizar a autonomia e a dignidade da pessoa humana. Os votos reconhecem a autonomia para permitir que o indivíduo realize uma conduta danosa contra si mesmo, o que representa verdadeiro contrassenso social, sob a perspectiva objetiva e comunitária dos direitos fundamentais. Observe-se, a respeito, o seguinte voto vencido na “Sentencia No. C-221/94” do Corte Constitucional Colombiana, que também terminou por autorizar o uso pessoal de drogas, todavia mantendo o caráter criminoso da mercancia da droga:

53 COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

54 COUTO, Claudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 114.

55 Segundo Celina Souza, *policy community* é uma comunidade de especialistas que estão dispostos a investir recursos variados esperando um retorno futuro dado por uma política pública. (SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 76). Soraia Côrtes tem conceito similar de *policy community*: “[o] conceito se refere a um número relativamente estável de membros que compartilham valores e visão sobre os resultados desejáveis da política setorial”. (CORTÉS, Soraia Vargas. Viabilizando a participação em conselhos de política pública municipais: arcabouço institucional, organização do movimento popular e *policy communities*. In: HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 135)

Resulta contra la naturaleza de la ley, despenalizar una conducta lesiva per se. Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada “dosis personal”, en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción.⁵⁶

Por fim, há ainda outro fator que não recomenda a regulamentação da política sobre drogas em decisão judicial. Com efeito, o uso da droga não é uniforme no Brasil, fatores regionais, culturais e geográficos, cuja investigação desborda dos limites deste trabalho, justificam essa diferença. Exemplificativamente, conforme dados de pesquisa efetuada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁵⁷, no ano de 2015, enquanto, no Estado de Alagoas, houve 408 casos registrado de uso de droga, em Mato Grosso, houve 3.919 casos, e, no Rio Grande do Sul, 11.116 casos, mais do que o dobro registrado em São Paulo, 5.450 casos. Com pertinência, Galduróz anota que:

Além disso, o uso de drogas é algo dinâmico, em constante variação de um lugar para outro e mesmo em determinado lugar. Por tais razões, são necessários programas permanentes de pesquisas epidemiológicas, para que novas tendências possam ser detectadas e programas de prevenção e intervenção adequadamente desenvolvidos.⁵⁸

Justamente essa variação no uso de drogas, as diferenças regionais e constante estudo não permitem uma fixação de política pública por decisão judicial que valerá para todo o Brasil, ignorando as suas diferenças e dificultando a revisão dos índices da quantidade de droga que seriam aceitáveis.

56 COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia No. C-221/94*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

57 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-18nov_retificada.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016. p. 36.

58 GALDURÓZ, José Carlos Fernandes. Epidemiologia do uso de substâncias psicotrópicas no Brasil: dados recentes. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 175.

Uma vez demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11343/06 contraria a política pública brasileira sobre drogas, passa-se a sustentar o descabimento da atuação dita concretista do STF no caso específico das drogas.

2.2 O DESCABIMENTO DA ATUAÇÃO CONCRETISTA DO STF NA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DROGAS

No atinente à implementação de direitos, a atuação do STF, conforme Bernardo Fernandes⁵⁹ e Alexandre de Moraes⁶⁰, pode assumir um viés não-concretista ou concretista, este com subdivisão na teoria concretista geral e na teoria concretista individual. Essa classificação leva em conta a atuação do STF em mandados de injunção, o qual se destina a suprir a omissão legislativa que inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, nos termos do art. 5º, LXXI, da CF. Todavia nada impede a sua utilização para os julgamentos da Suprema Corte que, independentemente da classe processual (ADC, ADI, ADPF e REXT, p. ex.), terminem por gerar ou modificar direitos, sobretudo os de caráter coletivo, os quais compreendem “interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias”⁶¹.

Pela tese não-concretista, o STF, reconhecendo a mora do legislador quanto à elaboração de lei, limita-se a recomendar que o Poder Legislativo supra essa mora. Foi a posição adotada, pelo STF, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 107/DF⁶².

Já pela tese concretista, o STF implementa o exercício do direito obstado pela inexistência de lei até que esta sobrevenha. Pela corrente concretista geral, o Poder Judiciário implementa o direito objeto da ação com caráter *erga omnes*, ou seja, para todos, mediante a regulamentação geral desse direito.

Pela corrente concretista individual, a implementação ocorre com eficácia *interpartes*, ou seja, apenas para o autor da ação. Esta corrente

59 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 530-540.

60 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 161-166.

61 MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio pública e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de injunção n.º 107/DF*. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

subdivide-se. Pela corrente concretista direta, o Judiciário, ao reconhecer a mora do legislador, implementa, de imediato, o direito. Pela corrente concretista intermediária, o Judiciário, ao reconhecer a mora do legislador, assina um prazo para este a supra; caso a inércia legislativa perdure, então ele implementa o direito.

A força normativa da Constituição⁶³ e, conseqüentemente, o seu princípio da máxima efetividade⁶⁴ justificam a adoção da corrente concretista direta. Aliás, nota-se uma evolução no entendimento do STF nesse sentido: em 1990, o Mandado de Injunção n.º 107/DF (o STF limitou-se a reconhecer a mora do Poder Legislativo quanto à regulamentação da estabilidade dos servidores públicos militares), adotando a corrente não concretista; em 1991, o Mandado de Injunção n.º 232-1/RJ⁶⁵ (o STF decidiu que, se no prazo de seis meses não sobreviesse a lei regulamentadora do art. 195, § 7º, da CF⁶⁶, a autora gozaria da isenção nele prevista), adotando a corrente concretista intermediária; em 2007, o Mandado de Injunção n.º 712/PA⁶⁷ (reconhecendo a inexistência de lei sobre o direito de greve no serviço público, o STF determinou a aplicação imediata da Lei n.º 7783/89, que regulamenta a greve no setor privado), adotando a corrente concretista direta.

Percebe-se, assim, que o essencial para o cabimento do mandado de injunção consiste, segundo o Ministro Celso de Mello, na “omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa imposta”⁶⁸.

63 A força normativa da Constituição relaciona-se à vigência da norma constitucional, “ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14.)

64 Fernandes anota que a máxima efetividade “orienta os aplicadores da Constituição no sentido de interpretarem as normas a fim de que seja otimizada sua eficácia sem, contudo, alterar seu conteúdo”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 187.)

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 232-a/RJ*. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

66 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 712/PA*. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 708/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto do Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

A propósito, o STF, no Recurso Extraordinário nº. 410715-5/SP, interveio judicialmente em política pública, mas com a finalidade de implementar direitos oriundos dela, observada a *omissão* do Poder Executivo. No caso, o STF manteve a determinação para certo município oferecer vagas em estabelecimentos de ensino para crianças de até seis anos de idade. Confira-se o seguinte excerto pertinente da ementa deste julgado, que faz alusão à atitude omissiva do executivo municipal na implementação de direitos:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁶⁹

Na mesma linha, é inegável admitir que a decisão do STF que reconheceu a validade da união homoafetiva (ADPF nº. 132/RJ e ADI 4277/DF)⁷⁰ afetou todas as políticas públicas brasileiras voltadas à família, com reflexos até na previdência social, por exemplo. O fator determinante apontando pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio residiu na *omissão* dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprir a igualdade e a dignidade previstas na Constituição.

Dessa forma, sob a óptica da política brasileira sobre drogas, observa-se o descabimento cabal da atuação concretista do STF, visto que a legislação sobre drogas, editada em 2006, é completa. Vale dizer: não há mora do Poder Legislativo quanto à questão das drogas, razão por que o STF não pode intervir na questão. Dito de outra forma, inexistente omissão dos Poderes Legislativo e/ou Executivo em implementar a política nacional sobre drogas, que optou pela criminalização de condutas associadas ao uso de droga.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 410715-5/SP*. Min. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APF nº. 132/RJ, julgada juntamente com a ADI nº. 4277/DF*, Rel. Min. Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

Apenas se não existisse lei sobre as drogas, poder-se-ia cogitar de uma atuação positiva do STF; todavia, considerando a existência de legislação integral a respeito (Lei nº. 11343/06), a única avaliação que pode ser realizada é a da sua adequação ou qualidade.

Em suma, a adequação ou a qualidade de uma política pública instrumentalizada por legislação – sublinha-se que o art. 28 da Lei nº. 11343/06 é instrumento de política pública – não são sindicáveis pelo Poder Judiciário. Dallari Bucci, com base no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF)⁷¹, esclarece que a tutela judicial da política pública é possível, desde que esta expresse direito. “Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública”.⁷² Eis a constatação: existe uma integral política pública sobre drogas, expressa pela Lei nº. 11343/06; a inexistência dessa política pode ser objeto de questionamento pela via da justiça, mas não a sua adequação. Assim, porque o tratamento das condutas relacionadas ao uso de drogas diz respeito à qualidade e à adequação da política pública sobre drogas, tal questão não deve ser objeto de tutela judicial.

Logo, em se tratando da política pública sobre drogas, o STF pode intervir, por exemplo, para assegurar um direito dela decorrente, a exemplo da previsão contida nos arts. 23 e 26, ambos da Lei nº. 11343/06, se verificar omissão do Poder Executivo. Diversamente, ele não deve intervir nela para descriminalizar, ou seja, tornar atípica, as condutas previstas no art. 28 da Lei 11343/06 relacionadas ao uso de droga.

3 A ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO STF NA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DROGAS: PARTICIPAÇÃO NA FORMAÇÃO DA AGENDA E NA ELABORAÇÃO

Não obstante a impossibilidade acima demonstrada de o STF alterar ou impor unilateralmente a política de drogas, pergunta-se: o STF tem alguma atuação nas políticas de drogas? Caso positiva a resposta, qual é a atuação legítima dele?

71 “Quando o inc. XXXV do art. 5º. da Constituição Federal diz que a lei não pode ‘excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito’, verdadeiramente está abrindo o Judiciário a todo o tipo de discussão”. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82.)

72 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

Observa-se que algumas das fases do ciclo exigem uma estrutura robusta, estudos técnicos aprofundados e diálogo entre diferentes atores. Nas palavras de Ciarlini:

No processo de elaboração da decisão, no transcorrer do respectivo procedimento, o juiz deve possibilitar a realização de audiências públicas para colher o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, ouvindo também, além da opinião dos técnicos responsáveis por essas ações e serviços públicos de saúde, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos que compõem o Sistema Único de Saúde, isto sem olvidar da possibilidade de oitiva de outros integrantes da sociedade civil.⁷³

O autor refere-se a questões relacionadas à saúde, mas a ideia pode ser usada em qualquer discussão sobre política pública.

Defendeu-se, acima, que o STF, no caso da política de drogas, não tem legitimidade para interferir diretamente no conjunto dessa política pública, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, uma vez que não consultou a *policy community*, representada pelos diversos atores envolvidos, não realizou estudos de impacto com a devida profundidade e não teria estrutura para avaliar as consequências de sua decisão nas fases do acompanhamento e da avaliação.

A favor do STF, todavia, pesa a opinião pública. Em pesquisa realizada pelo CJUS em parceria com a *Hello Research*, em 2011, quando comparado com os poderes Executivo e Legislativo, ele foi considerado o órgão com maior legitimidade popular para decidir sobre a legalização das drogas, com 19% das menções, contra 18% para o Legislativo e 13% para o Executivo.

Não obstante, quando se consideram as fases do ciclo da política pública, entendemos que o STF, pela mencionada credibilidade institucional que tem, deve estar presente nas discussões e ser um ator relevante no processo, especificamente nas fases iniciais de agenda-*setting* e elaboração. A Corte, que, como consequência da globalização e da Revolução técnico-científica, teve de lidar com uma maior diversificação social e maior velocidade na alteração da dinâmica das relações sociais, acabou assumindo

73 CIARLINI, Alvaro. Direito à saúde e respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson; AMARANTE, Paulo (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 96.

certo protagonismo no fechamento normativo das leis, que se tornaram mais flexíveis e indeterminadas⁷⁴. Para que as leis não precisem ser modificadas constantemente, o Judiciário utiliza sua maior capacidade de adaptação às mudanças sociais e agilidade (quando se faz uma comparação com o processo legislativo), garantindo, assim, um mínimo de estabilidade ao ordenamento jurídico. “Essa nova característica normativa — que não se configura como passageira ou temporária — ampliou significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica”.⁷⁵ Nesse contexto, o STF ganha um peso relevante na formação da agenda, trazendo assuntos para a pauta nacional, especificamente num plano que Marcos de Castro chama de o plano das ações políticas ou *não jurisdicionais*, definidas pelo exercício informal (ou institucionalmente marginal) do poder⁷⁶.

O STF também pode contribuir na fase de elaboração, na delimitação do problema, trazendo elementos identificados pela Corte como relevantes. Na visão de Howlett, Ramesh e Perl, a fase de formulação (que na divisão de Saravia poderia ser enquadrada no momento da elaboração), quando são consideradas várias opções e algumas são descartadas, pode ser dividida em quatro fases menores: apreciação, diálogo, formulação propriamente dita e consolidação.⁷⁷ O STF pode participar dessa formulação (elaboração de Saravia) ajudando na identificação de dados e evidências e fornecendo informações sobre problemas políticos e soluções – fase da apreciação; e pode atuar na fase do diálogo, opinando como ator político relevante, debatendo as opções políticas propostas.

Quanto à terceira fase menor – formulação propriamente dita –, o STF não tem capacidade institucional para realizá-la, quando se sopesam

74 MAIA, Vinícius Lins. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal*: contribuições para a prática do ativismo judicial. Franca: [s.n.], 2014.

75 *Ibidem*, p. 216.

76 A atuação dos tribunais, em sua interação com o sistema político, tem se dado em dois planos: (a) o plano das ações políticas ou não jurisdicionais, definidas pelo exercício informal (ou institucionalmente marginal) do poder; e (b) o das ações jurisdicionais, caracterizadas pelo exercício formal da autoridade judicial. No primeiro caso, encontram-se pronunciamentos de juízes (discursos de posse, declarações à imprensa) distintos dos que decorrem do exercício da autoridade judicial, mas que são frequentemente complementares a ela, do ponto de vista político. Por outro lado, as ações jurisdicionais compõem-se de pronunciamentos oficiais dos juízes, no exercício de sua autoridade judicial! (despachos, sentenças, votos, acórdãos, decisões liminares). (CASTRO, Marcos Faro de. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.)

77 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas : uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 124.

evidências em relação a várias opções e se elabora um quadro de referência para que atores públicos e privados negociem em um plano mais específico. Tampouco a quarta fase menor – consolidação – o STF pode realizar, quando se realiza um *feedback* mais ou menos formal sobre a opção ou opções recomendadas, levando em conta discordâncias que surgem após a elaboração da proposta.⁷⁸

A capacidade institucional, mencionada anteriormente, envolve a definição de qual Poder está mais habilitado a decidir sobre determinada matéria⁷⁹. Temas que envolvem aspectos técnicos ou científicos, com grande complexidade, “podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico”.⁸⁰ Em situações como a da Política de Drogas, os juízes deverão prestigiar as manifestações dos Poderes Legislativo e Executivo, “cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade”.⁸¹ Em certos casos – omissão legislativa e executiva –, como visto acima, *ações jurisdicionais*, até mesmo com atuação concretista da Corte Constitucional, são bem-vindas e necessárias. Porém, o que não se pode é frustrar a discricionariedade técnica do administrador, que é aquele que detém a competência, a estrutura e a capacidade institucional para decidir sobre a política pública, obedecendo aos seus ciclos, ou frustrar a vontade do legislador. Como diz Barroso:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.⁸²

78 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas : uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 125.

79 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 29, 2009.

80 *Ibidem*, p. 29.

81 *Ibidem*, p. 29.

82 *Ibidem*, p. 21.

Dessa forma, a atuação legítima do STF, na política pública sobre drogas, deve restringir-se ao auxílio na formulação da agenda. Isso decorre inclusive do papel da Suprema Corte de vocalizador de demandas⁸³, ao permitir que anseios sociais, representados no elevado número de ações judiciais, cheguem ao conhecimento dos atores responsáveis pela agenda.

4 CONCLUSÃO

Com base nas análises realizadas, pode-se afirmar que a Lei nº. 11343/06 é instrumento de política pública sobre drogas, tendo criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Reconhece-se também que o STF, com amparo no Recurso Extraordinário nº. 635.659, que visa à declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei, o qual criminaliza o uso de drogas, pretende alterar unilateralmente essa política nacional, a qual válida e democraticamente optou pela criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas, adotando a corrente restritiva.

Com três votos já prolatados, dos Ministros Gilmar Mendes, Luís Barroso e Edson Fachin) no sentido da liberação, com efeitos *erga omnes*, do uso de drogas, o julgamento aqui tratado impactará a política nacional sobre drogas de forma importante.

Entre os problemas do caso, pode-se citar a ausência de uniformidade na posição dos ministros, especificamente em relação aos tipos de droga, à quantidade de droga passível de caracterizar o uso e ao plantio e comercialização; a ausência de estudos de impacto; a falta de consulta aos diversos atores envolvidos no processo, como técnicos responsáveis pela implementação da política, *experts*, o próprio Poder Legislativo, em uma clara afronta ao ciclo da política pública, especificamente em relação às fases de diálogo e apreciação, além da precária capacidade institucional para as fases de acompanhamento e avaliação. Nas palavras do próprio Ministro do STF Barroso, com efeito, “o juiz nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões [...] sobre a realidade de um segmento econômico ou a prestação de um serviço público”.⁸⁴

83 Para Coutinho, enquanto vocalizador de demandas, o direito deve assegurar a participação de todos os interessados na conformação, na implementação e na avaliação da política pública. (COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.)

84 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 30, 2009.

Além desses óbices, há grande variação no uso de drogas por todo o Brasil, com diferenças regionais acentuadas, destacando-se que a fixação de alguns critérios por decisão judicial, em substituição ao executor da política, dificultaria revisões ágeis e necessárias.

Em relação ao ativismo judicial, sustenta-se que a atuação contramajoritária, principalmente a concretista, é bem-vinda, mas não em todos os casos. Uma maior intervenção do Poder Judiciário nos outros poderes é devida para assegurar o cumprimento de direitos fundamentais, especialmente quando obstados pela mora legislativa e/ou pela omissão do Executivo. Não é o caso, contudo, da política nacional sobre as drogas. Não houve mora, e não há exercício de direito prejudicado pela opção do legislador. Há política pública legislada e, de acordo, novamente, com o Barroso, quando há manifestação do legislador, existindo lei válida aprovada pelo Legislativo concretizando norma constitucional ou dispendo sobre matéria de sua competência, “deve o juiz acatá-la e aplicá-la, ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular”.⁸⁵

A atuação legítima do STF, no caso aqui tratado, deve centrar-se nas fases formação da agenda e da elaboração. Nesses momentos, contribuições da Corte seriam bem-vindas, e sua credibilidade junto à opinião pública serviria para dar movimento ao debate.

Por fim, calha registrar que a presente conclusão quanto à atuação do STF na política nacional sobre drogas se estende, com algumas modificações necessárias, a outras políticas públicas, tais como aborto e pesquisas com célula-tronco. Todavia, tais temas são assunto para outro trabalho.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Mudança de cultura jurídica sobre drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

85 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 31, 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C, Varriale et al. 13. ed. v. 2. Brasília: UnB, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 10. ed. 1999.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 635.659*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide nte=4034145>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de levantamento nº. TC-025.218/2015-8*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F5015632E97D7A64D9&inli ne=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- CASTRO, Marcos Faro de. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. O aprimoramento do judiciário em relação ao uso de drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.
- CIARLINI, Alvaro. Direito à saúde e respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson; AMARANTE, Paulo (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2010.
- CORTÊS, Soraia Vargas. Viabilizando a participação em conselhos de política pública municipais: arcabouço institucional, organização do movimento popular e policy communities. In: HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

COUTO, Claudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Marcelo Santos. Estratégias de redução de danos para pessoas com problemas com drogas na interface dos campos de atuação da justiça e da saúde. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-18nov_retificada.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GALDURÓZ, José Carlos Fernandes. Epidemiologia do uso de substâncias psicotrópicas no Brasil: dados recentes. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MAIA, Vinícius Lins. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial*. Franca: [s.n.], 2014.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio pública e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria de política pública. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. (Orgs.). *Políticas Públicas*. Brasília: ENAP, 2007.
- SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.
- REZENDE, Flávio. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.