

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E *Direito*

Coordenação:

LÍLIAN ROSE LEMOS ROCHA
MIGUEL GUALANO DE GODOY
GABRIEL R. ROZENDO PINTO
LEANDRO SOARES NUNES

*Lilian Rose Lemos Rocha
Miguel Gualano de Godoy
Gabriel R. Rozendo Pinto
Leandro Soares Nunes*

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

Organizadores:

Gabriel R. Rozendo Pinto
Iago Farias Lora
João Vitor S. Lopes
Leandro Soares Nunes
Naiara Ferreira Martins
Rafael de Almeida Guimarães
Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

**Brasília
2017**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Rocha Lemos

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : estado, sociedade e direito /
coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] ; [organizadores] –
Gabriel R. Rozendo Pinto... [et al.]. – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2017.
48 p.

ISBN 978-85-61990-74-9

1. Jurisdição constitucional. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

SUMÁRIO

PREFÁCIO	04
APRESENTAÇÃO	05
RE 636559/SP: DAS CONTRIBUIÇÕES DA SOCIEDADE PARA A ANÁLISE DOS TEMAS DISCUTIDOS EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO	07
<i>ANA CAROLINA COELHO SANTOS</i>	
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA – ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP	29
<i>ELEONORA APARECIDA VASCONCELOS SANTANA</i>	

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *ebook*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

A disciplina Estado, Sociedade e Direito, neste primeiro semestre de 2017, teve como recorte o estudo sobre a jurisdição constitucional contemporânea, prospectando-se suas possibilidades e limites.

Nesse passou, buscou-se compreender os fundamentos da jurisdição constitucional e sua íntima e conflitiva relação com a democracia, em especial a democracia deliberativa. Analisou-se o exercício da jurisdição constitucional na compreensão e construção do direito constitucional a partir do estudo da literatura jurídica contemporânea e do estudo crítico de leading cases do Supremo Tribunal Federal. Objetivou-se, assim, fornecer aos discentes o desenvolvimento de habilidades relacionadas à aplicação do conteúdo teórico à prática da jurisdição constitucional.

Na conclusão do semestre destacaram-se os trabalhos finais das Advogadas pós-graduandas Ana Carolina Coêlho Santos e Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana. Tanto Ana Carolina quanto Eleonora escreveram belos trabalhos sobre jurisdição constitucional, seus fundamentos e categorias a partir do RE 635.659/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes), no qual se discute a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Ana Carolina tratou das contribuições da sociedade para a análise do tema e sua relação com a democracia deliberativa. Debruçou-se especialmente sobre a colaboração dos amici curiae. Não deixou, todavia, de assentar olhar crítico sobre o tema e sobre o desempenho, até o presente momento, do Supremo Tribunal Federal.

Eleonora centrou seu estudo sobre a categoria dos diálogos constitucionais e na análise dos votos já proferidos, dos argumentos lançados, das aproximações e distanciamentos entre eles. Também Eleonora não se contentou em escrever trabalho descritivo, apontando possibilidades e limites da atuação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Nada é mais gratificante para um Professor do que ver seus alunos se valerem do instrumental teórico e normativo que lhes foi dado ao longo de tantas aulas para trilharem caminhos próprios. São esses, pois, trabalhos que se destacaram na avaliação final da disciplina e que, por isso, merecem a recomendação da publicação que ora se apresenta.

Prof. Dr. Miguel Gualano de Godoy

RE 636559/SP: DAS CONTRIBUIÇÕES DA SOCIEDADE PARA A ANÁLISE DOS TEMAS DISCUTIDOS EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Ana Carolina Coêlho Santos¹

RESUMO

A partir da Emenda Constitucional 45, somente serão objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal os recursos extraordinários que detenham repercussão geral e que, portanto, repercutam amplamente na sociedade. Nesse viés, segundo a percepção da democracia deliberativa, necessário que a sociedade debata o tema, visto que esta será notoriamente afetada, a fim de que sejam conhecidos os mais diversos posicionamentos nela existentes, criando melhores subsídios para a tomada da decisão. Nessa linha de raciocínio, o foco do presente trabalho é discorrer acerca da necessidade e possibilidade da contribuição da sociedade para uma melhor percepção da realidade do tema sob apreciação, possibilitando, não apenas um mais amplo conhecimento sobre o assunto pela Corte, como também pela sociedade, visto a propiciar um juízo crítico sobre a decisão que será tomada, o que se busca fazer mediante a análise dos diversos pontos de vista trazidos pelos *amici curiae* no caso do Recurso Extraordinário 635659/SP.

Palavras-Chave: Democracia Deliberativa. RE 635659/SP. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Since the constitutional amendment 45, the Supreme Court will only examine the extraordinary appeals that have general repercussion in society. Therefore, in a perception of deliberative democracy, it is necessary for society to discuss the issue object of the appeal, in order expose the various perception of the issue; creating better subsides for decision-making. The focus of this work is to discuss the necessity and possibility of society's contribution to a better perception of the reality, allowing the Court and the society to have a broader knowledge on the subject. This work is based on the study of the extraordinary appeal 535639/SP and the information exposed by the *amici curiae*.

Keywords: Deliberative democracy. Extraordinary appeal 635659/SP. Brazil's Supreme Court.

¹Pós-graduanda em Direitos Sociais, Ambientais e do Consumidor pelo Centro Universitário de Brasília. Email: anaccs92@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O debate social é enriquecedor, na percepção da democracia deliberativa, na medida em que, com a exposição de diversos posicionamentos e com a contra-argumentação, há refinamento dos argumentos despendidos e retirada do véu da ignorância, levando à percepção dos vários contextos que implicam uma mesma questão, possibilitando, assim, que seja tomada uma decisão menos parcial e mais adequada, haja vista que todos os pontos de vista serão sopesados. Nesse contexto, necessário que sejam chamados a debater todos os possíveis afetados pela decisão a ser proferida.

Desde a Emenda Constitucional 45, os recursos extraordinários interpostos, para serem objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal deverão ser dotados de repercussão geral, ou seja, devem ter relevância social, política, jurídica ou econômica. Nesse viés, portanto, alcançarão toda a sociedade, impondo-se que esta seja chamada para o debate do tema em foco, a fim de que se conheçam os diversos posicionamentos e percepções nela existentes, propiciando uma decisão mais coerente, adequada e imparcial.

Assim, figuras que oportunizam o diálogo da sociedade junto ao Supremo Tribunal Federal tornam-se indispensáveis, como o *amicus curiae* e a audiência pública, inclusive, por possibilitar o acesso da população a um meio no qual é preciso expertise e conhecimento técnico jurídico, em que sua a maior sua parte não detém.

É nesse contexto, da capacidade, necessidade e possibilidade de a sociedade contribuir para uma maior percepção da realidade, mostrando diferentes perspectivas da realidade, e sua importância para possibilitar a solução mais adequada e menos parcial para um imbróglgio, que se debruça o presente trabalho, mediante o estudo do Recurso Extraordinário 635659/SP, o qual sustenta a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, e das contribuições trazidas pelos *amici curiae*.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Segundo a ótica da democracia deliberativa, a solução mais adequada e imparcial dentro de um contexto poderá ser obtida através de um debate público, no qual se buscará a solução de um determinado conflito².

Deverão ser chamados para referido debate, consoante propõe Gargarella, todos os potencialmente afetados por uma decisão, de forma que todos sejam tratados igualmente, dando-se a possibilidade de serem sopesados e conhecidos os mais diversos pontos de vista, com o mesmo respeito e consideração³.

Assim, mediante o debate, o véu da ignorância, que muitas vezes propicia decisões parciais, pelo desconhecimento da realidade do outro, será retirado, eliminando-se também possíveis erros lógicos e de coerência, o que será feito mediante a contra-argumentação e exposição de ponto de vista de todos os potencialmente afetados, podendo-se chegar, ao final, a uma decisão mais imparcial, visto que o fundamento para tomar aludida decisão conterà mais informações e será mais bem calcado, pois terão sido sopesados todos os argumentos despendidos⁴.

Nesse ponto, aparece a importância da democracia deliberativa, na medida em que, consoante leciona Nino, a falta de conhecimento sobre o interesse dos demais leva a uma decisão parcial, isso porque aquele que apenas conhece o seu ponto de vista não consegue perceber que o está colocando na frente do ponto de vista dos demais, visto que para ele apenas existe o seu, figurando lógico que deverá ser empregado; devendo-se, assim, ter

²GODOY, Miguel Gulano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996.

⁴GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996.

conhecimento de que existem outros interesses e outros pontos de vista, para que se tenha a possibilidade de não colocar o próprio posicionamento à frente dos demais⁵.

Habermas, então, propõe a esfera pública como espaço privilegiado para esse debate, estabelecendo uma situação ideal de fala, no qual o Estado deve propiciar meios para que ocorra o debate público, promovendo, assim, a institucionalização do debate popular e, conseqüentemente, da opinião pública. Sendo, nesse descortino, necessária a busca de meios para a participação popular na deliberação e discussão, os quais não devem ficar restritos, contudo, aos espaços oficiais, ocorrendo também na esfera pública não estatal⁶.

Nesse diapasão, portanto, a democracia deliberativa oportuniza o exercício da soberania popular, tendo em vista que o povo poderá expor seus posicionamentos com o propósito de que se conheça a opção que melhor respeite, atenda e pondere suas opiniões e perspectivas.

A democracia deliberativa, portanto, possibilita que os vários pontos de vista sejam conhecidos, incentivando aprendizado e a tomada de uma decisão mais imparcial e condizente com as diversas perspectivas do povo, o qual, consoante compreende o constitucionalismo moderno, é soberano, haja vista que a constituição é encarada como uma decisão política fundamental que reflete os anseios da sociedade e que, por ela é guardada, mediante seus representantes⁷.

Levando-se em consideração que, no moderno constitucionalismo, a constituição é tida como uma limitação ao poder estatal, determinando os caminhos que o Estado deve percorrer, enquanto a democracia abre espaço para o debate popular, que irá impulsionar novas conquistas, mediante a

⁵NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, 2003 apud GODOY, Miguel Gulano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2003 apud GODOY, Miguel Gulano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

interpretação e reinterpretação da Constituição⁸, a democracia deliberativa figura como essencial, diante do seu potencial para propiciar a tomada de uma decisão mais adequada e imparcial, bem como para sejam conhecidos e ampliados os pontos de vista, mostrando perspectivas da realidade que podem passar despercebidas.

3 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635659/SP E SEUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

No quanto interessa, o Recurso Extraordinário 635659/SP foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a qual representava o até então réu Francisco Benedito de Souza nos autos da ação penal ajuizada pelo Ministério Público pela suposta prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06⁹.

Consoante narra a exordial, teria sido encontrado, durante vistoria de rotina na cela do detento, dentro de um marmite, um pequeno pacote com substância esverdeada, a qual, após exame químico toxicológico, constatou-se tratar de 3 (três) gramas de Cannabis Sativa L (maconha), que seria utilizada para consumo próprio, o que ensejou a denúncia do acusado¹⁰.

Sustenta-se, no aludido recurso especial, que a condenação do acusado pela prática prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 violaria a Constituição Federal, mais especificamente, os direitos nela previstos no inciso X do art. 5º, quais sejam, de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e, conseqüentemente, o princípio da lesividade que norteia o Direito Penal¹¹.

Nos termos do que dispõe o recurso em tela, a disposição de inviolabilidade da intimidade e vida privada, reverberaria no direito penal –

⁸GODOY, Miguel Gulano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Recurso Extraordinário 635659/SP*. 9 ago. 2017.

¹⁰SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Recurso Extraordinário 635659/SP*. 9 ago. 2017.

¹¹SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Recurso Extraordinário 635659/SP*. 9 ago. 2017.

assim como todas as normas constitucionais, haja vista que norteiam todo o ordenamento jurídico – exigindo, portanto, lesão a bem jurídico alheio para a criminalização de uma determinada conduta, sob pena de se adentrar na autonomia individual, recaindo, portanto, em núcleo intangível ao Estado, o *status libertatis*¹².

Nessa linha de raciocínio, ao incriminar a conduta de porte de drogas para consumo próprio, o legislador teria incidido em conduta inconstitucional, diante da ausência de lesividade da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, ao não atingir bem jurídico alheio. Em outros termos, o objeto jurídico do delito do tráfico de drogas (saúde pública) não seria atingido pelo porte de droga para consumo próprio, no máximo, haveria lesão à saúde do próprio usuário, o que é considerado como exercício legítimo da sua autonomia privada, resguardado constitucionalmente pelo direito à vida íntima¹³.

Com esses fundamentos, corroborados pelo apontamento de que a Argentina e a Colômbia já firmaram entendimento nesse sentido, colacionando-se, também, voto proferido na 6ª Câmara do 3º Grupo de Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, requereu-se a absolvição do acusado pela atipicidade da conduta, bem como a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06¹⁴.

4 DA RELEVÂNCIA DOS TEMAS DISCUTIDOS EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DA NECESSIDADE DA OITIVA DA POPULAÇÃO

A partir da Emenda Constitucional 45, de 2004, passou a ser necessário, para o conhecimento do recurso extraordinário, o reconhecimento da repercussão geral da matéria discutida, com o objetivo de delimitar a competência do Supremo Tribunal Federal, de forma que este julgue somente

¹²SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Recurso Extraordinário 635659/SP*. 9 ago. 2017.

¹³SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Recurso Extraordinário 635659/SP*. 9 ago. 2017.

¹⁴SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Recurso Extraordinário 635659/SP*. 9 ago. 2017.

as causas que detêm relevância social, política, jurídica ou econômica; bem como para que haja a uniformização da interpretação constitucional sem que seja necessário o julgamento de diversos casos com igual teor¹⁵.

Nesses termos, serão objeto de apreciação da Corte apenas as discussões cujo resultado e interesse ultrapassem a esfera individual do cidadão¹⁶, figurando, portanto, de suma importância para a sociedade o deslinde da controvérsia, pois, independentemente da esfera na qual reverbere, seja política, social, jurídica ou econômica, alcançará toda a sociedade, vinculando as decisões que serão proferidas em casos de igual teor.

É nesse contexto, no qual se verifica que inúmeros brasileiros serão afetados por uma decisão proferida em sede de recurso extraordinário, que se visualiza, segundo a ótica da democracia deliberativa, a necessidade de se chamar a sociedade para debater as teses e discussões concernentes aos recursos extraordinários, visto que haverá várias perspectivas sobre o mesmo tema para serem discutidas e conhecidas, a fim de propiciar que se chegue a um ponto mais imparcial e adequado ao caso.

Válido que se ressalte, nesse ponto, que o Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, já que estamos tratando de recurso que por ele será julgado, ao interpretar a Constituição, deve corresponder ao sentimento social, para que mantida seja a legitimidade democrática. Nesse viés, leciona Barroso:

“No constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apresentação do instituto*, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apresentação do instituto*, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em: 11 jul. 2017.

mérito de uma decisão judicial não deve ser auferido em pesquisa de opinião pública.¹⁷

Nesses termos, necessária a oitiva da população, não para se tomar a decisão majoritariamente mais aceita, posto que com viés político, a decisão deva ser jurídica, mas sim para que se tenha conhecimento dos anseios e das perspectivas da população, a fim de que sejam contemplados, chegando-se a uma solução mais imparcial, considerando-se, no quanto possível, as preocupações sociais.

Aliás, por ser necessária a exigência de conhecimento técnico, cuja população, em sua maior parte, não o detém, a judicialização das questões sociais, por si só, implica a elitização do debate, motivo pelo qual institutos como audiência pública e *amicus curiae*, que possibilitam o diálogo popular com o Judiciário, se fazem necessários para que se atenuem esse problema¹⁸.

Quanto ao Recurso Extraordinário 635659/SP, a sua repercussão geral reconhecida por se entender que a discussão acerca da possibilidade de tipificar o uso de drogas para consumo pessoal alcança uma quantidade grande de pessoas, cuja relevância social é patente¹⁹.

Válido ressaltar, por fim, que sobrestados estavam, até o início do julgamento do processo, no dia 19 de agosto de 2015, 248 processos, em todo o Brasil, aguardando o deslinde processual da controvérsia²⁰. E que, atualmente, cerca de 38% das mulheres e 23% dos homens presos cumprem pena por tráfico de droga²¹, dentre os quais constam, consoante exposto por *amicus*

¹⁷BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM. 2012.

¹⁸BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM. 2012.

¹⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário Virtual*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3840675>> Acesso em: 12 jul. 2017.

²⁰YOUTUBE, *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

²¹BRASIL. Ministério da Justiça. *Sistema Prisional e SINASE*. 2017. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacoes-em-contextos/sistema-prisional-e-sinase>> Acesso em: 12 jul. 2017.

curiae, que será relatado em momento oportuno, pessoas que detinham a mesma quantidade de drogas que pessoas que foram condenadas pelo tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/06²², e que ficaram sujeitas à advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo²³, podendo o julgamento do feito, dar fim a essa disparidade.

5 DA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA CONSTRUÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA O JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELOS AMICI CURIAE NO RE 635659/SP

Nos termos do que dispõe o Código de Processo Civil, no momento em que o relator analisar a repercussão geral, poderá admitir a manifestação de terceiros, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁴, podendo, também, “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria²⁵”.

A critério do relator, ainda poderão ser ouvidos, em audiência pública, que ocorrerá em data por ele fixada, depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com objetivo de instruir o feito²⁶.

No caso do Recurso Extraordinário 635659/SP, ingressaram na qualidade de *amici curiae* 19 (dezenove) entidades²⁷, o que demonstra a

²²YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

²³BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico de ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de ago. de 2006.

²⁴BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de março de 2015.

²⁵BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de março de 2015.

²⁶BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de março de 2015.

relevância do tema para a sociedade e a necessidade e vontade do seu debate social. Apesar da notoriedade e importância do tema debatido, bem como do anseio popular em debatê-lo, o Ministro relator não designou data para a realização de audiência pública, o que é lamentável, na medida em que incentivar debates, ainda mais na esfera pública, de temas controvertidos e polêmicos, é essencial para que sejam quebrados paradigmas.

Nesse mesmo sentido, frisa-se o potencial de conscientização social da realização de audiência pública em data anterior à do julgamento do feito, na medida em que a população, que não tem acesso aos autos do processo e nem expertise jurídica para restar ciente das informações de conhecimento específico que lá são prestadas pelos *amici curiae*, possa amadurecer as informações que lhe serão prestadas por pessoas que detêm conhecimento amplo no tema debatido na audiência pública e, assim, melhor conhecer o tema e impulsionar o Supremo Tribunal Federal a tomar uma decisão mais imparcial e condizente com os diversos pontos existentes. E, ainda, entender os fundamentos e apontamentos que serão trazidos para justificar e embasar a decisão tomada e, dessa forma, criar um juízo de valor sobre referida decisão.

Assim, a ausência de designação de audiência pública, implica a retirada da oportunidade de a população conhecer melhor o tema discutido em sede recurso extraordinário e, dessa forma, cobrar uma decisão mais condizente do Supremo Tribunal Federal, haja vista que, embora tenha a possibilidade de conhecer os argumentos trazidos pelos *amici curiae*, em sede de sustentação oral, no dia da sessão de julgamento, não lhe sobra tempo para absorvê-los e cobrar uma postura da Corte. Ademais, os pontos levantados em sustentação oral costumam ser muito mais jurídicos e escassos, diante da limitação do tempo que detêm os oradores.

Não obstante a ausência de audiência pública, foi notório o enriquecimento trazido pela participação popular, mediante a atuação dos

²⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa Avançada*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroTema=506>> Acesso em: 12 jul. 2017.

amici curiae, durante o trâmite do Recurso Extraordinário 635659/SP, pois, seja pela juntada de documentação nos autos, seja por meio das sustentações orais na sessão de julgamento.

Nos autos do processo, a Associação Brasileira Sobre Drogas e Democracia, em conjunto com o Instituto Viva Rio, ressaltou a ausência de política apta a promover a saúde dos brasileiros, no que tange ao uso de drogas, apontando a necessidade de serem encontradas medidas mais eficientes e humanas para tratar da questão, com enfoque na prevenção e na saúde pública, posicionando-se, ainda, pela centralização dos esforços despendidos pelas autoridades na persecução penal daqueles que lucram com essa atividade e não com usuários²⁸.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais pontuou a distância entre aquele que faz uso (e tem bem jurídico prejudicado) e o bem jurídico que se diz estar protegendo quando se alega que o porte de drogas para consumo pessoal causa dano à saúde pública²⁹.

Já o Instituto de Defesa do Direito de Defesa evidenciou o fato de que o recurso em tela visa não à liberação total do porte de drogas para consumo próprio, mas sim à declaração de inconstitucionalidade da criminalização da conduta, aludindo, também, que o afastamento da proteção conferida pela Constituição, visando à proteção da segurança e paz social, não se justifica, na medida em que os efeitos sofridos pelos usuários são devastadores, diante da estigmatização trazida pelo processo penal. Ademais, pontuou que o Brasil, apesar de ser signatário de diversas convenções para reprimir o tráfico de entorpecentes, não se comprometeu, em qualquer delas, a impor tratamento criminal aos usuários. E, ainda, demonstrou que o efeito da intervenção penal, no caso de criminalização do uso de drogas, é meramente simbólico, pois não há

²⁸YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

²⁹YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

constatação de aumento ou diminuição do uso de drogas em decorrência da ausência de criminalização da conduta, conforme verificado em diversos países que deixaram de criminalizá-la ou nunca o fizeram.

Por outro lado, a Conectas Direitos Humanos e Instituto Sou da Paz, bem como o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, e a Pastoral Carcerária, concluíram, após um histórico sobre a proibição de substâncias psicoativas, pelo esvaziamento do discurso preventivo da política, diante da criminalização da conduta dos usuários, e, ainda, pontuaram a existência de discussão perante as Nações Unidas no tocante à política das drogas. Ressaltaram, além disso, que o crescimento exorbitante da população carcerária brasileira está diretamente ligado à política de drogas, sendo o usuário pobre criminalizado como traficante, enquanto o usuário rico não é alcançado pelo sistema penal, salientando, ainda, a necessidade de se dar maior espaço a medidas alternativas para os usuários³⁰.

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais expôs que a política de drogas mortifica modos diferentes de vida, alegando que, no caso de seus associados, tem consequências mais drásticas, por sofrerem mais com os estigmas sociais pelo uso de drogas em decorrência da sua opção sexual³¹.

Prontamente, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil reafirmou a constitucionalidade da norma impugnada pelo fato de a Lei de Drogas já ter estabelecido equilíbrio proporcional entre a prevenção e repressão, na medida em que não pune os usuários com pena privativa de liberdade³².

³⁰YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³¹YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³²YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

Antes mesmo de se adentrar no teor das sustentações orais, já se percebe a necessidade do diálogo e da exposição de diversos posicionamentos, pois, se por um lado, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil afirma que a norma é constitucional ante a ausência de pena privativa de liberdade para os usuários, por outro lado, foi pontuado que apenas o usuário rico não é penalizado, haja vista que, quando pobre, é enquadrado como traficante, o que recai em uma situação de desigualdade na aplicação da lei, demonstrando a necessidade dos debates populares, inclusive para trazer questões que ainda não estavam sendo debatidas, mas que são de importante reflexão.

No que tange à sustentação oral dos *amici curiae*, constata-se que, até a inclusão do feito em pauta para julgamento, haviam se inscrito para sustentação oral, a fim de defender a inconstitucionalidade do artigo impugnado, o Instituto Viva Rio; a Associação Brasileira de Estudos Sociais do uso de Psicoativos; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Instituto de Defesa do Direito de Defesa; Conectas Direitos Humanos; Instituto Sou da Paz; Instituto Terra Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais; enquanto que para defender a constitucionalidade havia apenas a Associação de Delegados de Polícia do Brasil, optando, assim, o Ministro Relator, a fim de dar paridade aos pontos de vista, por admitir os outros *amici curiae* (Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina; Associação Brasileira Para o Estudo de Álcool e Outras Drogas; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; Central de Articulação das Entidades de Saúde; Associação de Amor Exigente) que tinham se habilitado em momento posterior à inclusão do feito em pauta, mas antes do início do julgamento do feito, ainda que contra a jurisprudência da Corte, o que é plausível, diante de uma perspectiva democrática deliberativa, para que se conheçam mais pontos de vistas e mais argumentos para acrescentar ao debate.

O entendimento do relator pelo ingresso dos *amici curiae* foi corroborado pelo Plenário³³.

O representante do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em sede de sustentação oral, ressaltou a função do direito penal como última *ratio*, pontuando que o fundamento de legitimidade do Judiciário é a intangibilidade dos direitos fundamentais, de modo que, mesmo quando a maioria pretende e quer cercear direito fundamental, deve o Judiciário firmar posicionamento a fim de preservá-lo, o que teria sido verificado para que a Argentina e a Colômbia descriminalizassem o porte de drogas para consumo próprio, concluindo, assim, que o mesmo entendimento deveria ser aplicado à espécie³⁴.

Ademais, ressaltou o paternalismo penal ao ser criminalizada a conduta de porte de drogas para consumo próprio, de forma que se estaria tratando maiores de idade como crianças, o que não é poder do Estado. Ademais, reafirmou a ausência de lesão a bem jurídico alheio, elencando que já existe tipificação legal própria para aquele que utiliza droga compartilhando. Trouxe, novamente, o apontamento de que em países em que houve a descriminalização inexistiu aumento do consumo, e que esta é ineficiente, evidenciando que o recurso foi interposto por um já detento; utilizou, a título de exemplo, a política não criminal do tabaco, que reduziu o número de usuários de 34%, em 2004, para menos de 15%, em 2013, para demonstrar que existem medidas mais propensas a gerar resultados satisfatórios³⁵.

Ainda foi pontuada a inversão que ocorreu no âmbito da política de drogas, decorrente da circunstância que aquele que é pego com drogas deve provar que não é traficante, invertendo-se, assim, o ônus da prova, que deveria ser do órgão acusatório; afirmando, ademais, que os usuários estão sendo

³³YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁴YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁵YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

tratados como traficantes. Por fim, enfatizou a necessidade de se fixar quantidade para que os usuários sejam enquadrados no tipo penal previsto no artigo impugnado, haja vista que esse é um dos critérios a ser utilizado pelo Juiz, segundo dispõe o §2º do art. 28, em questão³⁶.

A Viva Rio, por outro lado, começou abordando a ilegitimidade de se usar a *ultima ratio*, ou seja, o direito penal, para castigar e punir o usuário, expondo que a sua dignidade é ferida pela retirada do seu direito à autotutela. Ademais, expôs que o direito à saúde é prejudicado com a criminalização, pois é uma barreira criada para a procura de tratamento pelo usuário, e ressaltou que criminalizar para não incentivar o tráfico é criminalizar a vítima para afetar seu algoz³⁷.

Por sua vez, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa sugeriu a descriminalização como início da revisão da política penal. Passou, assim, a alegar que existiriam coisas mais graves para serem tratadas pelo direito penal do que o uso de drogas na esfera privada, separando o bem jurídico tutelado (saúde pública) e aquele sujeito que é atingido (lesão à própria saúde do acusado). Recordou, ainda, os milhões que já são gastos com os prejuízos de doenças decorrentes de escolhas pessoais, como o uso do álcool e do cigarro, bem como o estilo de vida sedentário. Por derradeiro, lembrou a redução do uso de drogas no caso da descriminalização na Argentina, suscitando que há outros meios para a redução, diverso ao uso do direito penal, que deve ser a *última ratio*³⁸.

O representante da Conectas Direitos Humanos, do Instituto Sou da Paz; do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; e da Pastoral Carcerária, começou discorrendo sobre o impacto positivo da declaração de inconstitucionalidade.

³⁶YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁷YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁸YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

Afirmou que pesquisas indicam que o alvo do punitivismo são os jovens (entre 18 e 29 anos), negros, com escolaridade até primeiro grau e sem antecedentes criminais, os quais são presos sozinhos, sem armas, com pouca quantidade de droga, sem que tenha havido qualquer atividade de inteligência policial para sua prisão, que costuma ser efetivada em rondas da Polícia Militar; funcionando, assim, como instrumento de criminalização da pobreza. Além disso, assinalou que, nos 10 anos de vigência da Lei de Drogas, os presos por crimes relacionados a essa lei passaram de cerca de 35 mil, em 2005, para 145 mil, em 2013, um aumento de quase 340%; e que passou a ser cerca de 27% o percentual dos presos por crimes relacionados à Lei de Drogas, enquanto antes era de 11%. Concluiu, assim, que referida lei é um dos maiores motores do encarceramento em massa, levando o Brasil ao 4º lugar no ranking de países com maior encarceramento no mundo, a qual não gera frutos, apenas criminaliza pobres³⁹.

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgênicos alegou que procurar evitar eventual difusão não justifica a criminalização do porte, pois isso ofenderia o princípio da legalidade, na medida em que já há previsão quando a conduta do usuário possa prejudicar outra pessoa, como no caso previsto no art. 33 da lei em tela. Afirmou, ainda, que a criminalização intensifica o processo de marginalização e estigmatização do usuário, o qual acaba sofrendo várias violações de direito, as quais, no caso da população LGBT, são mais evidentes, baseando-se no Relatório do Conselho Federal de Psicologia de 2011, fruto da análise de 68 unidades de internação, o qual verificou tortura psicológica, bem como violência física, decorrente da discriminação por conta da opção sexual, o que, segundo alude, mortificaria modos de vida diferentes. Além disso, pontuou que o direito à saúde é afastado, em razão de usuários não buscarem ajuda em decorrência da criminalização da conduta; e que a educação

³⁹YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

sobre drogas deve resultar na autonomia e saúde, e não como sanção, como hoje aparece⁴⁰.

Ainda pela inconstitucionalidade do artigo impugnado, a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos afirmou que a criminalização dos psicoativos é um mecanismo de exclusão que atinge minorias, a qual teve origem no proibicionismo norte-americano, que perseguiu os mexicanos, que faziam uso de maconha, e os chineses, de ópio, conforme afirmam os historiadores. No Brasil, relembra que a primeira criminalização se dirigiu aos escravos, por meio de uma portaria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, de 1830, que associava o uso de maconha aos africanos escravizados, os quais deveriam ser controlados. Afirmou, ademais, que o hábito do consumo de psicoativos é cultural, ocorrendo há milhares de anos, não sendo, portanto, um fenômeno atual, ao passo que os tratados internacionais de criminalização têm menos de 100 anos, inexistindo essa ideia de criminalização até o início do século XX. Aponta, após essa breve análise histórica, que essa criminalização de traficantes e usuários, a qual pretende promover a saúde pública, não surte efeitos, diante da ausência de notícias, após todos esses anos, da melhoria da saúde pública⁴¹.

Dessa forma, defendeu, a saída de abstrações para a verificação dos efeitos práticos, por se tratar de tema constitucional, afirmando que o uso de psicoativos é um problema cultural e que a sociedade deve encontrar outra forma de tratar a questão. Informa, ainda, que sequer a ONU criminaliza a conduta do usuário, reconhecendo salvaguarda constitucional no ordenamento jurídico interno. Afirmou, ainda, que o reconhecimento do usuário como pessoa com dignidade impõe que todos os direitos constitucionalmente lhe sejam garantidos, impondo-se, portanto, o seu não tratamento como objeto de intervenção penal, que não leva em consideração sua vontade; acrescentando,

⁴⁰YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴¹YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

por fim, que o direito ao prazer é uma escolha pessoal, impossível de ser tolhido dentro de um regime democrático⁴².

Pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil foi a primeira a se manifestar, informando o trâmite no Congresso Nacional de Projeto de Lei para atualizar o texto do art. 28, o qual impõe ao Estado o acompanhamento do usuário, para que se verifique seu progresso, o que demonstraria a preocupação do Legislativo em atualizar o texto e tratar da questão. Afirmou, ainda, que, com a descriminalização, haveria guerra de guerrilhas pelo controle do tráfico e aumento do consumo de drogas, impondo-se a tipicidade para evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. Colacionou, por derradeiro, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de criminalização da conduta do porte de droga para salvaguardar a sociedade⁴³.

A Associação Brasileira de Estudo de Álcool e outras drogas, bem como a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, alegou que o ponto central da questão é que o dispositivo em tela não tem caráter penal, lecionando que a Lei de Drogas se divide em dois pontos, o primeiro referente à prevenção, tratamento e reinserção; e o segundo concernente à repressão penal, crime, pena e cadeia. Assim, afirmou que as medidas prescritas no art. 28 não são penais, sendo medidas de reinserção social, como a pena de prestação de serviço à comunidade. Além disso, elenca a possibilidade de interferência do Estado quando se perde a autonomia privada, como ocorreria com os usuários de drogas, e que, através da política existente estaria sendo buscado o bem-

⁴²YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴³YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

estar e qualidade de um homem com dignidade, garantido pela Constituição, sendo a saúde um dever do Estado⁴⁴.

A Central de Articulação das Entidades de Saúde suscitou que o caso concreto não permitiria a transcendência para o paradigma que se discute e que o Supremo Tribunal Federal não teria competência para tratar da matéria, a qual deveria ser objeto de maiores reflexões. Abordou a dependência química causada pelas drogas e a conseqüente retirada do direito à família e ao trabalho. Por derradeiro, arguiu que a lei já estabelece tratamento e que a descriminalização de pequenas quantidades de droga fortaleceria o tráfico, haja vista que muitas vezes é feito dessa forma.⁴⁵

Acrescentou a Federação de Amor Exigente que a decisão pela descriminalização afetaria milhares de famílias de dependentes, recordando o sofrimento da família de usuários e a possibilidade do aumento do consumo. Informou a ausência de mecanismos aptos para tratar do número de dependentes. Além disso, sustentou que usar drogas não é um direito individual, o qual não pode ser sobreposto ao direito da coletividade ou dos familiares que sofrem com a dependência, e que o dependente químico não vive de forma digna, o que justificaria a intervenção penal⁴⁶.

Por último, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-Família reafirmou as conseqüências drásticas que a descriminalização traz às famílias e à sociedade, aumentando, inclusive, o quadro de violência do nosso país. Alegou que a descriminalização apenas beneficia as falsas ONGs e o narcotráfico, que o porte de droga tem conseqüências que alcançam além da esfera do usuário e que a matéria seria de competência do Legislativo, não podendo ser discutido, portanto, pelo Supremo Tribunal Federal, informando, que, nos casos da

⁴⁴YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁵YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁶YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

Holanda e Portugal, a mudança foi trazida pelo Legislativo. Por derradeiro, pontuou que se impõe o dever de cautela da Corte, a qual não pode transformar o país em uma grande cracolândia, pois as drogas transformam as pessoas em pessoas menos produtivas⁴⁷.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do debate, consoante preconiza a democracia deliberativa, podem ser refinados os argumentos, retirados preconceitos e ampliada a percepção sobre determinado tema, o que possibilita, no caso de um impasse, que uma melhor e mais imparcial solução seja tomada, diante da retirada do véu da ignorância. Nesse diapasão, necessário que sejam chamados os possíveis afetados pela decisão a ser tomada, para que estes possam se manifestar e auxiliar a criar subsídios para essa decisão.

Nesse sentido, o chamamento da sociedade para o debate dos temas discutidos em sede de recurso extraordinário é medida que se impõe, pois somente serão apreciados pelo Supremo Tribunal de Justiça, a partir da Emenda Constitucional 45, as discussões que transpassem a esfera do recorrente, ou seja, que detenham repercussão geral; motivo pelo qual figuram de suma importância institutos que viabilizam o debate popular perante o Judiciário, como o *amicus curiae* e a audiência pública.

Através de uma análise dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* no Recurso Extraordinário 635659/SP, que discute a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio, verificou-se a necessidade da contribuição social para o debate dos temas discutidos em sede de recurso extraordinário, isso em razão da diversidade dos argumentos trazidos, bem como pela contra-argumentação, que lhes são intrínsecos.

Além de teses jurídicas, como a de ofensa ao direito à vida privada, que levou a interposição do recurso extraordinário objeto de análise, foram

⁴⁷YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

dispendidos os mais diversos argumentos, como a historicidade da criminalização dos psicotrópicos, os efeitos que esses geram na família do usuário, a estigmatização do usuário decorrente da criminalização da sua conduta e a conseqüente barreira que é criada para a busca ao auxílio médico, assim como as pessoas que têm sido alvo da política vigente e a sua intrínseca relação com o aumento carcerário, dentre outros.

Válido ressaltar que a exposição dos argumentos despendidos faz-se necessária, não apenas para aumentar os subsídios dos Julgadores que irão tomar a decisão, mas também para que a população possa ampliar seus horizontes, criando senso crítico e juízo de valor mais bem fundamentado sobre o tema que será objeto de decisão pela Corte, possibilitando, ainda, que esta impulsione a Corte a tomar decisão menos parcial e mais condizente, garantindo, dessa forma, que ela assim o faça.

Nesse mesmo sentido, as audiências públicas se justificam, na medida em que, diferentemente das sustentações orais dos *amici curiae*, que são breves e com mais peso jurídico, trarão conhecimentos específicos sobre o tema em impasse, impondo-se, em casos de igual complexidade como o Recurso Extraordinário 635659, que referido instituto seja aplicado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: José Adércio Leite Sampaio (coordenador). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico de ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de ago. de 2006.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de março de 2015.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996.

GODOY, Miguel Gulano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema Prisional e SINASE*. 2017. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacoes-em-contextos/sistema-prisional-e-sinase>> Acesso em: 12 jul. 2017.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Recurso Extraordinário 635659/SP. 9 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apresentação do instituto*, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em: 11 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa Avançada*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroTema=506>> Acesso em: 12 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário Virtual*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3840675>> Acesso em: 12 jul. 2017.

YOUTUBE. *Pleno do STF inicia julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio (1/2)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ&feature=youtu.be>> Acesso em: 12 jul. 2017.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana ¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo principal abordar os diversos aspectos do julgamento do RE 635.659/SP, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que constitui exemplo ilustrativo de caso concreto em que os “diálogos institucionais” foram efetivamente empregados para guiar uma decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das leis. Para tanto, parte-se de uma breve explicação sobre como as teorias dos diálogos institucionais surgiram para superar as retrógradas ideias de supremacia judicial e de última palavra, mas que ainda permanecem arraigadas no pensamento e na prática jurídica da sociedade brasileira. Assim, são destrinchadas as características primordiais dessas teorias para, a partir de então, demonstrar-se como os diálogos institucionais foram aplicados nos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso no citado recurso extraordinário, no qual se debate a relevante questão da descriminalização do porte de drogas, especialmente da maconha, para o consumo pessoal. Por fim, o estudo de caso culmina na constatação e na defesa de que os diálogos institucionais são, além de viáveis, absolutamente necessários, devendo ser estimulados para que se confira plena legitimidade democrática ao modelo de jurisdição constitucional atualmente adotado no Brasil.

Palavras-chave: RE 635.659/SP; estudo de caso, diálogos institucionais.

ABSTRACT

The main goal of this work is to approach the many aspects of the RE trial 635.659/SP, underneath the report of the Minister Gilmar Mendes, what constitutes an illustrative example of a concrete case, in which the “institutional dialogs” were effectively used in order to guide a Supreme Federal Court decision, in the scope of the judicial control of law constitutionality. For this

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Empresarial e Direito dos Contratos (*lato sensu*) pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Associada do Escritório Hilário Vaz & Branquinho Advogados Associados (SHIS QL 14, Conjunto 05, Casa 02, Lago Sul, CEP: 71.640-055, Brasília-DF, Brasil). E-mail: eleonora@hvb.adv.br.

purpose, a brief explanation is run about how the theories of the institutional dialogs emerged to overcome the downgraded and sharpened judicial supremacy's ideas, but that still stays entrenched in the thoughts and practice of the Brazilian society. Thus, the primordial features of these theories are revealed, in order to show how the institutional dialogs were applied in the vows of the Ministers Gilmar Mendes, Edson Fachin and Luís Roberto Barroso in the mentioned extraordinary resource, in which is debated a relevant question about the drug possession decriminalization, especially marijuana, to personal use. Finally, the case study culminates in the confirmation and defense that the institutional dialogs are, beyond viable, absolutely necessary, and should be stimulated, so that it grants plain democratic legitimacy to the constitutional jurisdiction model currently adopted in Brazil.

Keywords: RE 635.659/SP; case study, institutional dialogs.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDEIA DE SUPREMACIA JUDICIAL E DE ÚLTIMA PALAVRA E A SUA DESCONSTRUÇÃO PELAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, erigida sob a condição de marco da democracia brasileira, estabeleceu-se um cenário político-institucional responsável por impulsionar a franca expansão do Poder Judiciário, na medida em que inúmeras matérias relevantes à sociedade de um modo geral, seja do ponto de vista moral, econômico ou, principalmente, político, passaram a ser submetidas ao crivo dos juízes e das Cortes.²

Acerca desse movimento de crescimento e de fortalecimento do, literalmente, *poder* Judiciário, verificado especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, vale transcrever as observações constantes na ilustrativa obra do professor Conrado Hübner Mendes, intitulada “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação”:

[...] tal Constituição, marco da transição para a democracia, deu ao poder judiciário em geral, e ao Supremo Tribunal Federal (STF) em particular, poderes muito mais robustos que todas as anteriores. Não foi apenas uma mudança de grau, mas de tipo: nasceu ali, substantivamente, um modelo novo de controle judicial de constitucionalidade, com um número maior de atores sociais capazes de despertá-lo e um repertório processual mais variado. Tudo

² 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. 176.

isso, ainda por cima, sob o pano de fundo de um texto constitucional mais amplo na proteção de direitos e detalhado na regulação de variados assuntos. O simbolismo e a responsabilidade da função do STF, portanto, tornaram-se mais agudos.³

Tal fenômeno, atrelado a outros tantos aspectos que aqui não nos compete esmiuçar, tomando-se como exemplo emblemático o fato de as decisões do STF, muitas vezes dotadas de fundamentação maximalista e vinculante, apenas serem passíveis de reversão através do exigente rito para a aprovação de emendas constitucionais,⁴ acabou dando azo ao que a doutrina chama de cultura da *supremacia judicial* e de ideia da *última palavra*, esta segunda especificamente atrelada à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por supremacia judicial entende-se a superioridade do Poder Judiciário quanto aos demais Poderes, verificada na esfera fática ao se comparar o seu campo de ação e de influência decisória frente ao do Executivo e do Legislativo. Com efeito, esta supremacia é em parte alicerçada na concepção de que compete ao Supremo Tribunal Federal, a quem a própria Constituição atribuiu o dever de guarda,⁵ a última palavra sobre a interpretação e o sentido do texto constitucional.

Assim, infere-se que a ideia de última palavra está umbilicalmente ligada à forma como se dá o controle judicial de constitucionalidade das leis, cujo mecanismo, previsto na Constituição, possibilita ao STF que construa essas suas *pretensas* decisões definitivas sobre a conformidade das leis com os fundamentos e princípios insculpidos na Carta Magna de 1988. E, é partindo da abordagem quanto ao nosso modelo misto de controle – que pode ser difuso, realizado por qualquer juiz ou Tribunal nos casos concretos; ou concentrado, realizado pelo STF, de maneira abstrata ou também concreta – que o professor Miguel Gualano de Godoy joga luz sobre como o conceito de última palavra se legitimou no Brasil:

³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 11.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 179.

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)

(...) além da previsão constitucional expressa do controle judicial de constitucionalidade das leis, tem-se aceitado no Brasil, assim como tem ocorrido nos Estados Unidos, a ideia de que a última palavra sobre a interpretação da Constituição cabe unicamente ao Supremo Tribunal Federal. Tal conclusão tem sido invocada com argumentos muito similares aos que historicamente foram sempre invocados nos Estados Unidos para legitimar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Ou seja, a supremacia da constituição e seu caráter normativo e, somado a isso, a expressa opção institucional adotada pelo Brasil na Constituição de 1988 que, em seu art. 102, conferiu ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição.⁶

Aliás, não é preciso tecer maiores conjecturas a respeito das razões pelas quais está arraigada, não somente entre os operadores do Direito, mas no pensamento da maioria da população brasileira, a convicção de que, *naturalmente*, é da competência exclusiva do STF dizer, de modo terminativo, se as leis editadas pelo Poder Legislativo estão, ou não, de acordo com a Constituição Federal. Afinal, a crença de que os juízes deteriam maior capacidade técnica e intelectual para desenvolver tarefa de tamanha magnitude remonta à conhecida figura do “juiz Hércules” concebida por Ronald Dworkin.⁷

Todavia, na teoria constitucional dos últimos anos vem se fortalecendo uma corrente que propõe refletir e colocar em prática a atuação do Judiciário frente aos demais Poderes de um modo sobremaneira diverso, por meio do qual o trabalho de hermenêutica e de aplicação do texto da Constituição se daria dialógica e cooperativamente entre os *três* Poderes, ao invés de se encará-lo como uma tarefa limitada ao campo de atuação de juízes e Cortes, praticamente como uma disputa entre adversários.⁸ Ademais, talvez em uma de suas

⁶ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 83.

⁷ Wayne Morrison define muito bem a teoria do juiz Hércules estabelecida por Dworkin: “Na reta disposição do termo seria um juiz ideal, com intenção de elaborar teorias políticas que poderiam servir como justificações do conjunto de regras constitucionais que são expressamente relevantes ao problema. Se duas ou mais teorias se ajustarem, mas apresentarem resultados contrastantes para o caso –, Hércules deve se voltar para o conjunto remanescente de regras, práticas e princípios constitucionais para criar uma teoria política para a Constituição como um todo”. – MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 508.

⁸ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 150.

principais nuances, esse pensamento inovador ainda inclui o povo como participe *direto* no importante processo de definição do significado da Lei Maior. São as chamadas teorias dos *diálogos institucionais* ou dos *diálogos constitucionais*.

A metáfora dos diálogos surgiu com Alexander Bickel, na década de 1960, e também foi objeto de análise de Louis Fisher, em 1980, que lançou livro intitulado “Diálogos Constitucionais: interpretação como processo político”. Já nos anos 2000, Christine Bateup,⁹ da Universidade de Nova York, partindo da classificação das teorias dos diálogos amplamente utilizada pelos estudiosos da área para diferenciar a sua abordagem quanto ao método (empírica) e quanto à estrutura (normativa), invocou, dentro desta segunda perspectiva, o que denominou de *teoria do equilíbrio*.

É o conteúdo da teoria do equilíbrio arquitetada por Bateup que primordialmente nos interessa no presente trabalho, uma vez que, segundo assentado pela própria doutrinadora, tal teoria é a que melhor possibilita um diálogo *verdadeiro*.¹⁰ Conforme essa visão, como bem descrito por Miguel Gualano de Godoy que destrincha as ideias de Christine Bateup com a clareza que lhe é peculiar:

(...) o Poder Judiciário não possui, *a priori*, qualquer capacidade superior para interpretar a constituição. Assim, juízes e cortes atuam como mais uma instância de discussão na definição do sentido da constituição. (...) Para Bateup, a teoria do equilíbrio é a que melhor possibilita o diálogo, pois compreende a interpretação da constituição como tarefa compartilhada entre os Poderes, sem conferir primazia a nenhum deles e ainda ressalta a importância da participação de outros atores, tais como instituições e o povo em geral.¹¹

⁹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. New York: Brooklyn Law Review, v. 71, 2006.

¹⁰ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 150; 156.

¹¹ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 156.

Por tal linha de raciocínio, desenvolve-se uma outra faceta da teoria do equilíbrio: a teoria da parceria. Basicamente, esta última se concentra sobre as diversas contribuições que cada um dos Poderes pode dar, de acordo com as suas competências e instrumentos normativos, para a delimitação do sentido da Constituição, sem que, novamente, se dê uma relevância maior ao papel hermenêutico desempenhado por juízes e Cortes. Assim, a teoria da parceria procura mesclar a expertise do Poder Legislativo na elaboração de leis e de políticas públicas com a especialidade do Judiciário em interpretar e aplicar princípios, destacando a necessidade da existência de previsões normativas que promovam e incentivem o diálogo entre os Poderes.¹²

Desta feita, Christine Bateup propõe uma fusão dialógica entre a teoria do equilíbrio e a teoria da parceria, conjecturando que o Poder Judiciário – no caso do Brasil, em especial, o STF – realmente detém uma capacidade institucional peculiar que lhe possibilita exercer o controle *judicial* de constitucionalidade das leis, mas não para impor aos demais Poderes e à sociedade, de forma autoritária e irretorquível, a *última palavra* acerca da significação da Lei Maior. Ao contrário, juízes e Cortes constituiriam apenas mais uma voz nesse árduo processo, devendo estar permeáveis ao diálogo por meio da abertura de canais permanentes de *redefinição* da interpretação da Constituição. Nesse sentido, estar-se-ia, no máximo, perante uma última palavra *provisória* da Suprema Corte.¹³

Trata-se, portanto, do desapego à compreensão paradigmática limitada e retrógrada de que a Constituição é um documento sagrado porque representa um pacto em torno de questões primordiais à maioria das sociedades contemporâneas, como a democracia e os direitos fundamentais. Cuida-se, ainda, da necessária superação do pensamento de que o Supremo Tribunal Federal seria, por excelência, o “guardião” da Constituição, cuja competência

¹² BATEUP, Christine apud GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 157.

¹³ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 158; 167.

para realizar a revisão das leis através do controle de constitucionalidade corresponderia a uma extensão do poder emanado do próprio constituinte originário.

Nessa medida, as teorias dos diálogos institucionais tocam na ferida da *legitimidade democrática* do modelo de jurisdição constitucional, tão brilhantemente esmiuçada pelo filósofo neozelandês Jeremy Waldron. Para ele, o vício da ilegitimidade se configura porque a positivação de direitos em Constituições rígidas, como é a brasileira, implica na obtenção de *supermaiorias* para a modificação do seu conteúdo, inabilitando o legislador a desempenhar sua função natural de visitar o direito inserido na Carta Magna, processo este que, para Waldron, daria margem ao que referiu como o “entrincheiramento constitucional de privilégios”.¹⁴

Logo, esse papel estaria errônea e preponderantemente centralizado nas mãos de um Poder cujos integrantes não são diretamente eleitos pelo povo, ostentam cargos vitalícios e, a princípio, não estão sujeitos a nenhum tipo de fiscalização efetiva por parte da população: o Poder Judiciário. Cuida-se, para utilizar a célebre e difundida expressão de Alexander Bieckel, da “*dificuldade contramajoritária*” que enfrenta a jurisdição constitucional tal qual é hoje concebida em diversos modelos mundo afora, como na hipótese do Brasil.

Então, a superação dessa incômoda constatação de que o Supremo Tribunal Federal é, de fato, uma Corte contramajoritária, e a *real* legitimação democrática de suas decisões, podem, de certa forma, ser alcançadas através da prática dos diálogos institucionais, que vão além de uma postura dialógica entre os Poderes, mas igualmente compreendem a participação direta do povo no âmago desses processos decisórios. Afinal, como bem observado por Waldron, os direitos individuais não podem ser sopesados sob o prisma de que o indivíduo é apenas um destinatário da proteção constitucional, vítima fortuita de atos estatais discricionários, mas, lado outro, é um juiz competente para

¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p 188.

definir de maneira concreta o conteúdo dos seus direitos e dos de seus concidadãos.¹⁵

Permanecendo com o foco na necessidade de se permitir ao povo que interaja na tarefa de interpretação da Constituição Federal, Miguel Gualano de Godoy, citando Roberto Gargarella, chama a atenção para as características peculiares das sociedades latino-americanas que reclamam, ainda mais, a abertura aos diálogos institucionais. Isso porque tais sociedades são histórica e profundamente desiguais, com grande parte da população marginalizada, quando não ignorada, pelo sistema institucional, como é o caso dos presos, homossexuais e índios, que praticamente não detêm qualquer representatividade.¹⁶

Em arremate, é mister destacar que no cenário jurídico e político hoje concebido no Brasil, a incontestável distância entre as instituições, seus agentes públicos e o povo pode e deve ser mitigada através da utilização de diversos mecanismos que já estão previstos na legislação e encontram-se, principalmente, à disposição do Supremo Tribunal Federal para que se concretize o tão almejado diálogo, como são excelentes exemplos as audiências públicas¹⁷ e a admissão de *amici curiae*.¹⁸

Desta feita, para tornar ainda mais nítido como esse diálogo institucional ou constitucional é possível e precisa ser estimulado, passa-se ao estudo do emblemático caso do recurso extraordinário nº 635659/SP, sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, demonstrando como nossa Suprema Corte, ainda que de maneira incipiente, vem se mostrando permeável e disposta a praticar essa nova forma de interpretar e valorar o sentido das leis de acordo com a Constituição Federal de 1988.

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p 187.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto apud GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 171.

¹⁷ Artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ Lei 9.868/99.

2 ESTUDO DE CASO – O RE 635.659/SP COMO EXEMPLO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por meio do RE 635.659/SP, distribuído ao Supremo Tribunal Federal sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes no ano de 2011, elevou-se ao crivo daquela Corte, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a apreciação sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que define como crime a conduta daquele que *“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”*, prevendo ainda em seu parágrafo 1º que se submete às mesmas penas ¹⁹ *“quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”*.

No caso concreto, o recorrente, em razão de portar a ínfima quantidade de 3 (três) gramas de maconha para consumo próprio, foi sentenciado pela Justiça paulista à prestação de 2 (dois) meses de serviços à comunidade, o que levou a Defensoria Pública, responsável pela defesa do condenado, a tecer o pedido de declaração da inconstitucionalidade do citado artigo 28 da Lei de Drogas. Para delimitar os fundamentos de que se valeu o recurso extraordinário, cabe transcrever a narrativa tecida no próprio voto do Ministro Relator:

Afirma o recorrente que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

Sustenta, em síntese, que o dispositivo constitucional em destaque protege as escolhas dos indivíduos no âmbito

¹⁹ A conduta típica do art. 28 da Lei 11.343/2006 compreende as penas de “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

privado, desde que não ofensivas a terceiros. Decorreria dessa proteção, portanto, que determinado fato, para que possa ser definido como crime, há de lesionar bens jurídicos alheios.

Sublinha, ademais, que as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada.²⁰

Reconhecida a existência da repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes, dentro das competências que lhe são atribuídas pelo Regimento Interno do STF na condição de Relator, deferiu diversos pedidos de ingresso no feito na condição de *amici curiae*, formulados por instituições como a Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), a Pastoral Carcerária, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ADGLT).

No entendimento do Ministro, a representatividade e o interesse de tais entidades no resultado da demanda justificou o acolhimento dos pleitos, fato que já foi positivo para sinalizar ao menos a intenção do Relator de não decidir sozinho, mas de estender um debate tão relevante à todos aquelas associações representativas da população que manifestaram interesse, mesmo quando elas falem por minorias historicamente silenciadas e estigmatizadas, como é o caso da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ADGLT).

Com efeito, o julgamento ganhou contornos que foram além da discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 e a consequente descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, porquanto os três Ministros que até então proferiram os seus votos, quais sejam o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Edson Fachin e o Ministro Luís Roberto Barroso, adotaram

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

posturas que, ainda que de formas distintas e em diferentes proporções, primaram pela promoção aos diálogos institucionais.

2.1 Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes

De início, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendendo que a criminalização da posse de drogas para uso próprio (i) afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conduzindo à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário, e (ii) desrespeita a decisão do indivíduo de colocar em risco a própria saúde, não cabendo, pois, associar ao usuário o dano coletivo possivelmente causado à saúde e à segurança públicas,²¹ declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas para afastar do dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal e, por consequência, absolver o recorrente em razão da atipicidade da conduta.

Sublinha-se ainda que, embora o Ministro Gilmar Mendes tenha descriminalizado o porte para consumo pessoal, fez questão de assentar que isso não implica na liberação ou legalização irrestrita do porte de drogas para tal finalidade.

Independentemente dos outros argumentos da ordem do Direito Penal utilizados pelo Relator, aqui nos interessa o fato de que, conquanto tenha realizado um juízo valorativo da interpretação do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal – que prevê a inviolabilidade dos direitos da personalidade – frente à conduta tipificada como crime pelo mencionado artigo da Lei 11.343/2006, o Ministro manteve as medidas sancionatórias de natureza administrativa elencadas pelo dispositivo, *até o advento de legislação específica*.

É mister pontuar, ao realizar o controle de constitucionalidade o julgador efetivamente se restringiu à sua esfera de atuação, isto é, ao controle *judicial* da

²¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

constitucionalidade da tipificação da conduta no âmbito penal, sem adentrar na competência do Poder Legislativo de regulamentar as espécies de sanções administrativas que, eventualmente, possam ser mantidas àqueles que tragam consigo drogas para o uso pessoal. Regulamentação esta que, segundo sinalizado pelo próprio Relator, deve ser feita através de iniciativa do Parlamento para a edição de lei específica.

Ademais, além de ter delimitado esse “intercâmbio” com o Poder Legislativo, o Relator insculpiu em seu voto outra atitude própria da promoção aos diálogos institucionais ao acionar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concedendo-lhe o prazo de 6 (seis) meses para, dentre outros, (i) realizar os encaminhamentos necessários à aplicação das medidas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, em *procedimento cível*, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, (ii) assim como apresentar relatórios semestrais com as providências tomadas e os resultados obtidos.

Desta feita, o Ministro Gilmar teve uma atitude louvável ao, além de decidir, procurar estabelecer ações concretas que permitam ao Supremo Tribunal Federal acompanhar o cumprimento de decisão sobre assunto que tanto interessa à sociedade brasileira.

2.2 Voto-Vista do Ministro Edson Fachin

Após pedido de vista, o Ministro Edson Fachin concedeu parcial provimento ao recurso extraordinário para, assim como o Ministro Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, entretanto, ressaltando que a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, no seu entendimento, se restringe unicamente à maconha, como sucedera no caso fático que pautou o julgamento.

Na sequência, manteve a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da maconha, porém, concomitantemente,

declarou a inconstitucionalidade progressiva de tal tipificação *até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa*.

Isso porque, para o Ministro Fachin, é imperioso que se dialogue não apenas sobre a descriminalização do porte da maconha para utilização própria, mas acerca de todos os motivos que estão por trás do elevado consumo da droga no Brasil, os quais sabidamente envolvem o circuito que vai da sua produção à oferta ao usuário. Nessa medida, assentou que “tal vazio respectivo merece ser preenchido por ato legislativo, no catálogo de sua competência”.²² É mister transcrever o trecho do voto que trata da questão:

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 em sede deste recurso 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.

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 oferta para distinguir, no pensamento sistemático, as tarefas da legiferação e as da jurisprudência.

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*

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto-vista do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

*autorização lícita, considerando para tanto a droga vertida no caso concreto, regulamentada e restrita, pode contribuir para principiari a solver o germe de tais questões; meias soluções são apenas remédios efêmeros para problemas graves.*²³ (grifou-se)

Logo, constata-se que a postura do Ministro é um exemplo extremamente ilustrativo de como os diálogos institucionais podem – e devem – integrar a prática do Supremo Tribunal Federal, exterminando a indesejável ausência de legitimidade democrática do nosso modelo de jurisdição constitucional. O voto, respeitando os limites do campo de atuação do Poder Judiciário, indicou que cabe ao Poder Legislativo a elaboração de lei que enfrente o tráfico e regulamente, se este for o desejo da sociedade, a liberação da comercialização da maconha. Tudo sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa.

Lado outro, a abertura e o incentivo aos diálogos continua quando o Ministro Edson Fachin estipula que é atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas de maconha que sirvam de parâmetro para diferenciar o usuário do traficante, além de determinar aos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas que exerçam suas competências para, até que sobrevenha a legislação específica, emitir parâmetros provisórios diferenciadores daquelas quantidades de maconha (distinguindo usuários de traficantes), a serem considerados nos casos concretos. Quanto ao ponto, assim consignou o voto:

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.

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

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto-vista do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

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).²⁴

Em arremate, o Ministro Fachin também procurou não somente expor o seu posicionamento, mas encontrar uma maneira para fiscalizar e conferir plena aplicabilidade aos direcionamentos dados aos Poderes Legislativo e Executivo, propondo a criação do que chamou de Observatório Judicial sobre Drogas, dentro do próprio STF. Por meio deste Observatório seriam ainda chamadas a opinar “entidades de todas as crenças”. Nada mais auspicioso e desejável na busca por se permitir que todos os Poderes, bem como o povo, participem diretamente da tarefa crucial de construção do sentido da Constituição de 1988.

2.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Na mesma sessão em que o Ministro Fachin exarou o voto-vista o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu voto oral, ainda pendente de oficialização, no qual, em linha semelhante, declarou a inconstitucionalidade o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, decidindo pela descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, sem realizar qualquer juízo de valor a respeito de outras drogas.

Sem desnecessariamente adentrar aos fundamentos de natureza penal, sublinha-se que, de forma não tão dialógica quanto os demais, o Ministro Barroso validou o porte de 25 (vinte e cinco) gramas de maconha ou o cultivo de até 06 (seis) plantas fêmeas da espécie – como é feito no Uruguai – como parâmetro para diferenciar o consumo, ou produção própria, do tráfico da *cannabis sativa*, contudo, *até que o Poder Legislativo elabore lei sobre a questão*.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto-vista do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

No posicionamento do Ministro, essas quantidades, porém, não são parâmetros rígidos, pois caberia ao juiz, ao examinar as hipóteses fáticas nas audiências de custódia, ponderar se alguém que leve consigo mais de 25 (vinte e cinco) gramas de maconha é realmente traficante, valendo a mesma premissa para o suposto usuário que porte menos do que 25 (vinte e cinco) gramas.

Salientou o Ministro Barroso que, neste aspecto, o Judiciário precisa agir de maneira mais ativa para que se extirpe o “impacto desproporcionalmente discriminatório” oriundo da distinção que se faz, de maneira discricionária, entre usuários e traficantes nas regiões abastadas e pobres do Brasil.²⁵ O que, todavia, não impede que advenha a cabível regulamentação legislativa da matéria, fazendo com que os critérios por ele propostos se tornem, portanto, temporários.

Destarte, conclui-se que, ainda que em certa medida tenha suprido uma lacuna legal, o Ministro Luís Roberto Barroso não deixou de se mostrar propenso ao diálogo, incitando ao Parlamento que exercite a sua competência para definir critérios objetivos capazes de distinguir os usuários dos traficantes de maconha.

Na sequência, pediu vista o saudoso Ministro Teori Zavascki, dando azo à suspensão do julgamento, que ainda se perpetua com o recém-empossado Ministro Alexandre de Moraes.

3 CONCLUSÃO

É interessante refletir sobre como as concepções de supremacia judicial e de última palavra estão inseridas de forma tão hegemônica na cultura jurídica do Brasil que nos parece absolutamente natural que juízes e Cortes exerçam a hermenêutica constitucional quase sempre de maneira exclusiva, principalmente quando se lida com a imagem do Supremo Tribunal Federal. De fato, a nossa Suprema Corte está erguida em um pedestal quase sagrado,

²⁵ MIGALHAS. *Ministros Fachin e Barroso votam pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI226686,81042-Ministros+Fachin+e+Barroso+votam+pela+descriminalizacao+do+porte+de>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ocupando o posto de guardião do pacto social firmado a duras penas em torno de princípios salutarres como a democracia e a separação entre os Poderes.

Esse é o pensamento semeado e disseminado nas universidades de Direito e entre os advogados, no ambiente do serviço público forense, através das diversas facetas da mídia. Esse é o pensamento que, diante dos recentes – e sem precedentes – escândalos de corrupção que acometeram a classe política, está sendo incutido na sociedade de um modo geral. Em toda esquina fala-se na revolta e na desmedida descrença para com Parlamentares e Presidentes (quem diria, no plural!), ao mesmo tempo em que se cultiva a esperança de que o STF ou de que o Juiz Sérgio Moro reverta, aqui ou ali, algum quadro “absurdo” de ilegalidade ou de injustiça. O Judiciário transformou-se, literalmente, “em uma luz no fim do túnel” para muitos brasileiros.

Como dito por Conrado Hübner Mendes em sua célebre obra “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”,²⁶ a fragilidade do sistema eleitoral-representativo brasileiro aliada à promulgação da Constituição cidadã de 1988 deram margem ao desenvolvimento da tradição constitucional tal qual a temos hoje. A questão é que o trabalho de hermenêutica constitucional majoritariamente desenvolvido pelo STF, não é, como pareceria à primeira vista, sempre capaz de garantir o respeito aos fundamentos da República e aos direitos fundamentais. Muito ao contrário, em diversos casos ele se desvela autoritário, excludente, antideliberativo e antidemocrático, perpetuando uma estrutura centralizadora de poder.

O exercício de desconstrução dessa ideia paradigmática em torno da supremacia do Judiciário e da última palavra não é abordado com frequência, nem tampouco constitui tarefa simples, mas é extremamente bem arquitetado pelas chamadas teorias dos diálogos institucionais ou dos diálogos constitucionais. Por meio delas defende-se que, sempre que possível e desejável, a tão admirável tarefa de interpretação da Constituição Federal se dê de forma dialógica e cooperativa entre os três Poderes, as instituições e o povo.

²⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Assim, a aplicação dessas teorias corresponde a considerar o Poder Judiciário apenas como mais uma voz dentre tantas outras que, durante esse processo hermenêutico, podem – e devem – ser ouvidas.

Dessa maneira, alijar-se-ia a incômoda compreensão que alguns estudiosos vêm fazendo do Supremo Tribunal Federal como uma Corte de natureza contramajoritária, cujas decisões, em não raros casos, padeceriam do doloroso mal da inexistência de legitimidade democrática.

Nessa medida, procurou-se demonstrar com o estudo de um caso concreto ilustrativo que encontra-se sob o crivo do Supremo Tribunal Federal, o RE 635.659/SP, como, sem qualquer mudança normativa, mas tão somente de postura, é possível que o STF efetivamente se valha dos diálogos institucionais na condição de importante aliado em sua busca necessária pelo cumprimento do seu verdadeiro papel: a realização de um controle de constitucionalidade que não usurpe as competências dos demais Poderes, com a promoção ao fundamento máximo da Constituição de 1988, que é a democracia.

Com efeito, a análise dos votos até então proferidos acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que envolve tema tão relevante e controverso como é a descriminalização do porte de drogas (especialmente da maconha) para consumo pessoal, nos possibilita enxergar um Supremo diferente, desenhando uma linha decisória não para infligir à sociedade o entendimento de poucos juízes que nem mesmo foram diretamente eleitos pelo povo, mas agindo para, usando as palavras do professor Miguel Gualano de Godoy, “provocar reações, fazer com que o Poder Legislativo melhore seu desempenho democrático, (...) incremente seus argumentos e razões”.²⁷

Tais decisões, que foram unânimes na conclusão pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, conquanto tenham se fundamentado sob diferentes aspectos, refletem, ainda que em alcances

²⁷ MENDES, Conrado Hübner apud GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 167.

igualmente diversos, a dinamicidade da separação entre os Poderes almejada pelos teóricos dos diálogos institucionais, representando um excelente exemplo do que se entende por última palavra provisória.

A última palavra provisória foi dada pelo Ministro Gilmar Mendes quando determinou que deve ser do Poder Legislativo, por meio da edição de lei específica, a iniciativa de regulamentar as espécies de sanções administrativas que, eventualmente, possam ser mantidas àqueles que tragam consigo drogas para o uso pessoal. Foi dada pelo Ministro Edson Fachin quando indicou que cabe ao Poder Legislativo a elaboração de lei que enfrente o tráfico e regule, se este for o desejo da sociedade, a liberação da comercialização da maconha. A última palavra provisória, mesmo que em menor proporção, foi também dada pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando incitou o Parlamento para que, exercitando a sua competência, defina critérios objetivos capazes de distinguir os usuários e os traficantes de maconha, os quais, então, suplantariam os critérios estipulados pelo próprio Ministro.

De outra ponta, os diálogos foram ainda valorizados ao se admitir a participação no processo, na qualidade de *amicus curiae*, de associações representativas de várias parcelas da população importantes no debate que pode culminar não só na descriminalização do porte de drogas (mormente da maconha), mas também na legalização ou liberação da sua comercialização. Além disso, o povo foi conclamado a integrar diretamente a discussão através de medidas inovadoras e louváveis, como a do Ministro Edson Fachin, que sugeriu a implementação do Observatório Judicial sobre Drogas, chamando a opinar o que definiu como “entidades de todas as crenças”.

Por conseguinte, conclui-se que não há empecilhos a que os diálogos institucionais passem a se tornar prática corriqueira do notável trabalho de hermenêutica constitucional desenvolvido por nossa Suprema Corte. Em verdade, essa atitude dialógica e cooperativa deve ser promovida através da interação entre um desenho institucional e uma postura política que superem as falácias da supremacia judicial e da última palavra. Dessa forma, o STF certamente não perecerá sob o engodo retórico que chega mesmo a recusar os

princípios e fundamentos da Constituição de 1988, principalmente o de que todo o poder emana do povo e por ele dever ser exercido, seja diretamente, seja por meio de seus representantes.

REFERÊNCIAS

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *New York: Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE nº 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>> Acesso em 09 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Voto-vista do Ministro Edson Fachin. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>> Acesso em: 11 de julho de 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGALHAS. *Ministros Fachin e Barroso votam pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio*. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI226686,81042-Ministros+Fachin+e+Barroso+votam+pela+descriminalizacao+do+porte+de+maconha+para+consumo+proprio>> Acesso em: 11 de julho de 2017.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.