

A CONSTITUIÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: O FUTURO DAS INSTITUIÇÕES

Estudos em homenagem a
José Afonso da Silva

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Coordenador

Marco Aurélio Mello
Claudio Lamachia
Gilmar Mendes
Ricardo Lewandowski
Dias Toffoli
Luiz Fux
Roberto Barroso
Edson Fachin
Arnold Wald
Nabor Bulhões
Jorge Miranda
José Gomes Canotilho
Vital Moreira
Lorenzo M. Bujosa Vadell
Humberto Martins
Ricardo Villas Bôas Cueva
Rogerio Schietti Cruz
Grace Maria Fernandes Mendonça
Monica Herman Salem Caggiano
Ingo Wolfgang Sarlet
Clèmerson Merlin Clève
Ana Paula de Barcellos
Eduardo Maneira
João Batista Gomes Moreira
Antônio Souza Prudente
Kássio Nunes Marques
Hercules Fajoses
Néviton Guedes
Luís Cláudio da Silva Chaves
Felipe Sarmiento Cordeiro
José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral
Marcos da Costa
Felipe Santa Cruz
Luiz Viana Queiroz
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Michel Temer - *Postfácio*



1ª edição – 2018

© Copyright
Marcus Vinicius Furtado Coêlho

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C775

A constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva / Miguel Gualano de Godoy...[et al.]; coordenação Marcus Vinicius Furtado Coêlho. - 1. ed. - Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

1208 p.: il.; 24 cm.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-9524-028-5

1. Direito constitucional. I. Coêlho, Marcus Vinicius Furtado.

17-45643

CDU: 342(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
GZ EDITORA
OAB EDITORA

contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – sala 202 – 2º andar – Castelo – RJ
CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A CONSTITUIÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: O FUTURO DAS INSTITUIÇÕES

Estudos em homenagem
a José Afonso da Silva

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Coordenador

Rio de Janeiro
2018

GZ
EDITORA

OAB
EDITORA

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E UMA POSSIBILIDADE CONCRETA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659¹

LUIZ EDSON FACHIN
MIGUEL GUALANO DE GODOY

NOTA PRÉVIA

A trajetória do Professor Titular Doutor José Afonso da Silva é amplamente conhecida, sendo notório o papel timoneiro que desempenhou na construção e desenvolvimento do direito constitucional brasileiro. Trata-se de empreitada digna de nota e louvor, especialmente quando experimentamos um tempo em que se vive no ápice do Poder Judiciário no Brasil um momento de **alta voltagem**, para utilizar a feliz expressão cunhada por José Rodrigo Rodriguez. Tal momento, no entanto, não se confunde com a temporalidade da política em sentido estrito, atualmente permeada por um crescente dissenso que se mostra não raro intransigente. É nosso desafio pesar e construir o **futuro das instituições**, o que pressupõe expressão de compreensão sobre a relação entre constitucionalismo e democracia. A disputabilidade de sentido da Constituição é conatural dentro dos limites normativos estabelecidos pelo texto constitucional. Vale dizer, não existe resposta prévia ou pronta. O pluralismo e o desacordo razoável são elementos inevitáveis e constitutivos desse tempo. São também o terreno fértil propiciador das

1 As ideias trabalhadas no presente ensaio pelos autores reverberam reflexões apresentadas em sede jurisprudencial e doutrinária, a saber, o Voto já proferido pelo Ministro Luiz Edson Fachin por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (pendente de conclusão de julgamento), bem como a obra do coautor Miguel Gualano de Godoy, "*Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*" (Ed. Fórum, 2017). Por tal razão, a referência existente em várias passagens deste texto concerne ao Voto proferido, e uma vez que três votos já foram prolatados, aqui será mantida, com a devida licença do leitor, a menção ao voto do Ministro Vitor, o primeiro coautor desta reflexão escrita, ulterior ao voto proferido e já divulgado.

respostas de que tanto carecemos e que precisamos obrar. Eis, aí, uma dentre muitas razões pelas quais se presta justa homenagem ao Professor José Afonso da Silva. Um construtor de respostas e um inspirador de tantas outras que estão por serem arquitetadas, em prol da liberdade e da democracia.

1. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: CAMINHOS E HORIZONTES

A palavra **diálogo** é expressiva e atrativa para a política, pois denota a ideia de igualdade, respeito e reciprocidade mútuos. Indivíduos dialogam entre si, em espaços formais e informais, e as decisões de instituições são, em geral, o resultado de diálogos internos que as precederam².

Na teoria constitucional dos últimos anos a palavra **diálogo** tem surgido como uma metáfora ubíqua, que reflete essa interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na tarefa de interpretação e aplicação da constituição³. O pano de fundo dessa abordagem é a separação entre os Poderes e tem por objetivo mostrar como é possível pensar essa tarefa de forma dialógica e cooperativa, ao invés de encará-la como uma disputa entre adversários⁴.

A metáfora dos diálogos já aparecia com Alexander Bickel (1986) na década de 1960, quando ele fazia alusão às ideias de um **colóquio contínuo**, de uma **conversa permanente**, sobre a interpretação da constituição⁵. Louis Fisher (1988) também abordou o tema e se valeu da expressão que, na década de 1980, estampou o título de seu livro **Diálogos Constitucionais: in-**

2 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105. Vide também: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 150.

3 BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, v. 71, n. 3, 2006. p. 1109. Vide também: GODOY, op. cit., p. 150.

4 MENDES, op. cit., p. 105. Vide também: GODOY, op. cit., p. 150.

5 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Heaven: Yale University Press, 1986. BICKEL, Alexander M. *Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1970. Vide também: MENDES, op. cit., p. 106. Vide também: GODOY, op. cit., p. 150.

terpretação como processo político⁶. A ideia, apesar de não ser nova, tem ganhado força, desenvolvimento e maior profundidade nos últimos anos.

As teorias sobre os diálogos institucionais, em geral, se diferenciam pela abordagem que realizam – quanto ao método (ou empírica)⁷ e quanto à estrutura (ou normativa)⁸. As análises empíricas tratam os diálogos como um produto, resultado, do desenho institucional e da separação entre os Poderes. Uma análise passível, portanto, de verificação prática mediante a atuação das cortes e do acatamento ou superação das decisões judiciais pelos demais Poderes. As aproximações normativas tratam os diálogos como uma demanda, exigência normativa que estabeleça essa comunicação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes⁹.

6 FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Nova Jersey (EUA): Princeton University Press, 1988. Vide também: GODOY, op. cit., p. 150.

7 FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. FRIEDMAN, Barry. *Constitucionalismo Popular Mediado*. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Palermo, v. 6, n. 1, 2005. p. 123-160. PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press, 2004. WHITTINGTON, Keith. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history*. Nova Jersey (EUA): Princeton University Press, 2007. WHITTINGTON, Keith. *Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 1, n. 3, 2003. p. 446-474. Disponível em: <<https://goo.gl/xyuCsQ>>. Vide também: GODOY, op. cit., p. 150.

8 HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Alison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps The charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, 1997. HOGG, Peter Wardell; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGTH, Wade K. *Charter Dialogue revisited or "Much Ado about metaphors"*. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 45, n. 1, 2007. HOGG, Peter. THORNTON, Alison A. Reply to "Six degrees of dialogue". *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 45, n. 1, 2007. ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 110, n. 7, 1997. ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Fredrick. *Defending judicial supremacy: a reply*. *Constitutional commentary*, v. 17, n. 3, 2000. GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. *American Journal of Comparative Law*, Maryland, v. 49, n. 4, 2001. p. 707-760. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Nova Jersey (EUA): Princeton University Press, 2008. Vide também: GODOY, op. cit., p. 151.

9 BATEUP, op. cit., p. 1109-1110. Vide também: MENDES, op. cit., p. 107. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 209. SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 92. Vide também: GODOY, op. cit., p. 151.

As percepções empíricas têm a vantagem de mostrar como, na prática, o significado da constituição é construído por meio de um embate, fluxo e refluxo de ideias e concepções. No entanto, podem ser insuficientes ao deixarem de lado parâmetros normativos que favoreçam os diálogos que tanto apregoam. O tratamento normativo tem o benefício de mostrar como exigências legais promovem ou ao menos deixam em aberto a possibilidade dos diálogos. Quando há obrigatoriedade legal ou instrumentos legais que promovam o diálogo, ele torna-se mais fácil e qualquer decisão deve levar em conta uma possível resposta reativa. No entanto, o olhar exclusivamente normativo pode pecar ao se debruçar demasiadamente sobre o papel das cortes e dos juízes. Nesse sentido, se há que se promover o diálogo, focar somente no papel do Poder Judiciário, ainda mais normativamente, é minorar a importância e os deveres dos demais atores nessa relação dialógica.

Diante disso, um caminho diverso seria encarar os diálogos institucionais segundo as características que se sobressaem do próprio processo dialógico, seja ele fruto de uma atuação ou de uma exigência normativa¹⁰. Acreditamos, pois, na esteira de Christine Bateup (2006), numa atuação dialógica que compreenda a capacidade institucional peculiar de o Poder Judiciário interpretar a constituição e seus princípios por meio da revisão judicial das leis. Mas, não para impor suas interpretações, e sim para ser mais uma voz na definição do sentido e alcance das normas constitucionais.

As previsões legais de incentivo aos diálogos, como a admissão de *amicus curiae* (art. art. 7º, §2º e art. 18 da Lei n.º 9.868/1999; art. 138 do Código de Processo Civil) ou a realização de audiências públicas (art. art. 9º, §1º e §2º, art. 12-E, §1º, art. 20, §1º e §2º, da Lei n.º 9.868/1999 e art. 6º, §1º da Lei n.º 9.882/1999; art. 983, §1º e art. 1038, II, ambos do Código de Processo Civil), seriam exemplos de bons incentivos normativos aos diálogos. Assim, deixa-se o Poder Judiciário livre para exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis, mas lhe impõe o dever de estar atento e aberto ao diálogo. Por sua vez, o Poder Legislativo fica ciente de que seus atos podem ser revistos e derrubados pelo Poder Judiciário. Antes que isso

10 BATEUP, op. cit., p. 1174-1175. Vide também: GODOY, op. cit., p. 158.

aconteça, um diálogo entre os Poderes e entre estes e o povo e demais instituições é bem-vindo. E após o eventual controle de constitucionalidade das leis, é importante que ainda existam canais de diálogo e redefinição da interpretação da constituição.

Dessa forma, busca-se promover um diálogo institucional que não se fundamenta sobre uma superioridade interpretativa prévia de nenhum dos Poderes. Ao contrário, reconhecem-se as diferentes competências de cada um, distintas habilidades e expertises de cada um dos intérpretes da constituição. As previsões normativas aparecem então como elementos necessários para o incentivo desse desejado diálogo. A interpretação da constituição seria, assim, o resultado do confronto de posições “separadas, mas interligadas” de cada um dos Poderes e demais atores que interpretam a constituição¹¹.

A proposta de Christine Bateup (2006) aqui encampada, por ela chamada de fusão dialógica, se mostra não apenas teoricamente mais adequada – por partir de um reconhecimento das qualidades particulares de cada instituição sem que, no entanto, haja uma preferência, *a priori*, de uma sobre a outra – mas, também, pragmaticamente mais crível – por requerer uma previsão normativa para a promoção dos diálogos¹². Ou seja, defende-se a aposta nos diálogos institucionais porque é preciso incentivar um comportamento dialógico de cada um dos Poderes na interpretação da Constituição, segundo suas competências e habilidades específicas, proporcionando-se assim a elaboração de uma decisão mais democrática.

No entanto, para que tal diálogo não fique dependente do mero voluntarismo de cada Poder ou de seus membros, previsões normativas são necessárias para incentivar e promover esse diálogo. As previsões normativas dialógicas não devem impor a primazia de um sobre o outro, mas forçar cada um a ser cuidadoso e criterioso em sua tarefa interpretativa, sempre atento e aberto às proposições vindas dos outros intérpretes e aplicadores da constituição.

A forma de diálogo particularmente aqui defendida também mostra como juízes e cortes, ao realizarem o controle judicial de constitucionalidade

11 BATEUP, op. cit., p. 1175. Vide também: GODOY, op. cit., p. 158.

12 GODOY, op. cit., p. 162. Vide ainda: BATEUP, 2006, passim.

dade das leis, se envolvem ou devem se envolver em um debate dinâmico e dialógico sobre o significado das normas constitucionais. As respostas buscadas sobre o significado da constituição devem, assim, ser construídas, e não impostas. Como bem aponta Conrado Hübner Mendes (2011), a interação é um fato, não uma escolha ou possibilidade¹³. O diálogo não decorre somente da manifestação de vontade de um Poder ou apenas por exigência de algum dispositivo normativo. Ao contrário, ele deve ser o produto dessa tensão entre empirismo e normativismo, que compreendem a separação entre os Poderes como algo dinâmico, e não estanque. O diálogo nasce, assim, da conjugação entre um desenho institucional e uma cultura política, de incentivos normativos e disposição dialógica¹⁴.

Não se está aqui a defender a adoção irrefletida dos modelos do direito comparado, pois o mero transplante de arranjos estrangeiros em geral recai no equívoco de desconsiderar demandas institucionais locais. No entanto, eles mostram como se pode estabelecer outra dinâmica institucional em nossa realidade ao invés de se insistir na disputa pela última palavra sobre o significado da constituição e na velha oposição entre supremacia judicial ou supremacia legislativa. Dessa maneira, pode-se fazer uma análise mais acurada sobre o desempenho de cada Poder na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição, pois passamos a avaliar não somente a forma de atuação dos Poderes, mas também as diferentes concepções de legitimidade que informam sua atuação¹⁵.

A perspectiva de diálogo interinstitucional aqui defendida, portanto, é aquela que não enxerga uma oposição entre os Poderes. O exercício do controle de constitucionalidade não se opõe e nem se sobrepõe ao exercício legislativo. O desafio é mostrar como, mesmo sendo a expertise uma variável importante no desenho institucional, a insistência sobre quem deve ter a última palavra é algo ilusório, além de improdutivo. A melhor interpretação sobre a Constituição e a melhor decisão, seja ela jurídica ou políticogisla-

13 MENDES, op. cit., p. 161. Vide também: GODOY, op. cit., p. 162.

14 MENDES, op. cit., p. 162. Vide também: GODOY, op. cit., p. 162.

15 GODOY, op. cit., p. 163.

tiva, não decorrem somente das capacidades de uma ou outra instituição, mas sim da interação deliberativa entre elas e da busca pelas melhores razões públicas para justificar suas posturas e julgamentos¹⁶.

Estabelecidos os contornos procedimentais do que se compreende por diálogos institucionais, tem-se então caminho a trilhar para o deslinde de sensíveis questões sociais e jurídicas como, por exemplo, a (des)criminalização do uso de drogas. Diante de tema tão controverso, mais do que uma única resposta, absoluta, é preferível e possível ao Poder Judiciário, quando tal questão se coloca diante de si, estabelecer um diálogo para a construção da melhor resposta possível.

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006: A POSSÍVEL CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL

O Recurso Extraordinário 635.659 (Rel. Min. Gilmar Mendes) foi interposto, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição, pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo para objetar acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP. O órgão colegiado recorrido, assentado na constitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006¹⁷, manteve a condenação de uma pessoa a dois meses de prestação de serviços à comunidade pelo crime de porte de drogas para o consumo pessoal.

O recurso voltou-se contra a referida decisão sob a tese de que o porte de maconha para uso pessoal, quando enquadrado no tipo penal previsto no art. 28 da lei 11.343/2006 ofende o direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, CRFB), bem como, no âmbito penal, afronta

16 MENDES, op. cit., p. 169. Vide também: GODOY, op. cit., p. 163.

17 "Art. 28. 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".

o princípio da lesividade. De acordo com o recurso interposto, o acórdão representaria franco atentado ao Texto Constitucional, pois uma conduta só poderia ser considerada criminosa caso lesionasse bens jurídicos alheios. Como no caso em tela a conduta permaneceu na esfera individual do autor do fato, inexistiria qualquer atividade delituosa. Dessa maneira, o recorrente requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06 por violação ao direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, CRFB), bem como, no âmbito penal, por afronta o princípio da lesividade. Ao final pugnou pela sua absolvição com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal em razão da atipicidade da conduta.

O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso e pela constitucionalidade do art. 28, *caput*, sob o argumento de que a conduta ofende a saúde pública, que seria o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006. Em auxílio desse argumento, o Procurador-Geral da República sublinhou que a utilização de drogas para uso próprio contribui, por arrastamento, à propagação do vício na sociedade. Destacou que a abolição da pena de prisão ao usuário já representou um avanço na política criminal. No entanto, o legislador fez a opção por manter o ato de portar e/ou possuir entorpecentes para consumo próprio como crime, ainda que com punição diversa da privação de liberdade.

Reconhecida a repercussão geral da questão posta, o julgamento iniciou-se em 19/08/2015. Votaram os Ministros Gilmar Mendes – pelo provimento do recurso extraordinário – Luiz Edson Fachin – pelo provimento do recurso extraordinário para a conduta descrita no tipo quando a droga for a maconha – e Luís Roberto Barroso – pelo provimento do recurso extraordinário para a conduta descrita no tipo quando a droga for a maconha, estabelecidos os critérios de quantidade.

Sem fazer maiores considerações sobre os votos já proferidos, todos eles até agora deram provimento ao recurso interposto, mas com fundamentos, extensões e matizes bastante diferentes entre si. Como preito que é, este artigo tem por objetivo oferecer um aporte teórico e prático, dialógico e democrático, à questão posta. É esta, pois, nossa forma de homenagear José Afonso da Silva, um construtor de respostas fundamentais para o direito constitucional brasileiro.

2.1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DA MACONHA: A CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Após o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, que deu provimento ao recurso extraordinário, mantendo, todavia, as sanções previstas, mas não com caráter penal, e sim com natureza civil e administrativa, pediu vista o Ministro Luiz Edson Fachin. Conforme asseverado quando da devolução do pedido de vista, tal ato foi assim realizado para aprofundar a reflexão sobre este tema de caráter hipercomplexo e transdisciplinar. A solução de controvérsias dessa natureza exige diálogo. Um pedido de vista pode e deve, assim, servir também para isso. Nesse processo decisório, a construção da ponte importa tanto quanto as margens: a margem da qual se parte e aquela para onde se vai. Por essa razão, estabeleceu-se nos dias em que os autos estiveram sob exame do Ministro Luiz Edson Fachin, em que pese o exíguo período, diálogo com os demais Poderes (Executivo e Legislativo), órgãos, instituições e especialistas na área, como, por exemplo, o Dr. Dráuzio Varella e o jurista Luís Greco¹⁸. Foi o contido nos autos, mais o profundo voto do Ministro Gilmar Mendes, o sensível pronunciamento e voto do Ministro Luís Roberto Barroso e o debate público estabelecido sobre esse tema que erigiram a resposta aqui apresentada e explorada como possibilidade para uma experiência dialógica concreta.

2.1.1. A DELIMITAÇÃO DO CASO À DROGA OBJETO DO RECURSO: CASOS E AUTOCONTENÇÃO

A análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral possibilita à Corte firmar tese acerca de tema, que para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica.

18 FACHIN, Luiz Edson. Voto proferido e publicado no RE 635.659. Supremo Tribunal Federal, Sessão plenária de julgamento em 10/09/2015. p. 1. Consoante já apontado em nota de rodapé anterior, esse modo de menção é mantido apenas para evitar soluções de continuidade na leitura.

Não obstante, quando se está diante de um tema de natureza penal, é prudente judiciosa autocontenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente.

Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 635.659, propôs-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade. Em virtude dessas razões, o voto em pauta circunscreveu-se ao caso posto em análise e à droga que dele faz parte – maconha¹⁹.

2.1.2. A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA PRIVADA

É paradoxo desassossegador perfilhar descriminalização do uso de drogas cuja produção e comercialização tipificam, ao mesmo tempo, o crime de tráfico. Isso porque se a retirada do estigma criminal permite que se dê a devida atenção ao bem jurídico tutelado e ao tratamento do usuário, sempre conviver-se-á com o indelével gravame de vê-lo enredado no tecido criminoso de distribuição da droga. A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante²⁰. É isso mesmo que se assentou no julgamento em tela.

A manutenção da proibição do tráfico simultaneamente à descriminalização, não obstante a ausência de dados indisputáveis sobre isso, apenas abona estímulo à traficância, seja pela lucratividade, seja por uma possível ampliação do mercado de consumo.

19 Id., 2015, p. 2.

20 FACHIN, op. cit., p. 03.

O debate se focaliza no dispositivo contido pelo art. 28 da Lei 11.343/2006. O tipo se refere a **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal**, condutas já julgadas como de índole criminosa pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente, alguns pontos são, então, aqui retomados tendo em vista aquele comando normativo.

Ali, nessa lei, espécie alguma de droga é indicada; remete-se, no artigo 66, para ato legislativo inexistente até hoje e para ato regulamentar, este sim já praticado pelo Poder Executivo por meio do Ministério da Saúde. A droga elencada, pois, é da altura jurídica de portaria. Prossigamos aqui na síntese daquelas ideias, ora sumariadas.

Essencialmente, é preciso deixar nítido que o consumo de drogas pode acarretar sérios transtornos e danos físicos e psíquicos, eventualmente até mesmo a morte de quem as consome. Além disso, também se associam muitas vezes ao consumo de drogas outros danos potenciais como o cometimento de delitos para a manutenção do eventual vício. No pronunciamento jurisdicional, assentou-se, nada obstante, que mesmo em presença disso, o tema também se coloca diante da liberdade, da autonomia privada e dos limites de interferência estatal sobre o indivíduo; conforme assevera Carlos Santiago Nino (1989), invocam-se, em geral, três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade²¹.

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em primeiro lugar, detém-se em um argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Vale dizer, o uso de drogas é considerado um comportamento moralmente reprovável e, por isso, deve ser combatido por meio de uma resposta penal do Estado. Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado.

21 NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires (ARG): Ariel, 1989. p. 423. FACHIN, op. cit., p. 3.

Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal exclusiva e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Ou seja, os ideais de excelência humana que integram preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo. Essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito como se acontecer nas sociedades liberais²².

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em segundo lugar, se atém em um argumento paternalista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado nesse tipo de reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar. Essa tessitura não busca impor um modelo de vida – supostamente – decente como faz o perfeccionismo, e sim proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas. No entanto, interroga-se o papel do Estado que, ao buscar proteger seus cidadãos, singra o caminho de reprová-los penalmente. No caso do consumo de drogas, proteger o cidadão dos males causados pelo consumo de drogas necessita exigir uma resposta informativa, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas, segundo o autor, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão²³. À ilicitude se dirigem sanções, não necessariamente penais.

Por fim, a criminalização do porte de drogas para uso se calca em um argumento de defesa da sociedade quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos – incluída aí a família como instituição – que podem sofrer os efeitos ou consequências dos atos de quem usa drogas. No entanto, objetiva Santiago Nino (1989), para prevenir e reprová-las eventuais condutas excessivas dos usuários de drogas, o Direito

22 NINO, op. cit., p. 425. FACHIN, op. cit., p. 4.

23 NINO, op. cit., p. 431-432. FACHIN, op. cit., p. 4-5.

Penal já oferece uma série de outras sanções. O usuário de drogas que furta ou rouba para sustentar seu vício deve ser punido pelas ações delituosas de furto ou roubo, mas não pelo uso em si da droga, argumenta Santiago Nino (1989). Vale dizer, o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal. Dessa forma, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros seria insustentável, pois toda e qualquer ação, seja ela privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável²⁴.

Na crítica de Carlos Santiago Nino (1989), criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue – correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz – e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar. Essas críticas não fazem despenhar-se a vereda da criminalização. E essa foi a opção do legislador brasileiro ao tomar o caminho da primazia do Estado sobre o cidadão. A tal opção de apenas agregou-se ato executivo que elencou as drogas proscritas. Esse liame foi selado pelo espancamento da dúvida quanto ao caráter de conduta criminosa, consoante assentado neste Tribunal. Legislativo, Executivo e Judiciário fundaram um tripé cuja constitucionalidade vem agora a esse patamar deliberativo, centrado no uso de droga ilícita²⁵.

O voto em comento adentrou à autodeterminação individual correspondente a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal.

Na seara do Direito Penal, afirmam Zaffaroni e Pierangelli (2013):

24 NINO, op. cit., p. 436-438. FACHIN, op. cit., p. 5.

25 FACHIN, op. cit., p. 5.

[...] todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal²⁶.

Na conceituação do que se deve entender por esfera privada, ressaltem-se as lições de Luís Greco (2010):

O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros. [...]. Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada: daí porque se pode falar de um conceito secundário de privacidade. A esfera privada é, nessa perspectiva, aquilo que resta depois que se subtraem as afetações a terceiros: daí o caráter residual do conceito” (Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo²⁷).

Eis aí o sumário do ‘iter’ percorrido pela respectiva argumentação contida no voto.

2.1.3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, BEM JURÍDICO TUTELADO E DANO

O processo de constitucionalização do direito penal, quiçá ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária - ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como

26 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 95. FACHIN, op. cit., p. 6.

27 GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, nov./dez. 2010, p. 91. FACHIN, op. cit., p. 6.

premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros²⁸.

No caso do atual art. 28 da Lei de Drogas, pode-se dizer que há ao menos duas rotas de tensão e tendencial colisão, a partir das quais se constata que a opção pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa atitude político-criminal:

a) Confrontam-se a técnica de incriminação por meio dos **crimes de perigo abstrato** e o princípio da ofensividade;

b) Confrontam-se uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

A definição tradicional da incriminação do porte e posse de drogas ilícitas como crimes de perigo abstrato, sob **perigo à saúde pública** pela natureza nociva das substâncias apontadas como tais por ato administrativo do Ministério da Saúde, é uma opção político-criminal. Essa opção, pois, do Executivo é a de preencher a norma penal em branco. Cumpre iluminar esse fato: a lei, em momento algum, elenca drogas ilícitas; quem o faz é a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, mediante lista de substâncias ilícitas a constituir o objeto material do tipo penal do art. 28. Daí porque asseverou-se tratar-se de droga na altura jurídica de uma portaria.

Diante de princípios basilares desde a reforma penal iluminista, como aquele da ofensividade, segundo o qual não se pune a autolesão, serve a pena estatal, sim, à proteção quanto à lesão de direitos de terceiros. Arazão do tratamento diferenciado das substâncias como álcool e tabaco, por exemplo, é opção político-criminal também.

É certo que o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal. Entre as opções indicadas pelo voto do Ministro Gilmar Mendes,

28 FACHIN, op. cit., p. 6.

há uma modalidade de controle de constitucionalidade de norma penal que tem especial aplicação para o caso em tela. Trata-se, com efeito, do exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade. Há, nessa proposição, dois níveis de análise: o de proporcionalidade e o de ofensividade. Relativamente à proporcionalidade, embora tenha matriz constitucional, não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato. Perfilhamos, nesse ponto, a opinião José Francisco de Faria Costa (1992), para quem “[...] o cerne da legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstracto não está tanto no eventual desvio ao cânone da proporcionalidade, mas antes na concreta determinação do seu sentido (ou ausência dele) violador do princípio da ofensividade”²⁹.

Parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio é a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido. É preciso, pois, previamente ao exame do pedido veiculado neste recurso extraordinário, identificar se a ofensividade tem, de fato, matriz constitucional.

A interpretação do Direito Penal à luz da Carta da República pode ter sentido a partir de duas premissas básicas: a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos fundamentais. A primeira premissa indica que, em situações excepcionalíssimas, é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa. Por isso, exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade, a separação entre penas e medidas de segurança jamais autorizaria fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações.³⁰

A incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor eo do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição

29 COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 1992. p. 637. FACHIN, op. cit., p. 7.

30 FACHIN, op. cit., p. 7.

essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.

No que tange às limitações dos direitos fundamentais, é preciso que eventual restrição encontre fundamentação constitucional. Nessa diretriz, alberga-se o princípio da tipicidade, a exigir reserva de lei para normas penais. Considerando que a tipicidade decorre da teoria sobre os direitos fundamentais, ao legislador não compete apenas observar a reserva de lei para tipificar determinada conduta, como também deve demonstrar que pela incriminação outro direito fundamental será protegido³¹.

A doutrina costuma indicar que a sede do princípio da ofensividade como parâmetro de controle de constitucionalidade reside no art. 98, I, da Constituição da República. Embora a referência tópica possa constar desse dispositivo, o conteúdo do princípio decorre, de um lado, da opção constitucional e legal por um Direito Penal orientado por fatos; e, de outro, da impossibilidade de se criminalizar condutas que não atinjam um fundamento constitucionalmente assegurado.

É correto afirmar que o princípio da ofensividade tem assento constitucional e serve de parâmetro para o controle da atividade do Legislativo. Esse controle não incide, entretanto, indistintamente sobre todas as normas penais, nem sobre os objetivos e motivações invocados para edição da norma, pois, em tais circunstâncias, seria preciso recorrer-se a argumentos consequencialistas, para afastar a prerrogativa de avaliação feita pelo Legislativo. O princípio da ofensividade permite, de fato, a limitação do próprio direito, mas não autoriza que se oponham argumentos utilitários à validade normativa.

Essa tarefa tem ainda maior importância se o reconhecimento da extensão dos bens jurídicos e da consequente proteção estatal for medida em relação à eventual restrição da liberdade. Nesse sentido, caberia à teoria do bem jurídico identificar quais bens podem justificar a restrição à liberdade³².

Não se trata, contudo, de afastar *a priori* qualquer pretensão de permitir ao Estado perseguir fins morais. Ao contrário, inexistente um princípio

31 FACHIN, op. cit., p. 8.

32 FACHIN, op. cit., p. 9.

que delimite a esse ponto a atividade estatal regulatória. É preciso registrar, neste particular, que a possibilidade de se buscar fins morais não é descontextualizada: apenas em sociedades em que haja o respeito à autonomia dos cidadãos, garantindo-se-lhes um amplo espectro de opções valorosas, é que seria possível falar em uma larga margem de avaliação para estabelecer fins morais³³. Eis aí as esferas que se configuram como Direito e Moral, aqui apenas lembrada *quantum satis*.

O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.

A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é **adequadamente** posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade.

Em relação à coerção penal, poder-se-ia apontar, na linha do que indica Claus Roxin (2007), serem ilegítimas as incriminações de: motivações ideológicas; autolesão; tabus; fins extrapenais; e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos³⁴.

Essas considerações parecem indicar que a ofensa a um bem individual, pode não dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o adicto, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, e sim a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto³⁵.

33 RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford (ING): Oxford University Press, 1986. FACHIN, op. cit., p. 9.

34 ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratorios dogmáticos?*. Barcelona (ESP): Marcial Pons, 2007. FACHIN, op. cit., p. 10.

35 FACHIN, op. cit., p. 11.

Relativamente ao caso, objeto deste recurso extraordinário, observe-se que a tipificação das condutas que constam da Lei 11.343 recai, à primeira vista, sobre as condutas e não em razão de um bem imediatamente designado. Em tais circunstâncias, a doutrina costuma dividir as técnicas legislativas de incriminação a partir da ofensividade a determinado bem jurídico em crimes de dano e de perigo. Nestes, é a própria conduta que é incriminada, pois, supõe-se, que do fato possa emergir dano. Naqueles, a exigência do resultado é condição para a consumação do crime.

Posta nesses termos, a definição de crimes de perigo parece exigir do intérprete que a distinção se faça pela causalidade. Enquanto nos crimes de resultado, a lesão seria decorrência do injusto praticado pelo autor, em virtude de seu conhecimento causal, nos crimes de perigo, a ofensa ser-lhe-ia imputável, por recurso a um raciocínio probabilístico. O juízo normativo de imputação, no entanto, não é exclusivo de apenas um grupo de crimes, mas constitui a essência da atribuição penal³⁶.

Nos crimes de resultado, mesmo recorrendo-se à teoria da equivalência dos antecedentes causais, é impossível afirmar que o dano foi causado pela conduta do agente, pois, em verdade, todos os fatos que são anteriores à conduta, inclusive seu nascimento, são condições necessárias para o resultado. O que se passa, antes, é que o agente, como obra sua, cria uma situação de risco para o bem violado. Portanto, mesmo nos crimes de resultado, há sempre a ameaça de lesão e é por colocar em risco o bem jurídico que o agente responde pelo ilícito, se o fez como obra sua.

Essa diferenciação ocorre apenas na definição legal do tipo. No plano da aplicação concreta, ela repercute de modo distinto. O juiz realiza a imputação à luz da efetiva ocorrência do resultado e, ao deixar-se interpelar por esse fato, estende o raciocínio probabilístico da causalidade à potencial configuração de resultados desvaliosos. Trata-se, assim, de estimar, para os crimes de perigo, “[...] que a probabilidade de produção do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção”³⁷.

36 Ibid., p. 11.

37 COSTA, op. cit., p. 600. FACHIN, op. cit., p. 11.

Para que esse juízo se realize, é necessário, à luz da ocorrência do resultado concreto, que se examine a situação de risco. Evidentemente, tal raciocínio só poderá ser feito se o julgador adotar uma posição de um homem prudente, porquanto deverá examinar a hipótese sob a perspectiva do saber comum. A operacionalização desse cálculo exige, ainda, que a situação de perigo tenha tido uma estabilidade temporal, uma duração. O intérprete, então, ao deixar-se interpelar pela ocorrência posterior do resultado, deve colocar-se no passado para, recorrendo às regras comuns da experiência, decidir sobre a imputação.

Há, contudo, uma forma de tipificar o perigo que define *ex ante* a construção da relação considerada perigosa em abstrato. Nessas situações, o intérprete sequer precisaria presentificar o passado para realizar a imputação, pois a descrição do tipo penal identifica que, naquele momento hipotético, a situação de perigo já havia sido criada.

O voto em pauta espelhou, *en passant*, que não poderia o legislador definir *a priori* um tipo que prescinde da real criação de uma situação de perigo. A legitimidade da tipificação de condutas em abstrato não decorre, entretanto, de uma presunção ou de possibilidade futura de colocação em perigo determinado bem jurídico. Não se trata, também, de substituir o julgador pelo legislador. Ao contrário, nos crimes de perigo abstrato, conquanto seja correto afirmar que o legislador se substitui ao julgador ao reconhecer que o pôr-em-perigo foi previamente estimado, como se, sem o resultado concreto, o legislador se colocasse em um futuro-passado hipotético, o que o legislador quis expressar, ao irmanar-se com o homem comum que hipoteticamente poderia vir a estimar a imputação da situação de perigo, foi a imposição de um dever de cuidado. E é aqui que reside sua legitimidade.

Poder-se-ia, assim, seguindo José Francisco de Faria Costa, afirmar que, de fato, o dever de cuidado é fonte de justificação dos tipos de perigo abstrato, mas não é um dever presente apenas nesses tipos. O dever de cuidado está, em verdade, em todos os demais tipos; apenas, nos abstratos, aparece de modo mais puro³⁸.

38 FACHIN, op. cit., p. 12.

Para as condutas tipificadas pela Lei 11.343, poder-se-ia dizer que a política-criminal se limitou a fixar um dever de cuidado, pois ações ali descritas, tal como as estima o antevisto homem prudente³⁹, o qual servirá de padrão de senso crítico para um hipotético julgador, criam situações de perigo. Essa formulação é fundamental para se compreender que é na categoria da obrigação de cuidado que se deve pensar a concatenação entre a teoria do bem jurídico e a atividade regulatória do Estado, na esfera penal.

O juízo de adequação a que nos referimos anteriormente para avaliar a legitimidade da intervenção estatal pode ser, agora, definido como a plausibilidade da hipotética imputação feita *ex ante* pelo legislador às condutas de perigo abstrato. Essa formulação é de fundamental importância para que se reconheça como distinto o juízo acerca da imputação hipotética formulada pelo legislador daquele que é feito com base na crítica às justificativas e aos objetivos da norma incriminadora. Noutras palavras, a definição de crimes de perigo abstrato não implica uma presunção de perigo pelo legislador, mas uma imputação hipotética⁴⁰.

39 O conceito de homem prudente, construído como modelo para determinar lesões do dever de cuidado ou do risco permitido, é um referencial valioso para definir a natureza de comportamentos humanos. Um homem prudente é capaz de reconhecer e avaliar situações de perigo para bens jurídicos protegidos, mediante observação das condições de realização da ação e reflexão sobre os processos subjacentes de criação e de realização do perigo: por exemplo, um motorista prudente pode prever a possibilidade de crianças, pedestres desatentos ou pessoas idosas ou deficientes ingressarem, inesperadamente, na pista de rolamento das vias urbanas, e agir em conformidade com essa previsão. Esse modelo é construído perguntando-se como agiria, na situação concreta, um homem prudente pertencente ao círculo de relações do autor e dotado dos conhecimentos especiais deste (por exemplo, sobre os perigos de determinado cruzamento, ou sobre a presença de escolar na rua, em determinados locais e horários etc.): se a construída ação do modelo divergir da ação real, existe lesão do dever de cuidado ou do risco permitido" (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 102-103). Não se desconhece, por óbvio, os limites que tal modelo de controle impõe ao intérprete, especialmente no que tange a imposição de um modelo único de conduta, algo que, ao menos no campo do Direito Regulatório, tem sido posto em perspectiva (JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Harvard Law School, Massachusetts, v. 50, n. 5, maio 1998, p. 1471-1550). Nos estritos limites destes autos, no entanto, o modelo proposto apenas explicita o emprego do juízo de proporcionalidade à incriminação penal. FACHIN, op. cit., p. 12.

40 FACHIN, op. cit., p. 13.

A mudança de palavras é plena de significado. Se, por meio da tipificação de conduta de perigo abstrato, quer-se, na realidade, impor um dever de cuidado, é preciso que a figura do homem médio que subjaz ao raciocínio da hipotética imputação, possa corresponder, de fato, ao padrão comum do senso crítico de imputação⁴¹.

O controle de constitucionalidade sobre a incriminação de tipos de perigo abstrato não recai, portanto, sobre a potencialidade de ofensa a um determinado bem jurídico, nem sobre a sua potencialidade concreta. Trata-se, em verdade, de se analisar se é adequada a imposição de dever do cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislador. Assim, se o homem prudente pressuposto pelo legislador corresponder ao que invocaria o Judiciário, a imposição do dever seria adequada.

Extrai-se daquele pronunciamento, ainda, a seguinte interrogação: de que modo se constitui a imputação hipotética formulada por esse pressuposto homem prudente? Não obstante seja o tema infrequente na formulação que aqui propomos, há um critério que já foi reconhecido pela jurisprudência deste Tribunal para balizar o juízo de imputação. Trata-se do instituto da **dúvida razoável** cuja formulação impõe um duplo dever: à acusação, especialmente nos sistemas adversariais, cumpre o ônus da prova e ao julgador, o reconhecimento de que a imputação deve ser procedente para além de qualquer dúvida razoável⁴².

Não se está a tomar de empréstimo, aqui, um instituto de direito processual para erigi-lo como parâmetro material de controle de constitucionalidade. A referência ao critério da dúvida razoável é, no sentido aqui empregado, um princípio geral do direito e tem a função de controle do juízo de imputação⁴³. Se, nos crimes de dano, o juízo recai sobre a criação do risco a um determinado bem jurídico como obra do autor, nos crimes de perigo

41 Ibid., p. 13.

42 FACHIN, op. cit., p. 13.

43 NEWMAN, Jon. Beyond Reasonable Doubt. *NYU Law Review*, Nova Iorque, v. 68, n. 5, p. 1002, nov. 1993. FACHIN, op. cit., p. 13.

abstrato a dúvida que afasta a incriminação exige que o dever de cuidado seja a melhor opção para a proteção do bem.

Essa diferenciação é importante porque a análise da proporcionalidade de potencial ofensividade ao bem jurídico, tal qual a argumentação até expendida sustentou, ainda não soluciona o problema de adequação à que alude Bernhard Schlink (2012) quando alerta que o critério de proporcionalidade é insuficiente para avaliar a disponibilidade de informações para as escolhas do legislativo. De acordo com o constitucionalista alemão, “[...] para resolver o problema de insuficiência ou ambiguidade de informações, é preciso estabelecer uma regra de ônus-de-prova na qual tanto o legislativo, quanto o cidadão afetado, podem provar que os meios [empregados para restringir um direito fundamental] funcionam ou não”⁴⁴.

O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a **prerrogativa de avaliação fática** do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção.

Nos estritos limites do caso dos autos, seria possível afirmar que norma penal não atinge essa barreira⁴⁵. Estes foram os pontos nucleares até essa altura do tema. Cumpre avançar em seara distinta nesse passo da exposição.

2.1.4. O USO DE DROGAS COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Chega-se aqui a um ponto nodal: o dependente é vítima. Afigura-se, nessa passada, relevante a separação de mercados e a divisão entre as espécies de drogas. Dados de suficiente crédito dão ensejo a essa ordem de ideias

44 SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here? *Duke Journal of Comparative & International Law*, Carolina do Norte, v. 22, n. 2, 2012, p. 299. Disponível em: <<https://goo.gl/fNjct4>>. FACHIN, op. cit., p. 14.

45 FACHIN, op. cit., p. 14.

à luz do grau e da origem de encarceramento. Parte-se de uma realidade carcerária preocupante, levando em conta os conhecidos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen- junho de 2014⁴⁶.

Quanto ao tráfico de drogas, o mesmo Levantamento⁴⁷ alvitra números sabidos e também preocupantes.

Para uma visão do que representa o tráfico de drogas especificamente em relação à maconha, a título de exemplo, compulsando dados técnicos do Estado do Paraná, em respeitável trabalho capitaneado pela Doutora Maria Tereza Uille Gomes (2015), então eminente integrante do Ministério Público paranaense, podem ser extraídos índices elevados (quase 30%) exclusivamente atinentes à droga em pauta⁴⁸. Já em relação aos adolescentes,

46 FACHIN, op. cit., p. 14. Dados disponíveis em: <<https://goo.gl/FX7Wz7>>.

Brasil- 2014	
População prisional	607.731
Sistema penitenciário	579.423
Secretárias de Segurança/Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

47 Dados disponíveis em: <<https://goo.gl/aZXRfC>>.

	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	59.154	7.159	66.313
Tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06)	50.014	5.906	55.920
Associação para o tráfico (art. 14 da Lei 6.368/76 e art. 35 da Lei 11.343/06)	6.823	832	7.655
Tráfico internacional de drogas (art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)	2.317	421	2.738

48 FACHIN, op. cit., p. 14. Estudo Técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006 apresentado em Evento da Plataforma Brasileira de Políticas sobre Drogas nos dias 15 e 16 de junho de 2015, na Universidade de São Paulo - USP, organizado pela Escola Estadual da Defensoria Pública, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas - SENAD. (GOMES, Maria Tereza Uille, GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro, CARVALHO, Hellen Oliveira, OLIVEIRA, F. P., PEIXOTO, C. A. B.):

há um quadro inquietante com jovens apreendidos por ato infracional somente com a droga em tela⁴⁹.

Com base neste quadro fático, o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente. Ao necessitar de tratamento para a superação do vício, é estabelecida ao Estado (e mesmo à sociedade) uma obrigação de fornecer os meios necessários para tanto. Relembre-se o disposto no art. 196, do Texto Constitucional:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Disso se extrai que o acesso à saúde é universal, frise-se bem, e, por conseguinte, deve abarcar todos os indivíduos que necessitarem dos seus serviços para preservação da própria integridade física e mental. Ao referir-se a **todos**, em tal significante se inclui a integralidade dos cidadãos, sem qualquer pecha discriminatória sobre a patologia acometida ou sua origem, sua raça ou sua cor que os prive de tratamento ou cuidado. Ter acesso legal à saúde é direito fundamental. Repita-se: toda droga, lícita ou

Total de presos por tráfico de drogas em 2014	6.027
Presos com maconha	53%
Presos apenas com maconha	29%

49 FACHIN, op. cit., p. 15-16. Socioeducação (Adolescentes em conflito com a lei) Fonte - Sistema Informatizado de Medidas Socioeducativas Departamento de Atendimento Socioeducativo - DEASE/SEJU:

Total de adolescentes apreendidos	1008	
Adolescentes apreendidos por ato infracional análogo ao tráfico	312	31%
Adolescentes apreendidos por ato infracional análogo ao tráfico - maconha e outras drogas	254	25%
Adolescentes apreendidos por ato infracional análogo ao tráfico - somente maconha	191	19%

ilícita, traz sequelas, e pode fazer mal, seja afetando o sistema de recompensa, seja gerando dependência física ou psíquica⁵⁰.

Observe-se, pois, que ao tema subjaz questão de saúde pública, e, portanto, prioritariamente de política pública de atenção e cuidado da saúde. E tal realidade é reconhecida, desde os idos dos anos 2000, pelo corpo técnico do Poder Executivo Federal, conforme estudo realizado pelo Ministério da Saúde, do qual se extrai o trecho seguinte:

Entendemos que uma política de prevenção, tratamento e de educação para o uso consumo de álcool e outras drogas necessariamente terá que ser construída na interface de programas do Ministério da Saúde com outros Ministérios, bem como com setores da sociedade civil organizada. **Trata-se aqui, de afirmar que o consumo de álcool e outras drogas é um grave problema de saúde pública.** [...]

Comprometer-se com a formulação, execução e avaliação de uma política de atenção a usuários de álcool e outras drogas exige exatamente a ruptura de uma lógica binarizante que separa e detém o problema em fronteiras rigidamente delineadas, e cujo eixo principal de entendimento (e, portanto, de “tratamento”) baseia-se na associação drogas-comportamento anti-social (álcool) ou criminoso (drogas ilícitas). (grifo nosso)⁵¹.

Mais recentemente o Governo Federal editou o Decreto 7.179/2010, o qual instituiu o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas⁵², com vistas à prevenção do uso, ao tratamento e à reinserção social

50 FACHIN, op. cit., p. 16.

51 A política do Ministério da Saúde para a Atenção Integral a Usuários de Álcool e Outras Drogas. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf>. p. 8. FACHIN, op. cit., p. 17.

52 Bastante elucidativo é o art. 5º, cujo teor se transcreve: “Art. 5º O Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas será composto por ações imediatas e estruturantes. § 1º As ações Imediatas do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas contemplam: I - ampliação do número de leitos para tratamento de usuários de crack e outras drogas; II - ampliação da rede de assistência social voltada ao acompanhamento sociofamiliar e à inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social; III - ação permanente de comunicação de âmbito nacional sobre o crack e outras drogas, envolvendo profissionais e veículos de comunicação; IV - capacitação em prevenção do uso de drogas para os diversos públicos envolvidos na prevenção do uso, tratamento, reinserção social e enfrentamento ao tráfico de crack e outras drogas ilícitas; V - ampliação das ações de prevenção, tratamento, assistência e reinserção social em regiões de grande vulnerabilidade à violência e ao

de usuário e ao enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas (art. 1º). Do art. 5º, calha mencionar, dentre as ações, a

[...] ampliação da rede de assistência social voltada ao acompanhamento sociofamiliar e à inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social; a de comunicação de âmbito nacional, envolvendo profissionais e veículos de comunicação; ampliação de operações especiais voltadas à desconstituição da rede de narcotráfico, com ênfase nas regiões de fronteira, desenvolvidas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal em articulação com as polícias civil e militar e com apoio das Forças Armadas; ampliação da rede de atenção à saúde e assistência social para tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras drogas; capacitação de profissionais e lideranças

uso de crack e outras drogas, alcançadas por programas governamentais como o Projeto Rondon e o Projovem; VI - criação de sítio eletrônico no Portal Brasil, na rede mundial de computadores, que funcione como centro de referência das melhores práticas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, de enfrentamento ao tráfico e de reinserção social do usuário; VII - ampliação de operações especiais voltadas à desconstituição da rede de narcotráfico, com ênfase nas regiões de fronteira, desenvolvidas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal em articulação com as polícias civil e militar e com apoio das Forças Armadas; e VIII - fortalecimento e articulação das polícias estaduais para o enfrentamento qualificado ao tráfico do crack em áreas de maior vulnerabilidade ao consumo. § 2º As ações estruturantes do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas contemplam: I - ampliação da rede de atenção à saúde e assistência social para tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras drogas; II - realização de estudos e diagnóstico para o acúmulo de informações destinadas ao aperfeiçoamento das políticas públicas de prevenção do uso, tratamento e reinserção social do usuário e enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas; III - implantação de ações integradas de mobilização, prevenção, tratamento e reinserção social nos Territórios de Paz do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI, e nos territórios de vulnerabilidade e risco; IV - formação de recursos humanos e desenvolvimento de metodologias, envolvendo a criação de programa de especialização e mestrado profissional em gestão do tratamento de usuários de crack e outras drogas; V - capacitação de profissionais e lideranças comunitárias, observando os níveis de prevenção universal, seletiva e indicada para os diferentes grupos populacionais; VI - criação e fortalecimento de centros colaboradores no âmbito de hospitais universitários, que tenham como objetivos o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento de metodologia de tratamento e reinserção social para dependentes de crack e outras drogas; VII - criação de centro integrado de combate ao crime organizado, com ênfase no narcotráfico, em articulação com o Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia - CENSIPAM, com apoio das Forças Armadas; VIII - capacitação permanente das polícias civis e militares com vistas ao enfrentamento do narcotráfico nas regiões de fronteira; e IX - ampliação do monitoramento das regiões de fronteira com o uso de tecnologia de aviação não tripulada. § 3º O Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas promoverá, ainda, a articulação das ações definidas neste artigo com outras ações desenvolvidas em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.”. FACHIN, op. cit., p. 17-18.

comunitárias; criação de centro integrado de combate ao crime organizado, com ênfase no narcotráfico com apoio das Forças Armadas⁵³.

Relevante, por conseguinte, é a resposta de informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas. Vê-se indispensável, assim, a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em sua dimensão expandida, das entidades religiosas e de benemerência, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias e que causam dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes.⁵⁴

2.1.5. O NECESSÁRIO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO RELATIVA À PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL

Ressalte-se que se deve colocar no leiaute dos debates sobre as causas da drogadição o circuito que vai da produção ao consumo de drogas no Brasil. E isso especialmente para a hipótese dos autos. Tal vazio respectivo merece ser preenchido por ato legislativo, no catálogo de sua competência. A regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga em questão não cabe, nem aqui ou agora, ao Poder Judiciário, mas sim ao poder constitucional e democraticamente responsável para levar a diante tal mister sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa.

Não deve o STF preencher o vazio normativo que daí pode decorrer. Há, nesse sentido, tanto os limites da controvérsia constitucional posta – e a necessidade de adstrição a estes – quanto os confins democráticos que se põem ao Judiciário. No entanto, cabe reconhecer, sem prejuízo da nulidade constitucional adiante chancelada, que o usuário, apesar da autodeterminação que pode lhe assistir, fomenta, ainda que reflexamente, o tráfico. Este, pois, é o destinatário das causas cujos efeitos estão em pauta.

53 FACHIN, op. cit., p. 18.

54 Ibid., p. 19.

Dessa forma, sendo injurídico o uso e porte para consumo da droga objeto do presente recurso – maconha – o enfrentamento do tráfico mira, por conseguinte, ato porvindouro, ou seja, a devida regulamentação legislativa. Separar mercados contribui para a redução de danos, daí a valoração específica sobre a droga do caso concreto, diferenciando, a partir dele, o que Canaris (1996) oferta para distinguir, no pensamento sistemático, as tarefas da legiferação e as da jurisprudência⁵⁵.

Em nosso ver, aqui se está diante de hipótese que tipifica a gravidade das escolhas trágicas. Não há solução perfeita. O desafio ao legislador e à sociedade é definir se a autorização lícita, considerando para tanto a droga vertida no caso concreto, regulamentada e restrita, pode contribuir para principiar a solver o germe de tais questões; meias soluções são apenas remédios efêmeros para problemas graves.⁵⁶

2.1.6. A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E TRÁFICO: DIALOGANDO PARA DEFINIR PARÂMETROS OBJETIVOS

Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga.

Também não parece inserir-se na atribuição do Poder Judiciário, entretanto, a definição desses parâmetros. Se o legislador já editou lei para tipificar como crime o tráfico de drogas, compete ao Poder Legislativo o exercício de suas atribuições, no qual defina, assim, os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que devem ser levados em conta para diferenciação, *a priori*, entre uso e tráfico de drogas.

55 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa (POR): Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. FACHIN, op. cit., p. 19.

56 FACHIN, op. cit., p. 20.

Emerge como de responsabilidade, de um lado, do Poder Legislativo a fixação de tais parâmetros, e de outro, a respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Até que isso se dê, e mesmo após, a adoção imperativa da audiência de apresentação em até 24 horas, poderá extirpar, perante o juiz, qualquer desvio prático no emprego de tal critério, especialmente diante do tráfico.

Enquanto não houver pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, é mandatório reconhecer a necessidade do preenchimento dessa lacuna; considerando ter o legislador definido em lei o tráfico, soa razoável, nesse interregno entre esta decisão e nova lei específica sobre o tema desses parâmetros, determinar aos mencionados órgãos do Poder Executivo (SENAD e CNPCCP), até que sobrevenha definição legislativa, que os regulamentem, na condição *rebus sic stantibus*. Tais provisórios parâmetros devem ser considerados relativos (*iuris tantum*), sempre passíveis de verificação no caso concreto pelo Magistrado⁵⁷.

2.1.7. O PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659: O FECHAMENTO DO CASO E A ABERTURA PARA UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Foi com base nesses argumentos que ali votou-se por declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto do RE 635.659, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a maconha. Manteve-se, assim, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas. Mas, não sem deixar de apresentar, anteriormente, substancial fundamentação constitucional e penal sobre o uso

57 FACHIN, op. cit., p. 20.

das drogas em geral. Também votou-se por manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso – maconha. Todavia, concomitantemente declarou a inconstitucionalidade progressiva da tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do recurso – maconha – até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343/2006. Também declarou como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante. E determinou aos órgãos do Poder Executivo, nominados (SENAD e CNPCCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, no prazo máximo de noventa dias, a contar da data do julgamento, ato com parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto. Votou-se, assim, por absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Por fim, votou ainda para, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação do Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização⁵⁸.

58 FACHIN, op. cit., p. 21-22.

O que se viu com o voto proferido e acima esquadrinhado foi não apenas compreensão individual sobre o que se pode depreender da Constituição de 1988 e da legislação penal sobre o porte para consumo pessoal de maconha. Mais do que isso, intentou-se uma compreensão compartilhada, interna e externamente, com o apontamento das dificuldades que são inerentes ao tema. Sem deixar de decidir o caso, deixou-se, todavia, espaço amplo de conformação para o legislador enfrentar o tema, tanto em relação à maconha, quanto em relação às demais drogas. Foi nesse sentido que, ao particularizar a análise do caso sobre a droga em questão no recurso – maconha – possibilitou-se expressar compreensões sobre as normas constitucionais e penais relativas ao tema – porte de droga para uso pessoal. Apontou-se, assim, um caminho de compreensão possível. Mas, não se decidiu todo o percurso. Além disso, buscou-se dar um giro no tratamento da questão, deixando ela de ser vista como questão criminal para passar a ser vista como questão de saúde pública. Além disso, abriu-se outra oportunidade para dialogar com os demais Poderes sobre o tema. A necessária diferenciação entre uso e tráfico passa pela definição de quantidades objetivas que devem instruir as ações estatais na repressão ao tráfico. Ao invés de apontar discricionariamente um parâmetro objetivo, buscou-se alentar o Poder Legislativo a fazê-lo. E, até que tal atuação legislativa se concretize, que o Poder Executivo, por meio de seus órgãos de políticas públicas sobre drogas (SENAD e CNPCP), o faça em prazo razoável. Foi no quadrante da abertura desse diálogo que o voto buscou exortar ainda o Poder legislativo a enfrentar o tema da descriminalização não apenas do uso, mas também do tráfico, declarando a inconstitucionalidade progressiva das condutas relativas à produção e comercialização. E, por fim, compartilhando a responsabilidade e tomando parte dela, propôs a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas, na forma de comissão temporária (art. 30, III, RISTF), para acompanhar os efeitos da decisão.

Decidiu-se o caso, portanto. Apontou-se um caminho. Mas, garantiu-se amplo espaço de atuação e conformação aos demais Poderes. Expuseram-se compreensões sobre o tema, sem que qualquer porta de diálogo fosse fechada. Ao contrário, buscou-se construir ponte de diálogo permanente com o Legislativo e o Executivo através da criação de Observatório específico.

3. CONCLUSÕES: UM CASO, UMA DECISÃO, UM PASSO, UMA PROPOSTA E UM HORIZONTE DE POSSIBILIDADES

Iniciamos este artigo falando sobre como a palavra diálogo é expressiva, atrativa, de como ela denota respeito e igualdade. Buscamos, no entanto, escapar do uso ordinário e retórico que se faz dela. Aprofundamos a compreensão da categoria dos diálogos institucionais para expressar como compreendemos o quadrante formal e substancial ensejador desses desejados diálogos. E mostramos, a partir da experiência e aplicação prática no RE 635.659 – descriminalização do porte para uso de maconha – a utilização da categoria dos diálogos institucionais no exercício da jurisdição constitucional. A perspectiva de diálogo institucional aqui defendida, portanto, é aquela que não enxerga uma oposição entre os Poderes.

O exercício do controle de constitucionalidade não se opõe e nem se sobrepõe ao exercício legislativo. O desafio é mostrar como, apesar da expertise ser uma variável importante no desenho institucional, a melhor interpretação sobre a Constituição e a melhor decisão, seja ela jurídica ou político-legislativa, não decorrem somente das capacidades de uma ou outra instituição, mas sim da interação deliberativa entre elas e da busca pelas melhores razões públicas para justificar suas posturas e julgamentos⁵⁹.

A teoria dos diálogos institucionais é importante porque mostra como é possível conciliar a provisoriedade das decisões judiciais com a continuidade da política democrática⁶⁰. E foi exatamente esse o caminho trilhado pelo Ministro Luiz Edson Fachin no voto do RE 635.659 aqui explorado. Decidiu-se o caso, mas garantiu-se a continuidade da política democrática sobre o tema. As decisões judiciais são importantes, representam um ponto de chegada sobre a interpretação e aplicação da Constituição. Mas, são um ponto de chegada provisório e podem se converter em um novo ponto de partida. É preciso atentar para o caminho que a precedeu e para o caminho que a sucederá. O diálogo no longo prazo é, dessa forma, inevitável, pois as decisões são tomadas, os casos concretos resolvidos, mas os mesmos temas

59 MENDES, op. cit., p. 169. Vide também: GODOY, op. cit., p. 163.

60 MENDES, op. cit., p. 171. Vide também: GODOY, op. cit., p. 164.

são reprocessados pela comunidade e podem, assim, ressurgir e mudar as compreensões até então estabelecidas⁶¹. Foi essa a ponte erigida pelo voto, abrindo-se novo horizonte de possibilidades sobre o tema. É essa pois a contribuição, teórica, normativa, hipotética e concreta, que buscamos ofertar na merecida homenagem que agora se faz ao Professor Titular José Afonso da Silva.

Com essa exposição, a partir – e decalcada – do voto em tela e da respectiva fundamentação teórica, almeja-se singela contribuição para a argamassa que edifica pontes entre experiências e conhecimentos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 110. n. 7, 1997.
- _____; _____. Defending judicial supremacy: a reply. *Constitutional commentary*, Minnesota, v. 17. n. 3, 2000.
- BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.
- BICKEL, Alexander. *Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven (EUA): Yale University Press, 1970.
- _____. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven (EUA): Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa (POR): Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática*. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. *Voto proferido no RE 635.659*. Supremo Tribunal Federal, Sessão plenária de julgamento em 10/09/2015.
- _____.
61 MENDES, op. cit., p. 171-172. Vide também: GODOY, op. cit., p. 164.

- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Nova Jersey (EUA): Princeton University Press, 1988.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova Iorque (EUA): Farrar, Strauss and Giroux, 2009.
- FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo Popular Mediado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Palermo, v. 6, n. 1, 2005.
- GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, Maryland, v. 49, n. 4, 2001.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps The charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35. n. 1, 1997.
- _____; _____. WRIGTH, Wade K. Charter Dialogue revisited or "Much Ado about metaphors". *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 45. n. 1, 2007.
- _____; _____. Reply to "Six degrees of dialogue". *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 45. n. 1, 2007.
- JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*, Massachusetts, v. 50, n. 5, maio 1998.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEWMAN, Jon. Beyond Reasonable Doubt. *NYU Law Review*, Nova Iorque, v. 68, n. 5, p. 1002, nov. 1993.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989.
- PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham (EUA): Duke University Press, 2004.
- RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford (ING): Oxford University Press, 1986.
- ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In:

HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratorios dogmáticos?* Barcelona (ESP): Marcial Pons, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here? *Duke Journal of Comparative & International Law*, Carolina do Norte, v. 22, n. 2, 2012, p. 299.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social wealfare rights in comparative constitutional law*. Nova Jersey (EUA): Princeton University Press, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WHITTINGTON, Keith. Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 1. n. 3, 2003.

_____. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history*. Nova Jersey (EUA): Princeton University Press, 2007.

A SÚMULA Nº 405 DO STF E A SEGURANÇA JURÍDICA¹

ARNOLDO WALD
RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN

1. A CRIAÇÃO DAS SÚMULAS NO STF

1.1. RAZÕES DE SUA CRIAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou a década de 60 diante de um problema que se destacava e já era considerado dramático para os Ministros e advogados que atuavam perante a Corte: o excesso de processo que ameaçava o funcionamento do Tribunal e afetava a qualidade de seus julgados.

O diagnóstico do **congestionamento crônico**, na expressão de Aliomar Baleeiro quando já identificava, em trabalho de 1968, a “avalanche de processos que se derramaram no nosso mais alto Tribunal”², era confirmada pelos

números: em 1950, o STF julgara 3.511 processos, número esse que saltou para 7.869 processos em 1964, tendo nesse mesmo ano acumulado como passivo 1.081 casos.

Diante do problema colocado, o STF do início dos anos 60 estava preocupado com a sua funcionalidade, seja para diminuir a reprodução de recursos desnecessários, uma vez que traziam ao Tribunal velhos debates, seja para tornar a sua própria jurisprudência mais clara e difundida diante da percepção da confusão e incoerência de posicionamentos jurisdicionais dos tribunais *a quo*.

Essa leitura da realidade bem caracterizada pelo olhar de Victor Nunes Leal³, passava também pela preocupação com a própria au-

1 Esse tema já foi objeto de reflexões publicadas na Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, v. 28, nº 7/8, jul./ago. 2016.

2 BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 121-123.

3 LEAL, Victor Nunes. A renovação de métodos do Supremo Tribunal e a súmula de sua jurisprudência predominante. In: _____. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. v. 2, p. 45.