

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NO RE 635.659/SP: ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE SUA LEGITIMIDADE À LUZ DO REGIME LEGAL E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Lucas Gonçalves Rabelo¹

Alexandre Garrido da Silva²

Resumo: A legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF) é frequentemente questionada quando a corte adota decisões criativas, gerando insatisfação no debate político. Este trabalho tem como objetivo analisar a legitimidade do STF à luz das teorias hermenêuticas e do ordenamento jurídico nacional, com foco no Recurso Extraordinário 635.659/SP, que resultou na descriminalização da maconha para uso pessoal no Brasil. Para isso, foi realizado um estudo de caso, utilizando como apoio teórico obras de doutrinadores das áreas de Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Direito Penal, aplicando os conceitos obtidos à análise do acórdão do tribunal. A pesquisa conclui que a decisão do STF é legítima tanto do ponto de vista hermenêutico quanto legal, especialmente considerando a crescente delegação de poder do Legislativo ao Judiciário nos últimos anos. A conclusão também aponta para a necessidade de maior participação dos legisladores na tomada de decisões complexas, a fim de solucionar problemas sociais frequentemente relegados pelo Congresso.

Palavras-chave: STF, descriminalização das drogas, hermenêutica, legitimidade, perfeccionismo.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) não deixa de aparecer nas primeiras páginas dos jornais nacionais com suas decisões controvertidas (COELHO, 2024). Embora seja possível, em tempos de estabilidade institucional, identificar sempre na história da corte críticas ao seu trabalho de caráter político e jurídico, dentro do campo democrático, nos últimos anos o descontentamento com o tribunal constitucional brasileiro parece ter alcançado um patamar nunca visto. O STF, atualmente, sofre uma onda de ataques, não apenas por meio de opiniões divergentes, mas por intermédio de agressões antidemocráticas, que provocaram

¹ Lucas Gonçalves Rabelo, discente da faculdade de direito da Universidade Federal de Uberlândia.

² Alexandre Garrido da Silva, professor doutor da faculdade de direito da Universidade Federal de Uberlândia, orientador do presente artigo.

inclusive a depredação do seu espaço físico (G1, 2023).

Nesse sentido, embora não se possa identificar um julgamento, em meio a tantos, responsável pela escalada de insatisfação com o STF, um dos provocadores de aborrecimento à opinião pública foi o ocorrido no Recurso Extraordinário 635.659/SP em 2024. O conteúdo do acórdão será detalhado posteriormente, mas, em síntese, o uso pessoal da maconha foi descriminalizado e um parâmetro objetivo (em tese, esse aspecto também será objeto de questionamento) e quantitativo da droga foi estabelecido para caracterizar um indivíduo como usuário ou traficante, tudo isto feito por meio de uma decisão judicial criativa proveniente da corte, provocando insatisfação no mundo jurídico e político, tanto quanto ao mérito quanto à própria legitimidade do tribunal para julgar nestes termos.

Seguindo essa linha de raciocínio, considerando a qualidade do debate político e jurídico nos tempos atuais no Brasil, este trabalho tem a árdua tarefa de se posicionar quanto a esta questão, isto é, a legitimidade do STF para tomar decisões criativas, de maneira fundamentada e democrática, compreendendo o papel fundamental da Suprema Corte para a manutenção dos pilares do Estado de Direito brasileiro.

Isto posto, a citada fundamentação e a base de pesquisa do presente artigo advêm de livros e artigos de variados doutrinadores dos campos do Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Direito Penal, os quais, obviamente, serão referenciados no decorrer do texto. Ademais, será democrática, pois, como dito, não haverá aqui pregação para a dissolução da Suprema Corte, uma vez que há dificuldades imensas a serem enfrentadas com sua existência. Sem ela, certamente, haveria, um aumento exponencial dos problemas brasileiros. Sendo assim, toda crítica tecida terá como objetivo fortalecer o tribunal constitucional nacional e não sua extinção. É necessário esclarecer esses pontos justamente pelo alto grau de radicalismo existente hoje no debate público, não só no Brasil (CNN BRASIL, 2022), mas no mundo (BBC BRASIL, 2024), evitando, assim, quaisquer distorções dos posicionamentos aqui apresentados. Isto posto, o artigo será dividido em quatro partes centrais, descritas a seguir.

Primeiramente, serão expostos conceitos e teorias importantes no campo da hermenêutica jurídica para utilizá-los quando se comentará o posicionamento do STF no RE 635.659/SP, tomando como referência a decisão final vencedora, afinal não foi uma votação unânime como se verá. Conceitos como minimalismo,

perfeccionismo, juiz herói, ativismo judicial, entre outros, apresentados por importantes nomes do direito nacional e internacional fazem parte desta primeira etapa do trabalho.

Em um segundo momento, o conteúdo decisório do recurso extraordinário, o qual é a base deste trabalho será esclarecido, além da exposição de críticas e implicações do acórdão. Nesse sentido, embora tratar de direito penal não seja o objetivo principal do texto, esta área do direito será preponderante nesta segunda parte, pois é necessária para elucidar o real teor da deliberação do tribunal.

Nessa linha, a terceira etapa consiste na análise do acórdão proferido pela corte sob a ótica das teorias anteriormente apresentadas, realizando uma dinâmica teórica com os conceitos e a efetiva posição do tribunal, além de utilizar alguns dos votos dos ministros como exemplificação. Será neste momento que ficará claro onde estão situados os ministros e o nosso tribunal constitucional no plano da hermenêutica jurídica no caso concreto.

Por fim, chegará o momento de tratar da legitimidade do STF para tomar decisões desta natureza. Esta legitimidade será explorada no seu aspecto hermenêutico e constitucional dispostas previamente no artigo, pois há divergência quanto a esta questão no campo teórico-doutrinário. Mas também será examinada frente à legalidade, ou seja, verificando dentro da legislação nacional os dispositivos que conferem ao tribunal o poder de decidir de forma criativa como fez, elucidando a forma e por qual razão estes foram incluídos nas normas domésticas. Ao final, depois de todos os fundamentos e embates apresentados, um posicionamento próprio será exposto com a finalidade de contribuir para o debate sobre a atuação da Suprema Corte brasileira.

2. As teorias de interpretação constitucional e os perfis dos juízes

Como foi abordado anteriormente, esta seção terá a finalidade de apresentar alguns conceitos relevantes dentro da teoria hermenêutica necessários para melhor compreender o posicionamento dos magistrados do STF no RE 635.659/SP. Em primeiro lugar, os quatro conceitos iniciais tratam da forma como os juízes devem interpretar a norma posta dentro do ordenamento jurídico, isto é, qual seria o melhor comportamento de um julgador diante dos dispositivos normativos. São teorias com visões muito distintas sobre como o direito deve influenciar o grupo social, além de

divergentes quanto à reverência às escolhas dos legisladores originários.

A posteriori, os demais conceitos apresentados têm estreita relação com a atuação individual de cada juiz diante de uma situação concreta, ou seja, são classificações dos julgadores de acordo com sua conduta como detentores do poder jurisdicional. São importantes definições, pois serão utilizadas de forma exemplificativa na terceira parte deste trabalho.

2.1. Minimalismo, Perfeccionismo, Originalismo e modelo Majoritário

O modelo minimalista de interpretação constitucional tem como grande defensor o professor norte-americano Cass Sunstein, cuja obra também tece reflexões sobre as demais correntes apresentadas neste tópico (SUNSTEIN, 2001). Inicialmente, o minimalismo defende a figura de um magistrado cauteloso, isto é, aquele restrito ao que for essencial para a tomada de decisão, retirando do escopo das suas considerações o amplo debate moral e político, como elucida Sunstein:

Ao lidar com casos que envolvem direitos básicos, os Minimalistas insistem em dois pontos diferentes. Primeiro, eles não querem abraçar nenhum tipo de teoria fundamental. Eles não desejam adotar grandes explicações sobre liberdade ou propriedade. Eles preferem a superficialidade à profundidade. Tendem a argumentar a favor de uma atenção cuidadosa não às abstrações, mas às tradições, entendidas em um nível de concretude (SUNSTEIN, 2015, p. 16, tradução nossa).

Acrescenta ainda que:

Os minimalistas tentam decidir casos em vez de estabelecer regras amplas. Dessa forma, os minimalistas pedem que as decisões sejam restritas em vez de amplas. Eles decidem o caso em questão; não decidem outros casos também, exceto na medida em que uma decisão necessariamente influencia outros casos, e a menos que sejam praticamente forçados a fazê-lo (SUNSTEIN, 2001, p. 10, tradução nossa).

Essas questões mais abstratas, nos votos dos minimalistas, ficam em aberto para possíveis debates futuros. Tal posicionamento reduz, conseqüentemente, a complexidade da tomada de decisão e, em tese, diminui a quantidade de erros

judiciais, à medida que não vincula o futuro à interpretação prévia da corte, permitindo espaço para novos debates e novas visões. Além disso, eventuais erros dos minimalistas seriam menos danosos por não terem a abrangência necessária para causar impacto além das partes envolvidas no caso concreto (SUNSTEIN, 2015, p. 76).

O modelo minimalista recebe críticas, e algumas delas são reconhecidas até pelo próprio Sunstein, o qual compreende que não se pode seguir cegamente tradições jurídicas quando se trata, por exemplo, de direitos de igualdade, sob pena de fadar o modelo de interpretação a um eterno ciclo preconceituoso (SUNSTEIN, 2015, p. 16).

Em contrapartida, o modelo perfeccionista defende uma abordagem totalmente oposta à dos minimalistas, como o próprio nome demonstra. Nesse sentido, advogam pela ideia do juiz comprometido a tratar de todas as nuances do caso, adentrando não só à profunda análise e interpretação jurídica, mas invadindo outros campos entendidos como essenciais para a discussão, como a filosofia jurídica, a moral, a justiça, dentre outros. São votos carregados de princípios e tendem a criar ou conferir distintos significados a estes e às normas postas. Pretendem, com isso, estabelecer um padrão a ser utilizado em casos semelhantes no futuro (SILVA, 2008, p. 110).

Seguindo essa linha de raciocínio, a corrente tem como principal representante Dworkin, com sua leitura moral da Constituição, pois considera a interpretação das normas um exercício essencialmente político, não compreendendo esta prática como uma deturpação da hermenêutica, mas sim como um elemento essencial (SILVA, 2008, p. 111 e 112). Ademais, Dworkin é defensor da ideia de que os juízes são criadores do direito, sendo estes os melhores atores para isso, justamente por não serem eleitos, assumindo, em tese, uma posição independente em relação ao problema, sem medo de decidir de forma contramajoritária (OLIVEIRA, 2024).

As críticas a este modelo giram em torno da falibilidade do magistrado quando se aventura em áreas com as quais não necessariamente tenha afinidade. Nesta vontade de decidir da forma mais ampla possível, ao tratar de temas fora de sua especialidade, pode acabar provocando prejuízos não só aos sujeitos da ação, mas também ao conjunto social. Ademais, aumenta-se o poder do magistrado, não sendo algo positivo na visão dos críticos, pois este não foi eleito democraticamente (SILVA,

2008, p. 112).

Por sua vez, o originalismo defende haver nas normas dispostas na Constituição um caráter quase vitalício, isto é, as normas como foram escritas e com a intenção original do legislador devem ser preservadas e somente alteradas por meio previsto pelo texto constitucional. Nesse sentido, o entendimento original dos constituintes não pode ser alterado ou desvirtuado pelo processo interpretativo, apenas com modificação no texto legal (MORALES, 2011, p. 32).

Outrossim, não há muitos adeptos deste modelo no Brasil, sendo bastante restrito ao debate jurídico nos Estados Unidos da América (SILVA, 2008, p. 114), pois é uma teoria decorrente da própria longevidade da Constituição americana, assim como do seu teor conciso e de difícil modificação. Trata-se de uma corrente reativa também ao perfeccionismo quando se pensa na sociedade norte-americana, pois reage às interpretações criativas dos perfeccionistas, basta ver o debate sobre a segunda emenda americana e a luta entre progressistas e conservadores com relação ao armamento.

A discordância a esta forma de interpretação não necessita de grandes malabarismos argumentativos, pois tem um caráter óbvio, afinal, é um modelo arcaico e imune aos avanços sociais ocorridos nos anos seguintes à promulgação de uma Constituição. Nesse sentido, se a corrente originalista fosse a predominante na Suprema Corte brasileira, por exemplo, não haveria espaço em 2025 para a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, afinal o Art. 226, §3º do nosso texto constitucional diz: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Destarte, o modelo majoritário defende um juiz atuante apenas em casos claros de violação do texto legal, não cabendo ao magistrado qualquer digressão em casos mais complexos e carregados de elementos político-morais, isto é, não cabe ao magistrado decidir essas questões, pois são de competência dos demais poderes da República, principalmente por serem eleitos e contarem com o apoio popular (SILVA, 2008, p. 113). É uma corrente distinta do minimalismo à medida que prega em muitos casos a abdicação do julgador em proferir seu voto, o que não acontece no modelo minimalista.

Nessa linha de raciocínio, criticam esse posicionamento por desconsiderar completamente o papel das Constituições na defesa dos direitos fundamentais, por

justamente serem contrárias à constante alteração do *status quo* político e às pretensões arbitrárias de determinadas correntes ideológicas, que a qualquer momento podem assumir o poder. (SILVA, 2008, p. 114).

2.2. Cass Sunstein e os perfis de juízes

Cass Sunstein não apenas leciona sobre modelos de interpretação como também apresenta alguns perfis de juízes de acordo com suas condutas dentro do julgamento de um caso concreto. A princípio, o juiz herói seria aquele disposto a utilizar a Constituição para provocar mudanças na sociedade, ainda que sua atuação interferisse nas competências do Poder Legislativo e no conteúdo das leis infraconstitucionais. Dirá o autor: “Eles estão totalmente dispostos a invocar uma interpretação ambiciosa da Constituição para invalidar as decisões do governo federal e dos estados” (SUNSTEIN, 2015, p. 5, tradução nossa).

Nesse sentido, este é um juiz típico e íntimo ao ativismo judicial³ inclusive o próprio autor denomina o magistrado heroico como ativista (SUNSTEIN, 2015, p. 6). Esta é a mesma visão, por exemplo, do professor Lênio Streck, o qual entende haver íntima relação entre estes dois conceitos, ao chamar o herói de vanguardista (STRECK, 2015).

Por sua vez, o juiz soldado é a oposição ao herói, pois tem deferência ao processo político, isto é, entende como seu dever a concretização das normas já postas, não lhes cabendo a modificação dos valores estabelecidos. Sua atuação é restrita a casos indiscutíveis de transgressão constitucional, aproximando-os do conceito majoritário anteriormente demonstrado. Dirá Sunstein:

No extremo oposto dos Heróis estão os Soldados, que defendem a obediência às ordens. A característica definidora do Soldado no âmbito judicial é sua disposição para se submeter à vontade de seus superiores, geralmente entendidos como os ramos políticos do governo. Na linguagem comum, é claro, a ideia de Soldado pode ser interpretada de diversas maneiras. No entanto, conforme a entendo aqui, os Soldados são humildes e respeitosos, e se veem ou se apresentam como subordinados, essencialmente cumprindo o que lhes foi determinado por outros

3 Para Ramos (2015, p. 109), o ativismo judicial é uma distorção da atividade jurisdicional do Estado, provocando prejuízo à atuação do Poder Legislativo, ou seja, trata-se da invasão do Judiciário nas competências dos legisladores, feita de forma deliberada.

(SUNSTEIN, 2015, p. 10, tradução nossa).

Por seguirem ordens, também se aproximam do originalismo já mencionado, pois estariam apenas cumprindo a intenção original dos fundadores do texto constitucional, ou seja, seriam subordinados ao Poder Constituinte.

O autor também traz a figura do juiz minimalista, o cauteloso e prudente não tão abrangente em suas posições. Trata-se apenas da personificação da corrente minimalista exposta anteriormente e, por isso, não serão apresentados detalhes adicionais dessa figura, pois as características deste tipo de magistrado são aquelas presentes na supracitada escola de pensamento (SUNSTEIN, 2015, p. 16).

Por fim, o autor apresenta o último tipo, o juiz mudo, aquele que, diante de uma matéria controvertida, escolhe se manter em silêncio, ou ainda, apenas restringe-se a repetir uma jurisprudência já existente, abstendo-se de produzir uma posição própria sobre o assunto debatido. Este tipo de magistrado, diante do constitucionalismo atual, está em “extinção”, como reconhece o próprio professor (SUNSTEIN, 2015, p. 18).

2.3. Os magistrados na visão de François Ost

Assim como Sunstein, François Ost apresenta sua visão sobre tipos de juízes, cuja classificação se assemelha, em alguns aspectos, à apresentada pelo autor anterior. O primeiro tipo seria o juiz Júpiter, que seria, em síntese, “filho” (expressão com licença poética) de Hans Kelsen. Kelsen defendia, a princípio, um direito alheio a qualquer interferência externa de outras ciências sociais como sociologia, filosofia, entre outras. Sua pirâmide legal é bastante famosa na teoria do direito, indicando a necessidade de termos um código jurídico unitário, o qual apresente as qualidades de coerência, completude, clareza, não redundância, simplicidade e maneabilidade (OST, 1993, p.173).

Nesse sentido, com base no modelo kelseniano, o direito não teria lacunas, podendo ser aplicado a qualquer caso sem a necessidade de digressões, o que permitiria a figura do juiz Júpiter, ou seja, o juiz restrito à aplicação do ordenamento jurídico. Ele utilizaria apenas da sua capacidade de dedução nas decisões, bem semelhante ao chamado juiz “Boca da lei” existente na França após sua revolução (SÁ, 2024). Seguindo essa linha de raciocínio, essa figura tem semelhanças com o

juiz soldado na forma de atuação, ou seja, aplicação restrita da lei posta, embora suas motivações sejam distintas⁴.

Por outro lado, o juiz Hércules, como a denominação faz supor, está em todo lugar a todo tempo. Assim como o semideus da mitologia grega, ele tem uma força descomunal e carrega consigo grande responsabilidade, não só de decidir os casos concretos, mas de ir além. Dirá o autor:

No pré-contencioso, aconselha, orienta, previne; no pós-contencioso, acompanha a evolução do dossiê, adapta suas decisões ao grau de circunstâncias e necessidades, controla a aplicação das penas. O juiz jupiteriano era um homem de lei; em relação a ele, Hércules se desdobra em engenheiro social (OST, 1993, p.177).

O juiz Hércules, pois, vai além das atribuições comuns dos magistrados, aventura-se em alterar a realidade social, é um “juiz semideus que se submete aos trabalhos exaustivos de julgar e acaba por carregar o mundo sobre seus braços estendidos” (OST, 1993, p.170). Assemelha-se, portanto, ao juiz herói de Sunstein, ao tentar ir além do que é aceitável aos olhos dos defensores da corrente minimalista.

Ademais, o juiz Hermes tem como característica ser um comunicador, um “mediador universal” (OST, 1993, p.171). A finalidade é produzir um julgamento fundamentado no consenso entre as várias posições jurídicas e políticas. Por ter essa característica, o objetivo do julgador Hermes é apaziguar os ânimos e decidir de maneira a agradar a maioria (SÁ, 2024).

Nesse contexto, tanto François Ost como Cass Sunstein demonstram uma alta gama de diversidade de magistrados existentes no mundo jurídico, pois a norma pode ser interpretada por diferentes premissas, de acordo com a concepção destes sobre como o direito deve afetar a sociedade. Além disso, verifica-se que há também divergência por parte dos magistrados quanto à fidelidade ao texto constitucional posto, aos constituintes, demonstrando, pois, que o direito não é uma ciência exata, muito pelo contrário, permite um amplo debate de ideias e variadas interpretações.

Sendo assim, a exposição destes conceitos é relevante, pois será feita

⁴ O soldado é subordinado ao ordenamento jurídico posto, pois tem deferência ao processo legislativo e majoritário, o Júpiter tem a mesma subordinação, porém por acreditar existir uma legislação completa e sem lacunas.

adiante uma análise de alguns votos dos ministros do STF e da posição da corte diante do caso concreto base deste trabalho, demonstrando onde se encontra nosso tribunal constitucional quando utilizamos como parâmetro as conceituações destes doutrinadores. Dito isso, passa-se à análise do conteúdo da decisão da Suprema Corte, expondo algumas críticas e implicações do julgado.

3. Síntese, críticas e implicações do conteúdo decisório do RE 635.659/SP

A onda de desinformação existente, principalmente nas redes sociais nos últimos anos, é amplamente conhecida, sobretudo quando se trata de assuntos polêmicos como o decidido no recurso extraordinário base deste artigo. Por conseguinte, quando houve a publicação do resultado do julgamento, a primeira coisa que viria à mente de uma pessoa inserida no mundo digital alheia ao conteúdo do acórdão seria o fato de o STF ter legalizado as drogas e, portanto, seriam estas vendidas em toda esquina nas farmácias, entre outras histórias distorcidas.

Obviamente, o conteúdo do acórdão é bem distinto do propagado pelo senso comum e, certamente, não tão impactante quanto as pessoas imaginam. Nesse sentido, será esta a tarefa deste tópico, esclarecer o teor do julgamento, apresentar as críticas e trazer algumas das implicações da decisão. A priori, é relevante expor o contexto do caso para, enfim, passar a análise da decisão.

3.1. Breve resumo do acórdão e do mérito do julgamento

O requerente do Recurso Extraordinário em questão foi condenado ao crime do Art. 28 da Lei 11.343/06⁵. O autor já estava preso por outro delito e foi flagrado portando maconha dentro do presídio, sendo a ele aplicada a pena de dois meses de prestação de serviços comunitários. Após ter seus recursos negados nas instâncias superiores, entrou com o Recurso Extraordinário, alegando violação dos princípios da intimidade e da vida privada pela condenação ao porte de drogas para uso próprio, pois, de acordo com a defesa, a conduta permaneceria apenas na esfera do autor, isto é, somente ele seria o prejudicado por ser usuário de entorpecentes. Logo, o Estado estaria violando sua vida privada, não cabendo ao

⁵ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Poder Público restringir a sua intimidade. (BRASIL, 2024, p.17).

A Procuradoria Geral da República manifestou-se de forma contrária ao recurso, pois compreendeu ser a tutela jurídica do crime em tela, isto é, o que a norma tenta proteger, não o bem-estar do indivíduo, mas a saúde pública no geral pelo perigo da circulação da droga⁶, não afetando apenas o usuário, o qual, ao portar o entorpecente, propaga o vício da substância às demais pessoas do grupo social (BRASIL, 2024, p.18).

O recurso foi distribuído em 1 de março de 2011 e teve sua repercussão geral reconhecida em 8 de dezembro de 2011. Como o assunto alcança muitos interessados e há grande relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses particulares da causa, o STF entendeu haver necessidade de decidir com efeito vinculativo aos demais tribunais. Por ser um tema gerador de impacto em várias decisões similares e pendentes, compreendeu, pois, ser imprescindível a pacificação da matéria. O início do julgamento ocorreu em 19 de agosto de 2015, porém só foi finalizado no ano de 2024 após vários pedidos de vista, tendo em vista a entrada de novos ministros na corte como é o caso de Alexandre de Moraes e André Mendonça (BRASIL, 2024).

Isto posto, é importante ressaltar a diferença entre descriminalizar e despenalizar. A despenalização consiste na retirada da pena privativa de liberdade do crime, ou seja, realizada a conduta, não há mais a possibilidade do indivíduo ser preso por ela (CAPEZ, 2024). Por sua vez, a descriminalização é o fato de a conduta não ser mais considerada um crime., isto é, não mais está na seara do direito penal tratar do tema e, realizada a conduta, não há nenhum efeito criminal para o indivíduo, como lançamento na ficha de antecedentes, reincidência, dentre outros (CAPEZ, 2024).

Dito isso, a despenalização do crime de uso de drogas para consumo pessoal já havia sido realizada pela Lei 11.343/06 (doravante chamada de Lei de Drogas), como se pode observar da própria redação do Art. 28, isto é, não há previsão de pena privativa de liberdade, mas apenas advertência, prestação de serviços e medida educativa. Portanto, o STF, neste julgamento, tratou do fenômeno da descriminalização, ou seja, retirar da conduta o caráter penal. Nesse sentido, importante esclarecer também que os entorpecentes não foram legalizados, pois o

⁶ A PGR apresentou uma argumentação similar à alguns doutrinadores, por exemplo Andrey Borges (MENDONÇA E CARVALHO, 2013, p. 61)

crime de tráfico ainda existe, ou seja, trata-se no julgado apenas da figura do usuário e das implicações decorrentes da citada Lei de Drogas.

Nesse contexto, tratando especificamente do conteúdo decisório, embora haja votos divergentes no julgamento, a posição da corte neste capítulo será tratada de forma “una”, isto é, o posicionamento vencedor será utilizado como uma posição do tribunal. Dito isso, apesar do supracitado artigo referir-se a drogas no geral e o pedido da parte autora não ser específico para se tratar da *cannabis sativa*, entendeu a Suprema Corte que o julgamento deveria ficar restrito apenas à maconha, pois foi a droga causadora do imbróglio jurídico do autor (BRASIL, 2024, p. 30). Além disso, outro motivo alegado pela corte por esta restrição na matéria é o caráter particular de cada droga, seu nível de dependência, implicando a necessidade de uma análise individualizada das demais (BRASIL, 2024, p. 31).

Nesse contexto, embora a alegação do autor tenha sido a violação de dois direitos fundamentais previstos no texto constitucional brasileiro, vida privada e intimidade, o STF decidiu por dar provimento ao recurso debatendo as consequências da Lei de Drogas, com o principal argumento girando em torno do cenário de discriminação existente na nação quando se fala de usuário de entorpecentes⁷, como se observa:

A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (BRASIL, 2024, p. 4).

Seguindo essa linha de raciocínio, compreendeu o tribunal a necessidade de retirar-se o caráter penal da conduta devido ao alto grau de discriminação praticado pelas autoridades policiais e judiciárias em situações concretas similares. Um estudo trazido pelo Ministro Alexandre de Moraes, com uma amostra de um milhão e duzentos mil casos em São Paulo (BRASIL, 2024, p. 252), demonstrou haver hoje no Brasil uma seletividade penal desfavorável a jovens negros e sem escolaridade, pois, de acordo com a conclusão da pesquisa, um branco adulto com diploma

⁷ Todos os ministros citam esse embate principiológico entre vida privada e saúde pública, porém de forma tímida, apenas para não se identificar uma fuga ao tema. Todavia, como dito, a maior parte da discussão central se desdobra nas consequências da Lei de Drogas e não no sopesamento de princípios.

superior teria que ter 136% a mais de droga do que o jovem negro para ser caracterizado como traficante e ser preso pela polícia (BRASIL, 2024, p. 263).

Diante deste cenário de injustiça, entendeu por bem a Suprema Corte também, além de retirar o caráter penal da conduta, fixar um parâmetro quantitativo de maconha para diferenciar o traficante do usuário, qual seja, 40g da droga ou seis plantas fêmeas (BRASIL, 2024, p. 4). Com isso, a pessoa abordada pela autoridade policial com essa quantidade de entorpecente será presumida, de forma relativa, como usuária, ou seja, não é um critério absoluto, podendo ser afastada a conclusão se as demais circunstâncias da abordagem demonstrarem o contrário, tratando-se, pois, de um traficante, por exemplo, se ele possuir consigo balanças ou outros instrumentos de mercância (BRASIL, 2024, p. 5).

Ainda assim, a apreensão de quantidades maiores também não possui caráter absoluto para caracterizar o indivíduo como traficante, podendo o magistrado na audiência de custódia entender, de acordo com as circunstâncias, de que se trata de usuário (BRASIL, 2024, p. 6). Este parâmetro permanecerá até que o Congresso Nacional delibere sobre a matéria, pois um dos pontos da decisão determina que o Legislativo discuta este desvirtuamento da Lei de drogas (BRASIL, 2024, p. 5).

Isto posto, serão demonstradas agora algumas críticas a este julgado, as quais serão restritas ao conteúdo decisório do acórdão, não sobre a legitimidade da corte, discussão esta que demanda e possui um capítulo próprio. Nesse sentido, importante ressaltar o fato de as críticas abordarem tanto aspectos materiais como formais do julgamento, tanto de pessoas a favor ou contrárias à descriminalização dos entorpecentes.

3.2. Descriminalização da maconha, questionamentos e insatisfações

Inicialmente, a decisão do STF, como dito anteriormente, foi citra petita, isto é foi além e não respeitou os pedidos realizados pelo autor da demanda, os quais eram a declaração de inconstitucionalidade do Art. 28 da lei de drogas, o qual, primeiro, não faz distinção entre as drogas, sendo uma norma penal em branco⁸. Além disso, no pedido o autor afirma ser a sua condenação por esse dispositivo uma

⁸ A norma penal em branco é incompleta, isto é, necessita de complementação por outra norma, no caso do Art. 28 da Lei de Drogas, sabe-se ser a conduta relacionada a drogas, mas não é de conhecimento de todos o que são drogas especificamente, quem dirá, neste caso concreto, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (ESTEFAM, 2022, p.101).

violação ao direito à intimidade e à vida privada, logo, se o Tribunal compreendeu um efetivo abuso, não caberia ao Estado punir a conduta, nem mesmo na esfera administrativa (COLETIVO REPENSANDO A GUERRA ÀS DROGAS, 2024a).

Seguindo essa linha de raciocínio, outra crítica também na linha da delimitação realizada pelo STF à maconha questiona: qual a diferença entre uma pessoa fumando maconha em seu quarto e outra cheirando cocaína? (COLETIVO REPENSANDO A GUERRA ÀS DROGAS, 2024a)? Essa pergunta não foi respondida pela Suprema Corte, pois muitos entendem não haver sentido nesta delimitação, a qual nem existia no pedido inicial (FERREIRA, 2024). Esta decisão causou uma situação *sui generis*, o que os especialistas do Coletivo Repensando a Guerra às Drogas (2024a) chamaram de funcionamento a duas velocidades da Lei de Drogas, ou seja, a pessoa encontrada com maconha será responsabilizada administrativamente, recaindo sobre ela uma sanção mais branda, porém as pessoas flagradas com as demais drogas serão responsabilizadas penalmente, utilizando-se do mesmo dispositivo legal, o Art. 28 da referida norma.

Outra problematização a ser feita da decisão refere-se ao critério objetivo estabelecido pelo STF, pois, embora tenha objetividade, ainda é relativo. Fernando Capez (2024) compreende que a situação deixada pela Suprema Corte gerará impunidade e usa como exemplo uma situação hipotética de alguém abordado na porta de uma escola com 120 cigarros de maconha. Como cada um pesa 0,3g, estaria este indivíduo dentro da margem para ser considerado usuário e, caso a autoridade policial entenda diferente, dirá o autor que este poderá ser punido pela Lei de Abuso de Autoridade. Entende, por fim, que isso fará com que as organizações criminosas se adaptem agora à quantidade objetiva permitida, recomendando uma revisão da decisão. A visão de Capez aparenta ignorar a relatividade do critério do STF, afinal em sua situação hipotética é claro (ou deveria ser) o caráter de mercância, permitindo a caracterização de tráfico. Apesar de ser uma visão catastrofista do julgado, é uma crítica de um penalista influente.

Nesse sentido, embora a crítica de Capez tenha caráter hiperbólico, a relatividade do critério objetivo gera problemas, pois ele não terá eficácia plena para eliminar os casos de discriminação trazidos pelos ministros da corte como justificativa para a decisão, pois a situação do indivíduo flagrado com maconha ainda estará sujeita à discricionariedade tanto da autoridade policial quanto da judiciária. (COLETIVO REPENSANDO A GUERRA ÀS DROGAS, 2024b). Sendo assim,

percebe-se que, mesmo com tanto alarido existente após o acórdão, na realidade este julgamento pode não ter o efeito desejado pelo tribunal constitucional, havendo o risco de ser inócuo.

3.3. O STF refletiu sobre todas as consequências? Implicações do julgado

Exposto o conteúdo decisório, serão apresentadas algumas implicações da decisão, as quais, na prática, surgem de problemas técnicos do acórdão do STF, pois ao julgar a questão, olvidou-se de tratar de algumas consequências, gerando dúvidas sobre os procedimentos futuros. Dessa forma, a decisão retirou todo o caráter penal da conduta de consumir maconha, ou seja, não é mais considerada falta grave, não gera reincidência nem anotação na ficha de antecedentes. Todavia, o STF não tratou dos efeitos da decisão, se houve efetivamente a descriminalização, logo todos aqueles encarcerados deveriam deixar os presídios, o que até o momento não ocorreu (COLETIVO REPENSANDO A GUERRA ÀS DROGAS, 2024a).

Seguindo essa linha de raciocínio, também não foi tratada pelo tribunal a questão da movimentação da máquina judiciária ou do Poder Público para promover o processo administrativo contra o indivíduo que esteja em posse da droga para uso pessoal, pois a ideia seria retirar dos juizados criminais, portanto, a quem caberia julgar a matéria? A Suprema Corte apenas determinou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a criação de um regulamento, mas entre o resultado do julgamento e esta norma futura o STF foi omissivo. Os especialistas do Coletivo Repensando a Guerra às Drogas (2024b) compreendem que o cenário atual se manterá, ou seja, essas pessoas ainda estarão sujeitas ao crivo dos Juizados Criminais e haverá intervenção do Ministério Público, o que seria incorreto, pois, se se trata agora de um ilícito administrativo, as situações não deveriam passar diretamente pela lente do Judiciário e nem do Ministério Público. Há, além disso, possibilidade de muitos conflitos negativos de competência entre as varas criminais e cíveis, justamente por não ter ficado claro quem será responsável por apreciar a matéria no ínterim até a manifestação do CNJ.

Além disso, é importante notar que apenas algumas dessas consequências da decisão possuem capacidade para, neste período inicial, trazer insegurança jurídica nesta matéria. Independente do posicionamento quanto ao mérito, faltou ao STF zelo ao decidir, pois, como demonstrado, houve falhas técnicas graves capazes

de provocar novos problemas.

Adiante, inicia-se uma análise hermenêutica da posição da Suprema Corte nacional utilizando-se dos conceitos apresentados anteriormente sobre tipos de magistrados e das correntes interpretativas do constitucionalismo para demonstrar a posição do STF neste espectro no caso concreto em tela. Assim, para melhor exemplificar as teorias expostas, alguns votos individuais do julgado serão subsumidos a estas conceituações.

4. Supremo Tribunal Federal, uma corte de heróis no caso concreto

O objetivo deste tópico é tomar como base a decisão final do STF no caso concreto e traçar uma espécie de perfil da corte nesta controvérsia de acordo com as teorias anteriormente apresentadas. Para isso, é importante salientar a transformação do Direito Constitucional após a Segunda Guerra Mundial (VIEIRA, 2008, p. 443 e 444), momento considerado por muitos como uma das grandes falhas, não só da democracia representativa, como também do direito, por não ter sido capaz de frear o avanço nazista, ou pior, ter servido de escada para sua ascensão, como pode ser identificado, por exemplo, em obras de Carl Schmitt (CARVALHO, 2022).

Nesse sentido, após toda a problemática do período, boa parte do mundo concordou em alçar ao maior patamar de proteção os direitos fundamentais do homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). A partir deste momento, a atuação dos tribunais não seria apenas negativa, mas também positiva para concretizar estes direitos violados na primeira metade do Século XX (TAVARES, 2012, p. 86).

Dito isso, se estamos na era de proteção dos direitos humanos, em que os tribunais possuem papel fundamental, tomando como base os modelos hermenêuticos expostos, resta evidente um processo de esvaziamento do modelo majoritário, porquanto, em tese, foi responsável pelas mazelas do século passado, além do enfraquecimento do minimalismo, porque não possui amplo escopo protecional, restringindo-se ao caso concreto. Ao passo que o perfeccionismo, por ser afeito às decisões completas e vinculantes, assume um protagonismo e está presente na maior parte das cortes constitucionais do mundo.

Seguindo essa linha de raciocínio, também podemos fazer o mesmo exercício

quanto aos perfis de juízes, pois há pouco ou quase nenhum espaço, hoje, para juízes júpiter, soldados e mudos, porquanto os magistrados devem ser protetores dos direitos humanos, o que afasta a possibilidade do silêncio, e não há um sistema jurídico perfeito, como se observou no século passado. Além do mais, há um claro declínio de minimalistas.

Este diagnóstico é importante frisar, não é definitivo, isto é, nenhum juiz será heroico a todo momento, assim como não se pode cravar a inexistência hoje de magistrados defensores do modelo majoritário. Como leciona o professor Lênio Streck (2015), analisando a obra de Sunstein:

Uma questão importante — ressalvada por Sunstein — é que os perfis não são estanques, variando de acordo com a matéria. Já eu me permitiria acrescentar que os tais perfis não são ativados “por princípio” e, sim, ideológica e subjetivamente, seja em razão da matéria, seja em função do impacto da decisão a ser produzido. E é neste ponto que começa a minha divergência com a “questão dos perfis”. Todavia, é neste ponto que pode ocorrer, com os devidos cuidados, uma analogia com o que ocorre no Brasil, onde um dia um juiz é herói e no outro é soldado, sendo que, por vezes, atua como minimalista... mas quando a matéria é muito conturbada e a temática entrar em uma zona gris, o magistrado opta pela persona muda. Aqui chegamos ao perigoso paradoxo de termos um perfil herói-mudo, em um mix por vezes inexplicável (STRECK, 2015).

Portanto, este diagnóstico transmite apenas uma tendência dos magistrados no mundo do século XXI, e não uma regra absoluta. Ainda nesta linha de raciocínio, este exercício teórico a ser realizado neste capítulo aplica-se apenas ao Recurso Extraordinário base deste artigo, havendo, portanto, momentos em que os magistrados citados e a própria corte assumem ou poderão assumir posicionamentos totalmente opostos.

Dessa análise decorre a provocação deste subtítulo, a Suprema Corte do Brasil foi um tribunal de heróis, de perfeccionistas, no Recurso Extraordinário analisado neste trabalho. Esta constatação independe do viés político de cada um dos ministros, já que todos ali trataram de questões nos maiores detalhes possíveis, adentrando em matérias não dominadas por eles, como saúde, por exemplo, além de produzirem seus votos com o objetivo claro de provocar mudanças sociais e não só aos envolvidos no caso concreto.

Seguindo essa linha de raciocínio, analisa-se o voto do ministro relator Gilmar Mendes. O magistrado diz que há uma necessidade nas políticas públicas nacionais de retirar o usuário de drogas do campo penal e trazê-lo ao campo administrativo de saúde pública, oferecendo-lhe proteção e possibilidade de reinserção na sociedade (BRASIL, 2024, p. 23). Mais adiante, o relator tece comentários sobre a política contra as drogas, afirmando ser necessário repensar essa abordagem repressiva do Estado, e buscar uma solução conscientizadora e de saúde pública (BRASIL, 2024, p. 39).

Outrossim, percebe-se no voto do relator uma característica clara de “heroísmo” (entendido como substantivo referente à classificação de Sunstein), pois o ministro não se restringiu ao voto do caso concreto, mas também teceu comentários sobre as políticas públicas do Poder Executivo, além de exigir deste uma abordagem diferente no combate às drogas, especialmente no tratamento do usuário.

Neste diapasão, o voto do ministro Luís Roberto Barroso também segue esta mesma linha, sendo ele a personificação do conceito de Juiz Herói de Cass Sunstein neste julgamento. Todo o voto do magistrado, e aqui não há qualquer hipérbole, consiste na defesa da descriminalização da maconha, independente do caso concreto e dos termos do Recurso Extraordinário. Nesse sentido, em determinado momento, o juiz apresenta todos os seus argumentos favoráveis e, posteriormente, inicia uma espécie de “debate consigo mesmo”, isto é, começa a apresentar argumentos contrários à descriminalização e logo em seguida os rebate:

Segunda objeção, Presidente, muito relevante, é a de que a descriminalização produziria aumento de consumo. Essa é uma objeção que tem que ser encarada com seriedade, porque eu acho que esse risco é um risco real: se se descriminaliza, pode se tornar mais atraente. Porém, sobretudo de usuários experimentais. Portugal revelou uma coisa muito interessante. Em Portugal, a descriminalização trouxe uma redução do número que fumam maconha, porque a juventude, muitas vezes, move-se pela transgressão. Deixou de haver a transgressão, portanto, deixou de haver o apelo natural da rebeldia, da passagem da juventude para a vida adulta (BRASIL, 2024, p. 168).

Diante deste cenário, claramente Barroso é um juiz herói, pois o seu voto foi

efetivamente uma proposta de uma política pública de descriminalização com a intenção de provocar mudanças na sociedade, as quais ele compreende como sendo benéficas para todos, por causa de todas as mazelas trazidas pela criminalização específica da maconha.

Ainda nesta linha de reflexão, para não parecer o heroísmo restrito aos apoiadores da descriminalização, o voto do Ministro André Mendonça, favorável à manutenção da criminalização, não deixa de ter seu caráter heroico. O magistrado trouxe vários dados para demonstrar os malefícios sanitários da droga (BRASIL, 2024, p. 393 a 403), argumentando também que a norma do Art. 28 da Lei de Drogas não se limita à proteção do usuário, mas sim ao conjunto da sociedade, pois o consumidor de droga gera consequências negativas também para seus familiares e amigos, além de financiar o crime organizado ao consumi-la:

Aliás, se tem algo que este julgamento escancara são os dramas familiares, o sofrimento coletivo que a dependência química promove no seio da família de quem se vê aprisionado pelo vício. O uso da droga pode até ser um ato individual, mas as consequências sempre serão sofridas de forma coletiva, primeiramente pela família, depois pelo círculo de amigos e, por fim, pela sociedade, e isso em vários aspectos, desde a questão do fomento ao crime organizado, passando pela queda de produtividade, gastos públicos com o SUS e o sistema previdenciário, etc (BRASIL, 2024, p. 416).

Percebe-se, pois, um caráter heroico, já que advoga por uma posição política dentro do debate da descriminalização, traçando extensa fundamentação contrária às drogas, além de apelar a argumentos emocionais para solidificar sua opinião, esquecendo, ao menos em parte, o debate jurídico envolvendo o sopesamento dos princípios constitucionais. É cristalina, portanto, a posição perfeccionista e heroica do tribunal constitucional no caso concreto.

Diante o exposto, boa parte da insatisfação popular com a Suprema Corte atualmente decorre deste fenômeno, desta atuação propositiva, avançando sobre temas polêmicos e propondo soluções, as quais, em tese, seriam de competência dos demais poderes. Com isso, a legitimidade do STF para tomar decisões deste cunho passou a ser mais veementemente questionada. Dito isso, cabe, pois, uma análise deste questionamento, se o tribunal constitucional brasileiro tem ou não

legitimidade para tomar essas decisões, seja em seu aspecto legal, seja pensando nos modelos de interpretação constitucional, o que será feito adiante.

5. O STF e a legitimidade para tomar decisões criativas, considerações legais e hermenêuticas

Em um mundo dominado pelos minimalistas⁹, a ilegitimidade da Suprema Corte brasileira seria dada, afinal, nem o regime de repercussão geral aprovado para este caso existiria, pois não se deve ir além das bordas da situação concreta. Sendo assim, pensando nas teorias e modelos apresentados anteriormente, estar-se-ia diante de uma clara violação das atribuições legais de um tribunal constitucional. Os defensores do modelo majoritário¹⁰ apenas estariam de acordo com esta atuação do STF se restasse comprovada a aprovação da maioria da população nacional a este tipo de conduta do tribunal.

No entanto, se restassem apenas juízes mudos no Brasil, não haveria possibilidade de se conhecer a legitimidade da corte, afinal, eles não se pronunciariam¹¹. Se os juízes, em sua totalidade, fossem soldados ou júpiteres¹², apenas com a inquestionável previsão legal desta atuação seria possível afirmar a legitimidade do Tribunal.

Neste contexto, como exposto, atualmente o direito constitucional caminha ainda mais para o perfeccionismo e em nossa corte constitucional cada vez mais vislumbramos atuações heroicas dos ministros, embora não possamos encarar essa classificação como absoluta conforme esclarecido anteriormente. Portanto, estamos em uma conjuntura histórica não apenas tolerante a esta atuação, mas que também incentiva decisões criativas e corretivas dos erros promovidos pelos demais poderes do Estado. Sendo assim, a legitimidade do STF no campo da hermenêutica constitucional no século XXI está consolidada sob a ótica perfeccionista e defensora do heroísmo judiciário, predominante atualmente. No entanto, existe uma insatisfação popular e opositores dentro do debate jurídico.

Embora esse exercício lógico e hermenêutico seja interessante, O mais

9 Utilizando a conceituação trazida por SUNSTEIN (2015, p. 16) do juiz contido.

10 Os magistrados que se eximem de julgar os casos mais complexos por entenderem ser uma atribuição dos demais poderes esta atuação (SILVA, 2008, p. 113).

11 Preferem o silêncio a se posicionar em casos complexos (SUNSTEIN, 2015, p. 18).

12 O soldado na concepção de SUNSTEIN (2015, p. 10), subordinado ao processo político, e o júpiter na visão de OST (1993, p.173), os que entendem haver um ordenamento jurídico completo e perfeito, inexistindo a necessidade de se desviar da norma posta para decidir.

relevante é questionar o caráter legal desta atuação do STF. Afinal, existe previsão normativa para que a Suprema Corte atue dessa forma criativa? Antes de mais nada, far-se-á uma necessária exposição de um contexto histórico da legislação para compreendermos o porquê de estarmos diante de uma chamada “Supremocracia” (VIEIRA, 2008).

Oscar Vieira (2008) traz uma série de críticas à atuação da Suprema Corte e apresenta possíveis explicações ao fato de o STF ter assumido o protagonismo dentro do cenário público brasileiro. Nesse sentido, o autor expõe como uma das razões desta “Supremocracia” a existência da própria Constituição de 1988, a qual é uma das maiores em extensão e trouxe consigo um rol muito grande de direitos e obrigações, regulamentando todos os campos possíveis. Com isso, se tudo é matéria constitucional, a liberdade do legislador praticamente inexistirá, por isso toda a atenção é dada à Suprema Corte (VIEIRA, 2008, p. 446 e 447).

Além disso, a ampliação dos sujeitos jurídicos legítimos a proporem ações de inconstitucionalidade no Supremo também foi um fator contribuinte ao aumento desse protagonismo, à medida que partidos políticos, inconformados com a derrota legislativa, agora apelam ao STF como último recurso para tentar vencer a disputa, ou ainda atrapalhar a execução da proposta vencedora, servindo como tribunal de “pequenas causas políticas” (VIEIRA, 2008, p. 449). A implementação do *amicus curiae*¹³ na corte também é entendido como uma medida contributiva, pois agora atores da sociedade participam abertamente das discussões de forma não jurídica, mas abertamente política, pluralizando o debate e democratizando o acesso ao Supremo, ou seja, politiza-se o Tribunal (VIEIRA, 2008, p. 448).

Ademais, a história recente do Brasil demonstra a clara transferência de poder por parte do Legislativo ao Judiciário. Uma série de peças legislativas foram aprovadas nos últimos anos ampliando o campo de atuação do STF:

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa,

13 *Amicus Curiae*, do latim, é o amigo da Corte, é um instituto implementado no Direito Brasileiro que permite atores da sociedade civil, especialistas em determinados assuntos, auxiliarem os magistrados brasileiros a tomarem decisões apoiadas nas opiniões técnicas destas pessoas ou organizações quando a matéria a ser julgada é de relevância social, repercussão geral ou cujo objeto seja bastante específico (JÚNIOR, 2024, p. 399).

teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93¹⁴, e no. 45/05¹⁵, bem como pelas leis no. 9.868/99¹⁶ e no. 9.882/99¹⁷, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes (VIEIRA, 2008, p. 444).

Sendo assim, o STF não se insurgiu contra os poderes da República e estabeleceu, de ofício, sua competência para decidir sobre toda e qualquer controvérsia, apresentando julgados amplos e criativos. Na realidade, houve um processo de delegação desta competência, realizado por um poder legislativo eleito democraticamente. O motivo para essa transferência, em tese, seria a vontade do Legislativo de se eximir de tratar de temas espinhosos, repassando a responsabilidade ao judiciário de decidir demandas muito controversas com o intuito de retirar dos legisladores o ônus de suportar uma pressão social e, consequentemente, podendo custar a estes uma reeleição (TAVARES, 2012, p. 29).

Percebe-se, pois, que a principal crítica ao STF quando adentra temas controversos gira em torno de uma atuação legislativa, violando a separação dos poderes (SANTOS, 2024) (CAPEZ, 2024). Contudo, os adeptos desta posição olvidam-se de que os definidores das competências da corte constitucional brasileira foram os próprios legisladores. Esta posição, ademais, possui um caráter muito simplista, pois não adentra os conceitos específicos sobre o que seria de fato uma atividade legislativa. Vieira (2008) traz um juízo de valor nesse sentido, mas com argumentos mais contundentes, afirmando que o fato de o tribunal suprir as lacunas do legislativo gera um paradoxo, pois na verdade contribui ainda mais para a crise representacional e democrática (VIEIRA, 2008, p. 443), o que não deixa de ser verdade, afinal os deputados e senadores ficam acomodados a não serem os principais responsáveis pelas decisões concretas do país, pois tudo passa pelo filtro do STF.

Todavia, Tavares (2012), por sua vez, adentra uma seara relevante, expondo

14 Esta emenda inseriu no rol de competências do STF julgar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), conforme o Art. 102, I, a e §1º da Constituição Federal.

15 Este adendo à Constituição Federal tratou da eficácia *erga omnes* das decisões do STF em sede de ADC e ADI, ou seja, aplica-se a todos e tem efeito vinculante aos demais tribunais, além de prever o regime de repercussão geral de determinados julgados, como é o caso do julgado base deste artigo, tudo nos termos do Art. 102, III, §§ 2º e 3º da Constituição.

16 Lei regulamentadora das ADIs e ADCs.

17 Lei regulamentadora da ADPF

um conceito de atividade legislativa, a qual, para ele, não seria parte da atuação do Tribunal Constitucional brasileiro quando decide de forma propositiva. Para o autor o STF não está legislando em suas decisões, mas sim exercendo uma função estruturante, a qual consiste na manutenção do ordenamento jurídico-constitucional, não apenas afastando normas incompatíveis, mas calibrando as existentes para garantir um funcionamento prático do ordenamento jurídico (TAVARES, 2012, p. 43). É exatamente o realizado pela corte nacional no caso concreto, pois se compreendeu haver uma falha numa norma infraconstitucional, a Lei de Drogas, e, portanto, tentou-se promover a calibração do dispositivo, embora se possa questionar a efetividade futura do julgamento.

Tavares também leciona que afastar uma norma não é meramente uma função interpretativa, esta está incluída na função maior, a estruturante (TAVARES, 2012, p. 50). Um tribunal constitucional, para o autor, apenas exerceria função legislativa quando, sem qualquer processo, de ofício, julgasse as leis aprovadas pelo Congresso. Mas, na prática, há um processo, uma provocação, o que retiraria esse caráter legiferante (TAVARES, 2012, p. 51).

Ademais, o autor dirá que quando uma norma infralegal afronta o texto constitucional, o ato de afastamento tem uma estatura superior à da norma incompatível, isto é, nesse caso não é uma decisão meramente legal, mas sim constitucional. Como o Tribunal Constitucional defende o texto da Carta Magna, sua atuação sempre será constitucional e não meramente legislativa no sentido estrito, de criar leis (TAVARES, 2012, p. 53).

Outra diferença da atuação do juiz constitucional e do legislador é a retroatividade da atuação. Isto é, ao legislador é vedado fazer retroagir suas decisões, tanto que os ordenamentos trazem mecanismos de proteção, por exemplo, a coisa julgada. Já o juiz constitucional tem essa prerrogativa, pode mudar seu posicionamento, e pode medir os efeitos, modular a eficácia da norma, escolhendo, por exemplo, quando ela surtirá efeitos (restringindo sua atuação), qual parte dela valerá e qual não, tudo isso se afasta de uma atuação meramente legislativa. Essa atuação é muitas vezes baseada em interesse público, o que traria uma conotação política à atuação, mas não o suficiente para caracterizá-la como legislativa (TAVARES, 2012, p. 60).

Por todo o exposto, verifica-se que o argumento do STF legislador é simplista e não consegue tecnicamente atacar a atuação da corte constitucional brasileira,

pois, primeiramente, confunde atuação legislativa com a constitucional, e, segundo, atribui ao tribunal a responsabilidade por ter todo esse poder, sendo que os responsáveis foram os legisladores.

Observa-se, pois, uma ampla gama de opiniões sobre a legitimidade ou não da Suprema Corte para decidir questões controvertidas e de forma criativa como o fez no Recurso Extraordinário base deste estudo. Porém, apesar de toda divergência, o ideal é manter o debate civilizado e tentar alternativas no campo da política e, caso se entenda a maioria de que o STF esteja avançando de forma indesejada, promova-se alterações legislativas para alterar o cenário atual.

6. Considerações Finais

De fato, a discussão sobre a legitimidade do STF e suas decisões criativas e controversas está longe de estar encerrada, mas, como dito, a proteção institucional da corte é imprescindível, enquanto a crítica a sua atuação é justa e desejável em um ambiente democrático. Nesse sentido, apresentadas as várias nuances do tema, o objetivo será apresentar, como conclusão, um posicionamento próprio da questão com o objetivo de promover o debate.

Assim sendo, se for feita a pergunta: o STF tem legitimidade para tomar decisões criativas? A resposta, monossilábica, seria sim, pois ela está fundamentada por todo o exposto no trabalho, seja uma legitimidade hermenêutica (ao menos para os defensores de correntes como o perfeccionismo), seja lógico-sistemática, refletindo sobre o fato da corte ser a guardiã da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais de todo brasileiro, mas também em um aspecto legal, já que, como visto, o poder decisório da corte foi aumentado nos últimos anos em decorrência da atuação do legislador. Independentemente das razões destes, isso ocorreu e os deputados e senadores foram eleitos pelos cidadãos, demonstrando, até certo ponto, uma vontade popular de ampliar as atribuições da corte constitucional brasileira.

Embora haja o argumento da não eleição dos ministros do STF, os adeptos esquecem-se de como os ministros do tribunal são investidos no cargo. Sim, eles foram eleitos indiretamente, afinal, são indicados pelo Presidente da República (eleito de forma majoritária) e passam por uma sabatina no Senado Federal

(composto por senadores também eleitos), portanto, embora não diretamente, os ministros da Suprema Corte passaram pelo crivo eleitoral¹⁸.

Talvez, a pergunta a ser feita não seja se o STF **possui ou não** legitimidade, pois este trabalho conclui havê-la, indiscutivelmente. A pergunta correta talvez seja se ele **deve ter** este escopo de atuação como vemos atualmente. Esse questionamento sim levaria o debate a uma discussão mais produtiva.

Tomar uma posição sobre esta situação não é tarefa fácil, pois muita da insatisfação com a Suprema Corte surge não do campo jurídico, mas do campo político, isto é, a decisão do STF é atacada não por ser juridicamente falha (embora haja esta crítica também, apesar de não ser a predominante, como demonstrado neste trabalho), mas pelo fato de um lado do espectro político ser contrário ao mérito da decisão.

Nesse sentido, a Suprema Corte brasileira já julgou causas de forma a trazer avanço social ao país, basta analisar os julgamentos sobre união estável homoafetiva (BRASIL, 2011), equiparação da homofobia ao racismo (BRASIL, 2019), entre outros, embora tenham causado também insatisfação a um lado ideológico. Foram atuações necessárias frente à omissão do Congresso Nacional, a qual permitiu que parcela da sociedade tivesse direitos fundamentais violados. Isto também ocorreu no caso em questão, como bem substanciado pelos dados apresentados no acórdão, em que a parcela jovem e negra da sociedade está sendo discriminada. Porém, se o julgado do STF será efetivo para combater este problema, somente o tempo dirá.

Apesar disso, poderíamos citar julgados do STF provocadores de prejuízos, por exemplo, a permissão ao cumprimento de pena antes do trânsito em julgado (BRASIL, 2016), fazendo com que várias pessoas fossem presas ainda com possibilidade de recurso, entendimento totalmente contrário ao disposto na Constituição Federal¹⁹, provocando, posteriormente, a revisão deste julgamento.

A Corte Suprema nacional não está imune a erros, não é composta por juízes perfeitos, o que não implica a necessidade de sua extinção ou redistribuição total de suas competências. Sua legitimidade deve ser mantida e solidificada como condição para a preservação do Estado Democrático de Direito. Pode-se pensar numa

18 Conforme dispõe o Art. 101, parágrafo único da Constituição Federal.

19 Art. 5º, LVII da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

redivisão de atribuições? Sim, é um argumento válido. Por exemplo, talvez não devesse ser tarefa de um tribunal constitucional julgar ações penais, as quais levam anos para serem concluídas, como foi o caso fatídico do Mensalão (BRASIL, 2012). No entanto, repensar o STF não pode servir de pretexto para torná-lo um órgão totalmente ineficaz, pois estamos tratando do tribunal protetor dos direitos fundamentais dos brasileiros, isto é, aquele que deve tomar decisões impactantes para a tutela dos cidadãos lesados.

Com isso, compreende-se que a mudança para alterar este cenário de fragilidade da legitimidade do STF começa no Legislativo. Os deputados e senadores não devem mais se esconder atrás das togas dos ministros, devendo assumir a responsabilidade por suas decisões e, conseqüentemente, aceitar os resultados do jogo político. Além disso, devem se atentar aos clamores populares quando proferidos (e aqui não apenas da maioria, mas também das minorias), evitando, assim, situações de omissões como as vistas nos julgados supracitados (OLIVEIRA, 2024).

Não se trata de eximir o STF de toda a culpa pela sua impopularidade e fragilidade, pois também comete erros, mas sim de identificar a responsabilidade também dos demais poderes, especialmente do Legislativo, cujos integrantes, ao menos alguns, afirmam ter sua função sequestrada pela Suprema Corte. Não seria esse o caso se o Legislativo a exercesse seriamente, com base nos princípios constitucionais.

Sendo assim, diante de todo o exposto, este trabalho conclui que o STF possui legitimidade e deve continuar a tê-la para tomar decisões como a proferida no RE 635.659/SP, independente de paixões políticas. Dito isso, nada impede uma eventual revisão de suas atribuições constitucionais, desde que mantida a sua força para continuar realizando o trabalho conferido a ele pela Constituição Federal, qual seja, de guardião da Carta Magna e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais dos brasileiros.

The Decriminalization of Marijuana in RE 635.659/SP: An Analysis of the Decision of the Supremo Tribunal Federal and Its Legitimacy in Light of the Legal Regime and Constitutional Hermeneutics

Abstract: The legitimacy of the Supremo Tribunal Federal (STF) is often questioned when the court makes creative decisions, generating dissatisfaction in political

debates. This paper aims to analyze the legitimacy of the STF in light of hermeneutical theories and the national legal framework, focusing on Recurso Extraordinário 635.659/SP, which led to the decriminalization of marijuana for personal use in Brazil. To achieve this, a case study was conducted, using theoretical support from works by scholars in the fields of Constitutional Law, Legal Hermeneutics, and Criminal Law, applying the concepts obtained to the analysis of the court's ruling. The research concludes that the STF's decision is legitimate from both a hermeneutical and legal perspective, especially considering the growing delegation of power from the Legislative to the Judiciary in recent years. The conclusion also highlights the need for greater participation from legislators in making complex decisions to address social issues often overlooked by Congress.

Keywords: STF, decriminalization of drugs, hermeneutics, legitimacy, perfectionism.

Referências

ANDRADE, Mario Cesar et al. Juízes como heróis, soldados, mudos ou... minimalistas: A Suprema Corte e suas personas no novo livro de Cass Sunstein. Jota, 4 nov. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/livros/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BBC BRASIL. Vídeo mostra momento em que Trump é ferido por tiro em ataque a comício na Pensilvânia. BBC Brasil, 13 jul. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c1vdxdkne4do>. Acesso em: 3 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 132. Relator: Min. Ayres Britto. Diário Oficial da União. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Diário Oficial da União. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Diário Oficial da União. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção no 4733. Relator: Ministro Edson Fachin. Diário Oficial da União. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Inteiro Teor. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário Oficial da União. Brasília, 2024.

CAPEZ, Fernando. 40g de maconha: STF confunde despenalização com descriminalização. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-01/repercussoes-da-decisao-do-stf-sobre-a-descriminalizacao-da-maconha/#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20do%20STF%2C%20ao,qualquer%20d%20eclara%C3%A7%C3%A3o%20anterior%20de%20inconstitucionalidade..> Acesso em: 18 out. 2024.

CARVALHO, Claudia Paiva. A contribuição teórica de Carl Schmitt para o direito nazista. Revista Direito e Práxis, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 1-22, abr.-jun. 2022.

DOI: 10.1590/2179-8966/2020/51724. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/h6qM8svQf89CTG34P7WpwFr/#:~:text=Para%20Schmitt%2C%20a%20chamada%20Lei,formato%20de%20um%20partido%20%C3%BAnico>. Acesso em: 10 mar. 2025.

CNN BRASIL. Guarda municipal é morto em Foz do Iguaçu durante festa de aniversário com tema sobre o PT. CNN Brasil, 2 jul. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/guarda-municipal-e-morto-em-foz-do-iguacu-durante-festa-de-aniversario-com-tema-sobre-o-pt/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

COELHO, Gabriela. STF forma maioria para descriminalizar porte de maconha para uso pessoal. 2024. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/stf-forma-maioria-para-descriminalizar-porte-de-maconha-para-uso-pessoal-25062024/>. Acesso em: 25 jun. 2024.

COLETIVO REPENSANDO A GUERRA ÀS DROGAS. A decisão no RE 635.659/SP: oito teses, muitas dúvidas (parte 1). Consultor Jurídico, 5 jul. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-05/a-decisao-no-re-635-659-sp-oito-teses-muitas-duvidas-parte-1/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

COLETIVO REPENSANDO A GUERRA ÀS DROGAS. A decisão no RE 635.659/SP: oito teses, muitas dúvidas (parte 2). Consultor Jurídico, 5 jul. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-12/a-decisao-no-re-635-659-sp-oito-teses-muitas-duvidas-parte-2/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596540/>. Acesso em: 10 mar. 2025.

FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. Decisão do STF sobre porte de maconha para consumo: impactos e desafios para a política de drogas no Brasil. impactos e desafios para a política de drogas no Brasil. 2024. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/decisao-stf-sobre-porte-maconha-consumo-impactos-e-desafios-politica-drogas-brasil>. Acesso em: 18 out. 2024.

G1 (org.). Terrorismo em Brasília: o dia em que bolsonaristas criminosos depredaram Planalto, Congresso e STF. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/01/08/o-dia-em-que-bolsonaristas-invadiram-o-congresso-o-planalto-e-o-stf-como-isso-aconteceu-e-quais-as-consequencias.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2024.

JÚNIOR, Humberto T. Curso de Direito Processual Civil-vol.I - 65ª Edição 2024. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649389. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649389/>. Acesso em: 10 mar. 2025.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas Comentada - Artigo por Artigo - 3ª Edição 2013. Rio de Janeiro: Método, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 01 mar. 2025.

MORALES, Cesar Mecchi. Originalismo e interpretação constitucional. 2011. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Diálogo entre Dworkin e Hart: o juiz como legislador na questão do porte de drogas para uso pessoal no Brasil. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/410448/dialogo-entre-dworkin-e-hart-juiz-como-legislador-na-questao-do-porte>. Acesso em: 18 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/pt/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 26/02/2025.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. Revista Doha, Alicante, Espanha, p. 169-194, 1993.

RAMOS, Elival da S. Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, 2ª edição.. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502622289/>. Acesso em: 01 mar. 2025.

SÁ, Acácia Regina Soares de. Júpiter, Hércules e Hermes: a perspectiva dos modelos de juízes e as inovações no Poder Judiciário. Migalhas, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/400929/perspectiva-dos-modelos-de-juizes-e-as-inovacoes-no-poder-judiciario>. Acesso em: 27 fev. 2025.

SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. STF extrapolou sua função ao decidir sobre porte de maconha. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-ago-22/descriminalizacao-de-droga-pelo-supremo-tribunal-federal/#:~:text=Com%20efeito%2C%20ao%20julgar%20a,de%20consumo%20da%20cannabis%20sativa..> Acesso em: 18 out. 2024.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, Democracia e Expertise: o supremo tribunal federal diante de questões políticas e científicas complexas. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 107-142, out. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? Consultor Jurídico, 12 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes (Inalienable Rights). 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TAVARES, André Ramos. Paradigmas do Judicialismo Constitucional. São Paulo:

Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.