A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL

THE DECRIMINALIZATION OF POSSESSION OF DRUGS FOR OWN USE IN LIGHT OF JUDICIAL ACTIVISM

Elísio Augusto Velloso Bastos[*]
Carlos Gustavo Chada Chaves[**]

RESUMO: *A influência estadunidense nas Constituições dos países de tradição romano-germânica estabelecida a partir da segunda metade do século passado, o reconhecimento dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores firmado no famoso caso Lüth associados à evolução do modelo de Estado Liberal ao Social acarretaram importantes mudanças na perspectiva de atuação do Judiciário como órgão concretizador, ao lado dos outros Poderes, de valores e objetivos estabelecidos na Lei Maior. Nesse sentido, o problema a que se propõe responder é se há espaço para o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de determinada política pública em razão de sua incompatibilidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República de 1988. Os objetivos específicos, nestes termos, são: traçar considerações sobre o ativismo judicial; e demonstrar, a partir das considerações firmadas no voto oral proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso em RE 635.659/SP, que analisa a inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio, que o ativismo judicial nada mais é do que o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário como também materializador da CRFB/88. O método utilizado é o dedutivo. A pesquisa será a bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se, ao final, que a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, posição até agora majoritária, é expressão de forte ativismo judicial, resultante de sua competência como Poder concretizador de direitos fundamentais e da equivocidade da política pública atual no combate às drogas.*
Palavras-chave: *Ativismo Judicial. Descriminalização. Porte de drogas. Separação de Poderes. Supremo Tribunal Federal.*

ABSTRACT: *The American influence on the Constitutions of the countries of Roman-Germanic tradition established from the second half of the last century, the recognition of fundamental rights as an objective order of values established in the famous Lüth case associated with the evolution of the model from Liberal to Social State brought important changes in the perspective of the Judiciary's performance as an executing agency, alongside other Powers, the values and objectives established in the Constitution. In this sense, the problem to which it is proposed to answer is whether there is room for the Judiciary to declare the unconstitutionality of a given public policy*

[*] Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém, PA, Brasil. https://orcid.org/0000-0001-8183-5920
[**] Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém, PA, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-0180-5586

due to its incompatibility with the fundamental rights established in the Federal Constituion of 1988. The specific objectives, in these terms, are: to outline considerations on judicial activism; and demonstrate, based on the considerations outlined in the decision by Minister Luís Roberto Barroso in RE 635.659/SP, which analyzes the unconstitutionality of the crime of possession of drugs for personal use, that judicial activism is nothing more than the logical consequence of the constitutional recognition of the Judiciary as also materializing the Constitution. The deductive method is used. The research is bibliographic and jurisprudential. It is concluded, at the end, that the reasoning used by the Supreme Federal Court to declare the unconstitutionality of art. 28 of Law no 11.343/06, majority understanding so far, is an expression of strong judicial activism, resulting from its competence as the Power to Realize Fundamental Rights and the equivocity of current public policy in the fight against drugs.
***Keywords**: Judicial activism. Decriminalization. Drug possession. Separation of powers. Brazilian Supreme Court.*

1 INTRODUÇÃO

O modelo constitucional estadunidense se encontra moldado pela Suprema Corte daquele país, notadamente a partir de duas importantes decisões proferidas pelo Tribunal, quais sejam *Marbury vs. Madison* (1803)[1] e *Dred Scott vs. Sandford* (1857)[2]. Tal modelo goza de nítida influência sobre diversos países de tradução romano-germânica.

Mais recentemente, aliou-se a tal modelo uma importante teoria de interpretação e concretização dos direitos fundamentais. Tal teoria, que foi consagrada, a partir do Tribunal Constitucional alemão, aquando do julgamento do caso *Lüth* (1958), pretende extrair, dos valores presentes na Constituição, força normativa a ponto de transformá-los em direitos subjetivos.

Portanto, o modelo constitucional estadunidense, moldado pelo *judicial review,* aliado à forma de interpretar os direitos fundamentais, consagrada no caso *Lüth*, trouxeram mudanças importantes quanto à forma de se perceber, aplicar e concretizar direitos e objetivos forjados no seio das Constituições.

As Constituições e, por conseguinte, os valores e objetivos nela previstos deixam de ser apenas um norte a ser seguido quando da atuação pelo Legislativo para se transformarem em verdadeiros direitos, a serem materializados também diretamente pelos seus destinatários por meio de decisões do Poder Judiciário. As Constituições passam a ter força normativa latente.

---

[1] Ver ainda, entre outros, Kathleen M. Sullivan e Gerald Gunther. Constitutional Law. New York: Foundation Press, 2001; KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade. Belém: Escola Superior da Magistratura do Pará, 2005.

[2] Sobre o caso, ver Ernest Bates, op. cit., p. 158/166, em que a Suprema Corte declarou inconstitucional o "Compromisso de Missouri", aprovado pelo Congresso em 1821, o qual concedia aos negros a emancipação na hipótese de mudança para um Estado onde fosse proibida a escravidão, neste caso, o de Illinois, na situação do afro-americano Dred Scott. BATES, Ernest Sutherland. The tsory of hte Supreme Court. New York: Charter Books, 1963.

De uma posição de indiferença política e de simples aplicador de leis forjadas em âmbito do Legislativo, o Judiciário transforma-se em também verdadeiro concretizador de valores constitucionais, potencializando a sua relevância em relação aos demais Poderes.

E é nesse contexto de elevação da importância do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), como materializador da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), que se torna importantíssimo o estudo do fenômeno do ativismo judicial e suas consequências nas políticas públicas.

O presente estudo, portanto, tem como finalidade demonstrar que o que vem sendo denominado pela doutrina de ativismo judicial nada mais é do que o reflexo da adoção pelos constituintes dos diversos países de influência romano-germânica, entre eles o Brasil, após a Segunda Guerra mundial, de uma versão mais próxima do modelo constitucional estadunidense e seus reflexos quanto ao protagonismo do Judiciário como também concretizador de princípios e objetivos constitucionais assim como também pelo reconhecimento da força normativa dos valores estabelecidos na Constituição, especialmente a partir do famoso caso *Lüth*. Posteriormente, a partir da análise das anotações do voto do ministro Luís Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659/SP, será demonstrado como a postura até agora adotada pelo STF pela descriminalização do porte de drogas para consumo pode ser encarada como reflexo do ativismo judicial permitido pelo nosso modelo constitucional de *separação dos poderes*.

Para tanto, o trabalho será dividido da seguinte forma: no segundo capítulo, será analisada como a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, a influência do modelo constitucional estadunidense e as bases firmadas no caso *Lüth* quanto aos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores trouxeram a necessidade de mudança de postura do Poder Judiciário na concretização de direitos e objetivos estabelecidos diretamente na Constituição; no terceiro capítulo, serão analisadas as principais críticas ao ativismo judicial; no quarto capítulo, demonstrar-se-á como a ocupação na figura de superego social faz com que as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, de aprofundado cunho valorativo e de impossível unanimidade, vêm sendo recepcionadas de forma acrítica pela sociedade; por fim, será feita análise do voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 635.659/SP à luz do ativismo judicial.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES NA MUDANÇA DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

Foi no século XVIII que Baron de Montesquieu desenvolveu a teoria moderna de *separação de poderes* como sistematização organizacional do

Estado. A divisão das funções Estatais distribuídas a Poderes distintos foi idealizada como forma de se garantir a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos[3], assim como organizar racionalmente a administração da coisa pública (VERBICARO, 2017).

Para Montesquieu, quando a mesma pessoa ou corporação acumula as competências Estatais de criar as leis, administrar a coisa pública e julgar, a tendência é que haja abuso e, por conseguinte, violação da vida e das liberdades dos cidadãos (PELICIOLI, 2006). Dessa forma, desenha uma estrutura em que cada uma das funções identificadas é distribuída a Poder distinto, a fim de se evitarem eventuais abusos.

O Estado estaria, portanto, dividido em três Poderes, os quais acumulariam funções típicas e atípicas: ao Poder Legislativo caberia não só a função de criar normas (função típica), como a de julgar e administrar (funções atípicas); o Judiciário teria como função típica a de julgar e, como atípicas, a de administrar e legislar; por fim, ao Executivo, caberia como função típica a de administrar a coisa pública e como atípicas as de julgar e legislar.

Para Montesquieu, o Poder Legislativo, muito em razão da história revolucionária francesa, seria o verdadeiro represente do povo, cabendo a ele papel de destaque no sistema idealizado[4] (VERBICARO, 2017). Seria forjado em uma dualidade de câmaras: a alta, confiada aos nobres; e a baixa, confiada aos escolhidos para representar o povo. O Poder Executivo deveria ser ocupado por um monarca, uma vez que suas atribuições careceriam de ações instantâneas, que seriam melhores executadas por um do que por muitos (MONTESQUIEU, 2000).

Mas o grande marco da teoria de Montesquieu refere-se ao reconhecimento do Judiciário como Poder autônomo[5], embora com menor destaque. Seria encarregado "por solucionar os conflitos em sociedade e zelar pela previsibilidade e estabilidade das relações sociais" (VERBICARO, 2017). Todavia, seria ele de certa forma nulo, dotado de neutralidade política e axiológica, sem espaço para a criatividade ou para a liberdade fora do determinado pela lei. Aos juízes, dotados de nenhuma competência criativa, restava a função de ser "a boca da lei".

Esclarece Verbicaro (2017) que, para a concepção jurídico-formalista da teoria da separação de poderes de Montesquieu, a Constituição não podia ser considerada um documento normativo, no sentido de regular

[3] Não se ignora posicionamento contrário (SANCHEZ, 1998), no sentido de que o objetivo maior de Montesquieu estaria ligado a ofertar a soberania ao rei, motivo pelo qual seria equivocado defender-se sua preocupação com os direitos e liberdades dos cidadãos.

[4] Em sentido contrário, Sanchez (1998) defende que, em verdade, para Montesquieu, o Poder se encontrava não especificamente no parlamento, mas, sim, em sua Câmara Alta, composta pela aristocracia, motivo pelo qual há dúvidas sobre o caráter democrático em sua teoria.

[5] Em sentido contrário, Sanchez (1998).

diretamente as relações interpessoais ou entre Estado e cidadãos, sendo suas disposições de caráter meramente organizatório ou jurídico-processual.

Tal modelo, de reduzida força normativa, teve grande influência por toda a Europa Continental e serviu de base para o positivismo jurídico[6], adotado como paradigma dominante pelos Estados Liberais.

A razão dominante nos Estados Liberais era no sentido da crença em verdades absolutas, pautados pela razão, pelas ciências exatas e valorização das liberdades individuais. A ideia era que a natureza poderia ser dominada, por meio de comportamento racional, o homem funcionaria "com a perfeição e a exatidão de uma máquina, obedecendo a uma lógica mecânica e determinista: em uma racionalidade absoluta de causa e efeito" (AFONSO, 2013, p. 16).

E é neste modelo de verdades absolutas e decisões racionais que o projeto de direito é estruturado em monismo jurídico e as normas Estatais como fonte única do direito, na racionalidade lógico-formal e "nas ideias de certeza, segurança e previsibilidade nas relações sociais, enquanto referencial normativo da moderna sociedade ocidental" (VERBICARO, 2017, p. 52):

> O positivismo jurídico nasce, pois, do impulso histórico para a legislação, que apresenta uma dupla exigência: estabelecer ordem ao caos de um direito primitivo, nitidamente inconsciente, irrefletido e irracional e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social e para estabilização das expectativas. Dessa forma, impõe-se ao direito moderno a tarefa de racionalização, simplificação e nivelamento do sistema social (VERBICARO, 2017, p. 52).

Esclarece Bobbio (1995, p. 26) que o positivismo jurídico nasce quando a ideia de direito é associada apenas ao direito positivo, excluindo-se qualquer vinculação do direito natural da categoria de direito: "o direito positivo é direito, direito natural não é direito".

Importante destacar que o processo de apropriação do direito pelos Estados Liberais[7] caminhou *pari passu* ao seu processo de codificação, em

[6] Neste modelo, a Constituição seria apenas uma fonte de inspiração a ser seguido pelo Poder Legislativo aquando da feitura da lei, não cabendo ao Poder Judiciário nenhuma atividade criacionista da norma. A função do Poder Judiciário se limitava apenas à tradução da vontade do legislador materializada na lei.

[7] Em que pese existirem exceções, como é o caso da Inglaterra, que não passou por processo de codificação e de desvalorização ao direito consuetudinário.

desvalorização e descrença ao direito consuetudinário, oriundo da tradição e ao chamado direito natural.

O positivismo jurídico consolida-se, portanto, no seio dos Estados Liberais e tem o seu auge durante o século XIX, sendo que, em qualquer de suas diversas versões (metodológico, legalista, ideológico), serve como paradigma dominante da moderna dogmática jurídica dos países Europeus (e suas ex-colônias e países de influência).

A padronização característica dessa fase, recheada de abstracionismos, frutos das sociedades industriais e burguesas, cria a figura de um indivíduo ilusório, pseudo-individualista, assumido como ser genérico, e regulado por um sistema político e jurídico "amparados em um complexo de normas de estrutura geral, impessoal, abstrata que proporcionam um significado ideológico capaz de ocultar as reais desigualdades e diferenças entre os indivíduos" (VERBBICARO, 2017, p. 63).

A maioria dos Estados Liberais[8] de então, de forte influência burguesa e de valores individualistas, apoiados em ideias de segurança jurídica e de respeito a valores individuais, passam a adotar a produção normativa forjada pelo Poder Legislativo como a única capaz de garantir a exatidão necessária para implementarem segurança e certeza condizentes com a racionalidade vivenciada pela modernidade.

O Estado Liberal assume a função de garantir, por meio de normas gerais, produzidas do seio do Poder Legislativo, a estabilidade social, resolução de conflitos e segurança necessários ao desenvolvimento do modelo econômico burguês da modernidade. Ao Estado, submetido às regras de direito e do mercado, cabe a garantia da liberdade, propriedade e segurança:

> Evidentemente que o direito é chamado a legitimar tal discurso. Afinal, o "Estado moderno é basicamente um sistema jurídico", na medida que a legitimidade de sua conduta não está na força ou na violência, mas sim na submissão a um conjunto de normas válidas. [...] Neste universo, é impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças, esta igualdade formal, razão pela qual caberia a ele apenas salvaguardar a ordem pública e as demais

[8] A Inglaterra, por exemplo, não participou deste processo de positivação e descrença ao direito consuetudinário.

> condições de competição (BASTOS, 2007, p. 31-32).

A sociedade, todavia, marcada por certezas absolutas extraídas da razão humana, passa por um processo acelerado de transformação. O homem, o mundo e a natureza passam a ser encarados por sua "complexidade, pela indeterminação e pela desordem, pelos riscos e pelas incertezas. A ordem racional buscada pela modernidade e o controle sobre a natureza, de que tanto o homem se orgulhava, desapareceram, cedendo espaço para o acaso e o risco" (AFONSO, 2013, p. 18).

O processo de industrialização, de massificação da produção e complexidade das sociedades modernas criou realidades sociais em diversos países marcadas por altos índices de miséria, indigência, problemas de distribuição de renda e diversos outras tribulações sociais, reveladores "dos limites da aplicabilidade do princípio da igualdade formal perante a lei" (VERBICARO, 2017, p. 68).

O modelo de Estado Liberal, de positivação do direito, de Constituições políticas, indiferente aos problemas sociais, passa a ser questionado por forças sociais que emergem diante da tentativa de massificação e padronização da sociedade. Percebe-se que, fora dos nichos padronizados do Estado legalista, existem diversas outras minirracionalidades, lutas políticas, anseios e questões sociais específicas a determinados grupos, que o Estado e o direito formal não conseguiram acompanhar.

O Estado capitalista "assentado em premissas liberais, como postura política, econômica e social, precisou de reformulação e abrir-se às influências sociais, a fim de preservar os fundamentos estruturais e de legitimação do Estado capitalista" (VERBICARO, 2017, p. 69). Não bastava mais a existência de igualdades formais de um Estado com postura propositadamente indiferente às querelas sociais. Era preciso uma reformulação da própria ideia de Estado e de sua função como também condutor de objetivos políticos específicos e de correção de questões sociais, como forma de sobrevivência do próprio sistema capitalista.

De acordo com Bastos (2007, p. 34-35):

> Visando reparar as "eventuais" falhas do mercado, corrigir seus "excessos", reduzir os chamados custos de transação, organizando e protegendo a sociedade, a ideia principal a ser propalada pelos defensores do chamado capitalismo social ou organizado é a de que a regência do conjunto da vida social não poderá ser feita exclusivamente pelo mercado, devendo o

> Estado "humanizar os rigores do primeiro capitalismo", por meio, inclusive, de uma revisão ética do conceito de racionalidade humana.

Por conseguinte, o Estado passa a assumir uma postura mais ativa na implementação da igualdade material e inclusão social, tendo isso repercussões na forma de concepção da lei e da Constituição. No "Estado Social-distribuidor, a lei passa a assumir a função estratégica de conformação e direção política orientada a determinado fim para contornar uma dada situação concreta" (VERBICARO, 2017, p. 69).

Nessa esteira, diversos direitos sociais voltados à consolidação da igualdade material são deslocados para o seio das Constituições, nos mais diversos países ocidentais. As Constituições passam a dispor não apenas de direitos individuais de primeira geração, mas, sobretudo, de direitos sociais, garantias que careciam para a sua efetiva implementação de atuação positiva. As normas constitucionais, neste sentido, passam a elucidar programas de ação para os Estados, dando feição dirigente às Constituições, de modo a moldar toda a atividade estatal.

Segundo Sarlet (2012, p. 33):

> Não se cuida mais, portanto, de liberdade do indivíduo perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal,

> nasceram "abraçados ao princípio da igualdade", entendida esta num sentido material.

O Direito, principalmente nos países de tradição romano-germânica como o Brasil, nesta mudança do Estado Liberal para o Estado Social, não fica imune também a modificações na maneira de ser concebido. Percebe-se, no pós-segunda guerra, um "conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são praticados e pensados" (BARROSO, 2010, p. 3). Da mesma forma, as Constituições também passam por mudanças políticas, conceituais e paradigmáticas, em um novo modelo denominado como Estado Constitucional de direito, de fortíssima influência estadunidense[9].

Registre-se que, ao contrário do modelo de Separação de Poderes de Montesquieu, que influenciou os mais diversos países de tradição romano-germânica, o modelo estadunidense, embora com certa influência do modelo francês, desenvolveu-se de maneira particular, sendo o resultado de um conjunto de artigos publicados no *Independent Journal* de Nova Iorque (compiladas posteriormente na obra *O Federalista*), de autoria de James Madison, Alexander Hamilton e John Ray, entre os anos de 1787 e 1788, e que tinham como intuito convencer a população nova iorquina a "ratificar a Constituição estadunidense redigida na Convenção da Filadélfia, em especial a proposta do novo sistema que daí surgia: o federalismo" (GUEDES, 2015, p. 47).

Na proposta estadunidense, adotava-se a ideia de separação tripartite de poderes (executivo, judiciário e legislativo) de Montesquieu, assimilando-se também os freios e contrapesos, com o propósito de se evitar excessos e que um Poder preponderasse perante outro. Para os federalistas, assim como para o modelo francês, "não pode haver liberdade se o poder de julgar não estiver bem separado do de fazer as leis e do de executá-las" (VERBICARO, 2017, p. 114).

A diferença entre os modelos se encontra mesmo na preponderância que o sistema francês dá à ordem legislativa (que justifica a limitação da atividade do Judiciário apenas como "a boca da lei"). No sistema estadunidense, existe uma divisão política mais equânime, abrangendo não apenas o exercício pelo Poder Legislativo, mas também e, sobretudo, do Executivo e dos integrantes do "Poder Judiciário, o que acabou por

[9] Importante destacar que o modelo de Estado Social adotado pela maioria dos países ocidentais, inclusive pelo Brasil, foi primordialmente influenciado pelo modelo alemão, forjado na Constituição de Weimar, de 1919. Nesse sentido, esclarece Pinheiro (2006, p. 121-122): "Feitas essas considerações, e não deixando de colocar em destaque a importância histórica e política dessas duas notáveis Constituições, não se pode deixar de atribuir à Weimar a qualidade de texto constitucional preponderante em tema de inauguração da fase do constitucionalismo social".

importar, como consequência, na própria consolidação deste peculiar positivismo jurídico em solo estadunidense no início do século XIX" (GUEDES, 2015, p. 48).

Os federalistas viam com ressalvas o protagonismo do legislativo e do produto de sua atividade, as normas. A visão de que a lei, como no modelo francês, deveria ser concebida como instrumento da vontade do povo eticamente definida não era bem aceita. Eram, em verdade, as próprias usurpações legislativas as maiores ameaças à liberdade do povo e, por isso, deveriam ser contidas. Seus autores se preocupavam "com a função legislativa, na medida em que poderia este poder perseguir suas próprias ambições sem qualquer limite dos outros dois" (GUEDES, 2015, p. 48).

É nesse contexto de extrema preocupação dos Federalistas com a preponderância do Poder Legislativo, que se compreende a relevância do papel do Poder Judiciário para a democracia. Isso porque sua atuação se fundamentava na ideia do povo como real detentor e efetivo da soberania estatal materializada por intermédio da Constituição, e não por meio da produção normativa forjada no seio do Poder Legislativo, cujos interesses históricos de seus membros se distanciavam dos reais interesses do povo. A perspectiva de soberania passa, de um governo de leis criadas pelo Poder Legislativo (modelo francês), para um governo constitucional (modelo estadunidense), forjada como manifestação mais latente das vontades do povo.

A Constituição, no modelo estadunidense, desde os primeiros momentos, é tida como um "documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário" (BARROSO, 2010, p. 2). Em *Marbury vs. Madson,* a *judicial review* foi consolidada, estabelecendo-se a necessidade de compatibilidade formal das decisões legislativas e facções majoritárias aos ditames da Constituição. Em *Lochner vs. New York,* a Suprema Corte avança para cancelar atos legislativos contrários ao conteúdo da Constituição, baseada na doutrina do devido processo legal substantivo. "O Tribunal analisou se o conteúdo da lei elaborada pelo Legislativo afetava ou não os valores da Constituição" (VERBICARO, 2017, p. 114).

Registre-se, todavia, que foi no famoso caso *Lüth* (BVERFGE 7, 198), de 15.1.1958, que a ideia de constitucionalização de direito foi primeiramente estabelecida. Na Alemanha, sob o regime da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) passou a entender que os direitos fundamentais desempenham uma função a mais do que apenas a de proteção de situações individuais: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico "deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação"

(BARROSO, 2010, p. 7). Tais normas vinculam todos os poderes estatais assim como todos os ramos do direito, seja ele público ou privado[10]:

> Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da Drittwirkung e Ausstrahlungswirkung (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (Wechselwirkung), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 260).

E é nesta realidade – de absorção do modelo constitucional estadunidense de Separação de Poderes e de reconhecimento da força normativa de direitos fundamentais – que o Estado Constitucional Social se desenvolve no pós-segunda guerra, tendo por principal característica a subordinação das políticas públicas e legislação a uma Constituição rígida. Juízes e tribunais passam a possuir competências não apenas para invalidar

[10] O posicionamento é defendido, entre outros, no seguinte trecho pelo TCF: "A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. eles são direitos defensivos do indivíduo contra o estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países. (...) É igualmente verdadeiro, no entanto, que a lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição" (BVERFGE 7, 198).

leis e atos administrativos contrários, material e formalmente, à Constituição, como também interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

Segundo Barroso (2010), este novo modelo (também chamado de neoconstitucionalismo), é marcado por basicamente três características: o reconhecimento de força normativa à Constituição[11]; expansão da jurisdição constitucional[12]; e desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional[13], os quais irão acompanhar tanto a forma de se pensar quanto a forma de se implementar os ditames constitucionais, em especial aqueles voltados aos direitos sociais.

Nesse contexto, a previsão de direitos sociais dependentes de efetivação de políticas públicas do Estado elevados à categoria de direitos constitucionais permitiu que os tribunais interferissem na "realização e efetivação dos preceitos constitucionais. Trata-se de uma atuação prospectiva, contrária àquela visualizada no Estado Liberal, essencialmente retrospectiva" (VERBICARO, 2017, p. 75).

Registre-se que tal liberdade do Poder Judiciário, na concretização das políticas públicas, é potencializada sobremaneira pela forma como os direitos fundamentais foram dispostos nas Constituições, essencialmente por meio de princípios, de baixa densidade semântica, devendo, portanto, ser dimensionados pelo magistrado.

No ponto, lembra Verbicaro (2017, p. 75-76) que, para a aplicabilidade dos direitos fundamentais, e para evitar-se cair em casuísmos e decisionismos interpretativos e judiciais, imprescindível uma interpretação que se coaduna a uma teoria de direitos fundamentais. Isso fez com que se criasse uma espécie de ativismo judicial, de uma maior atuação dos tribunais constitucionais "(Jurisdição Constitucional) e a construção de novos *Standards* centrados em modelos distintos de atuação judicial que superam o modelo dedutivo consolidado nos Estados Liberais".

E foi assim que, também, no caso Lüth, restou firmado que o modelo de aplicação direta dos direitos fundamentais não se coadunava pela subsunção, característica das regras. O melhor critério a ser utilizado pelo julgador para solucionar aparente conflito de bens jurídicos tutelados seria a

[11] Corresponde dizer que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, atributo de qualquer norma, sendo, portanto, que sua inobservância poderá deflagrar mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado pelo Judiciário.

[12] Corresponde ao processo de internalização mundo afora do modelo americano de supremacia da Constituição, com consequente criação de tribunais constitucionais.

[13] "Ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional, foram desenvolvidas novas categorias, com o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais, a crescente utilização da técnica da ponderação, a reabilitação da razão prática na argumentação, como fundamento de legitimação das decisões judiciais" (BARROSO, 2010, p. 6).

ponderação entre eles, sendo imprestável a simples subsunção de uma regra ao caso concreto[14] (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 260).

E é, portanto, neste novo momento de vivência constitucional de forte influência estadunidense e alemã, de reconhecimento da força normativa da Constituição, de previsão de direitos sociais diretamente nas Constituições, de supremacia constitucional, de objetivos constitucionais a serem cumpridos pelo Estado, do reconhecimento dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, do efeito irradiador dos direitos fundamentais, da ponderação como método interpretativo a quando do conflito entre bens fundamentais e por um Poder Judiciário como também ator protagonista da concretização dos objetivos e compromissos definidos na Constituição, que vem à tona a ideia de ativismo judicial.

Associa-se o ativismo judicial a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com uma maior atuação no espaço conferido aos demais Poderes:

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 26).

O Poder Judiciário ganha protagonismo como ator também principal na concretização e defesa de valores e preceitos previstos diretamente na Constituição, participando ativamente na construção da norma jurídica como paradigma de conduta a ser respeitada pelos membros da sociedade assim como os demais atores estatais, transformando, assim, o *law in the book* em *law in action* (POUND, 1910, p. 12).

No caso do Brasil, o ativismo judicial passa a ser uma realidade mais latente com o fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição

[14] O posicionamento é defendido no seguinte trecho, entre outros, pelo TCF: "Quando se busca de modo igualmente eficaz fazer *jus* às duas exigências que são, no Estado social de direito, igualmente legítimas, então a solução só pode ser encontrada respectivamente a partir de uma ponderação cuidadosa dos dois interesses reciprocamente colocados, que são possivelmente até mesmo contraditórios" (BVERFGE 7, 198).

Constitucional trazido pela CRFB/88, por meio dos mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade e pela força de suas decisões, que "somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional" em questões historicamente vinculadas à competência dos Poderes Legislativo e Executivo (MORAES, 2017, p. 39).

Esboçada, enfim, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, a elevação de determinados direitos fundamentais ao nível de direitos constitucionais e a conseguinte concepção da ideia de Constituição com força normativa a ser implementada também por força da atuação do Judiciário, pode-se concluir que o chamado ativismo judicial, tão criticado por muitos, nada mais é do que decorrência lógica do protagonismo que o novo modelo constitucional atribuiu ao Judiciário.

Os capítulos seguintes serão destinados a analisar as principais críticas que se vêm fazendo ao ativismo judicial e como que o protagonismo que o judiciário vem ganhando pode ser encarado como reflexo da busca da sociedade pela figura do pai como paradigma moral freudiano. Por fim, analisar-se-á a minuta do voto oral, até agora vencedor quanto à descriminalização do porte de drogas para uso próprio, de lavra do ministro Barroso, como emanação do próprio ativismo judiciário forjado em âmbito do STF.

3 ANÁLISE SOBRE AS PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

É patente que a atenção que a mídia vem dando ultimamente às decisões do STF tem sobrelevado à sociedade quanto o papel do Judiciário como intérprete dos valores constitucionais e de condutor também de diversas escolhas políticas sensíveis à moralidade e de unanimidade impossível.

Todavia, não é incomum também que formadores de opiniões teçam severas críticas à atuação do Poder Judiciário. Conjectura-se, por vezes, eventual desvio de suas competências constitucionais e extrapolação de poderes.

O presente capítulo, portanto, tem como finalidade analisar as principais críticas ao ativismo judicial, como tentativa inclusive de aperfeiçoamento desse fenômeno recente da realidade jurídica brasileira.

Segundo Feio (2018), a primeira grande crítica que se faz ao ativismo judicial é a sua potencialidade de enfraquecimento aos *direitos fundamentais*. Isso porque, como tais direitos encontram-se relacionados constitucionalmente em princípios, não havendo um conteúdo certo e acabado de seus conteúdos, cabe ao aplicador a sua definição. Nesse

sentido, tendo o Judiciário a última palavra sobre o seu conteúdo, acaba por haver o conseguinte enfraquecimento de sua dimensão.

Haveria, de certa forma, uma subjetividade de cada magistrado na fixação da dimensão do que vem a serem os Direitos Fundamentais e sua amplitude. "A aplicação dos direitos fundamentais acaba se transformando em uma exposição de valores pessoais, em que o julgador expressa suas preferências em detrimento dos direitos fundamentais" (FEIO, 2018, p. 49).

A proporcionalidade entre os princípios fundamentais, segundo os críticos, facilitaria a manipulação do seu conteúdo, abrindo margem para os juízes decidirem da maneira que quiserem, contra a lei, infringindo a separação de poderes e modificando valores constitucionais (HABERMAS, 1997 apud FEIO, 2018).

De fato, há o risco de que, no afã de concretizar valores, os magistrados, transbordem para as suas decisões histórias pessoais e sentidos da vida subjetivos que tenham como resultado uma limitação de direitos fundamentais não almejada pelo constituinte.

Todavia, duas reflexões são necessárias: a primeira diz respeito à escolha do constituinte no sentido de ser o Poder Judiciário também responsável pela concretização de valores constitucionais[15].

Optou-se por trazer ao seio de uma Constituição, dotada de normatividade, direitos fundamentais, tendo encarregado o Poder Judiciário da competência de apreciar qualquer ameaça ou violação a direito. Assim, quando o magistrado dimensiona determinado direito fundamental forjado em princípio, não está limitando ou enfraquecendo qualquer valor, mas sim cumprindo a competência que lhe foi outorgada pela própria Constituição.

A segunda reflexão é no sentido de que as garantias dos membros do Poder Judiciário (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios) lhes asseguram certa blindagem funcional[16] para se defenderem de influências externas que eventualmente podem levar-lhes a tomar decisões no sentido de diminuir a dimensão dos direitos fundamentais, fragilizando-os. Ao contrário, os membros do Poder Legislativos exercem suas funções, por vezes, voltados a garantir a manutenção de seus cargos em eleições periódicas, motivo pelo qual são, em tese, mais sensíveis a atuação de agentes de pressão, quase sempre pouco interessados na ampliação da dimensão de direitos fundamentais.

[15] Nos termos do art. 5º, XXXV, da CFRB/88: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

[16] Isso não quer dizer que se encontram imunes a influências externas. Por vezes, magistrados são também "capturados" por agentes econômicos ou partes pouco interessadas à concretização de valores constitucionais, desviando-se de suas funções institucionais e proliferando a tão malfadada corrupção.

Uma segunda crítica defende que o ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais garante certo protagonismo do Judiciário em relação aos demais Poderes. Segundo tal entendimento, seria por intermédio de políticas públicas definidas e executadas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, e não mediante decisões judiciais, que deveria ser garantido o acesso da população ao verdadeiro gozo dos direitos fundamentais previstos na Constituição, como saúde, educação, saneamento básico etc. (FEIO, 2018).

Acontece, todavia, que a incompatibilidade de agenda dos representantes com os interesses da população, a grande influência dos agentes de pressão nas escolhas dos destinos das políticas públicas, os repetidos casos de corrupção dos representantes do Executivo e Legislativo, a captura das agências reguladoras pelas empresas controladas etc. levaram a população a buscar diretamente no Judiciário a defesa de direitos previstos na Constituição. O Judiciário, que era em verdade para atuar apenas como uma segunda trincheira, como exceção, acabou por ganhar protagonismo na concretização de políticas públicas voltadas à defesa dos direitos fundamentais[17].

Ressalte-se, por outro lado, que já passou o tempo em que a Constituição era vista apenas como documento político de baixa força normativa, voltado a servir apenas como guia aos demais Poderes na organização Estatal e feitura de leis. As Constituições dos países de tradição romano-germânica, como o nosso, hoje são dotadas de força normativa latente. Dessa forma, qualquer ofensa a direito fundamental previsto na Constituição constitui violação passível de apreciação pelo Poder Judiciário, mesmo que esse direito esteja consolidado em uma norma princípio e não em uma norma regra.

Uma terceira crítica, segundo Barroso (2012), é no sentido de que o ativismo judicial pode criar riscos para a legitimidade democrática. Os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, não possuindo, portanto, legitimidade para invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pela vontade popular por uma maioria expressiva da população.

Barroso (2012) identifica dois fundamentos para legitimar tal atuação do Poder Judiciário: uma de ordem normativa e outra de ordem filosófica.

A de ordem normativa é no sentido de que é a própria Constituição que atribui ao Poder Judiciário a competência de invalidar leis contrárias aos ditames da Constituição da República. Não é incomum que Estados

[17] Isso não quer dizer que, por vezes, os membros do Judiciário também não estejam expostos à corrupção ou voltados à defesa de interesses próprios no exercício de suas funções, mas indica que a população, não recebendo a proteção de bens fundamentais por políticas públicas idealizadas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, procure o Poder Judiciário como última trincheira de proteção, tendo como resultado o aumento de seu protagonismo.

democráticos, como Brasil, reservem uma parcela de poder político para ser exercido por agentes não eleitos, de atuação mais técnica e imparcial. Os magistrados têm a competência para atribuir sentido a expressões vagas, fluidas, indeterminadas, de baixa densidade semântica, atuando como coparticipantes do processo de criação do Direito.

A de ordem filosófica parte da ideia de que o Estado constitucional democrático é formado por duas dimensões: constitucionalismo e democracia. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. A democracia significa governo do povo, governo da maioria.

Entre, todavia, constitucionalismo e democracia podem surgir situações de tensão.

Nesse sentido, a Constituição deve desempenhar dois papeis: o primeiro é o de estabelecer as regras do exercício da democracia, assegurando participação política ampla; o segundo, de proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo contrários à vontade circunstancial de quem tem mais votos. A jurisdição constitucional é muito mais uma garantia para a democracia do que um risco. Veja-se o comentário de Barroso sobre o tema:

> E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (BARROSO, 2012, p. 28).

Uma quarta crítica consistiria na capacidade institucional do Judiciário de decidir em determinadas matérias. Explica Barroso (2012) que, mesmo o Poder Judiciário tendo a palavra final sobre a constitucionalidade ou legalidade de determinada matéria colocada à sua apreciação, em algumas situações que careçam de grande rigor técnico, como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que haja estudos técnicos e científicos adequados, deve-se privilegiar as manifestações tomadas pelos outros Poderes. A capacidade técnica do Poder Judiciário em apreciar determinadas questões não é a mesma em relação aos demais Poderes e, por esse motivo, deve levar em consideração sua capacidade institucional em deliberar de maneira diferente.

Há também a possibilidade de que a decisão judicial crie risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, o que recomenda, em certos casos, cautela maior e deferência por parte do Judiciário em relação à

determinada decisão tomada pelos demais Poderes. Os juízes encontram-se preparados para a realização da justiça do caso concreto, a microjustiça. Impossível "disporem de informações, tempo e conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público" (BARROSO, 2012). Exemplos clássicos seriam questões envolvendo saúde, vagas em creche e educação. Não são incomuns decisões nesse sentido serem tomadas com emoções ou movidas por valores pessoais potencialmente capazes de esgotar recursos orçamentários e colocar em risco a própria continuidade das políticas públicas.

De fato, a cautela proposta por Barroso (2012), na concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, tem sentido. Os magistrados não possuem, em regra, capacidade técnica nem condições estruturais para substituir a discricionariedade dos demais Poderes nas escolhas políticas mais sensíveis. O exagero na substituição da discricionariedade estatal pelo Poder Judiciário pode acarretar desestruturação administrativa imprevisível ao juiz e verdadeira quebra do princípio da Separação de Poderes, motivo pelo qual o ativismo judicial deve ser praticado sempre com extremo cuidado. Decisões atabalhoadas ou movidas por paixões em questões de medicamentos e saúde, por exemplo, apenas servem para desestruturar a organização administrativa e colocar em risco a saúde financeira do Estado.

O que se percebe, em conclusão, é que as críticas voltadas ao ativismo judicial são, ora exageradas e desalinhadas ao modelo de Separação de Poderes adotado pela CRFB/88, que organizou em sua estrutura o Poder Judiciário como também concretizador, ao lado dos demais Poderes, dos objetivos e valores prescritos à República Federativa do Brasil, ora pertinentes e merecedoras de reflexão pelos membros da magistratura que, por vezes, no afã da defesa de posicionamentos ideológicos pessoais, desestruturam a organização administrativa e atropelam critérios técnicos levados em conta na aprovação das leis orçamentárias criando sérias dificuldades à gestão da coisa pública.

4 PODER JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

Sigmund Freud foi o responsável pelo desenvolvimento da *teoria da personalidade*. Para tanto, dividiu a psique humana em três instâncias diferentes, que denominou ego, superego e id (LIMA, 2010).

O id seria o componente inato da pessoa. Corresponde aos desejos, vontades, pulsões, estruturado em instintos e desejos orgânicos do prazer, voltados para a preservação e propagação da vida (LIMA, 2010).

O ego, segundo Freud, desenvolve-se a "partir da diferenciação das capacidades psíquicas em contato com a realidade exterior. Sua atividade é, em parte, consciente (percepção e processos intelectuais) e, em parte, pré-

consciente e também inconsciente" (LIMA, 2010, p. 281). É a instância da psique responsável pela contenção das pulsões, comandando se devem ou não ser satisfeitas, adiando essa satisfação para outro momento ou bitolando parcial ou totalmente as excitações pulsionais. Sua função é mediar as reivindicações do id, do superego e do mundo exterior. Graças a ele, a pessoa consegue manter a sanidade da sua personalidade.

O superego se desenvolve a partir do ego e funciona como um juiz ou censor. O ego desenvolve-se entre a infância e adolescência do indivíduo, em período que Freud denomina de latência:

> O superego constitui-se por interiorização das exigências e das interdições parentais. Num primeiro momento, o superego é representado pela autoridade parental que molda o desenvolvimento infantil, alternando as provas de amor com as punições, geradoras de angústia. Num segundo tempo, quando a criança renuncia à satisfação edipiana, as proibições externas são internalizadas. Esse é o momento em que o superego vem substituir a instância parental por intermédio de uma identificação da criança com os pais. Freud salientou que o superego não se constrói segundo o modelo dos pais, mas segundo o que é constituído pelo superego deles. O superego estabelece a censura dos impulsos que a sociedade e a cultura proíbem ao id, impedindo o indivíduo de satisfazer plenamente seus instintos e desejos. É o órgão psíquico da repressão, particularmente a repressão sexual (LIMA, 2010, p. 281).

Marcuse (2010, apud MAUS, 2000) registra que, pelo menos desde a década de 1960 do século passado, a representação da figura parental já vinha perdendo importância na formação do ego. As diretrizes sociais tinham ganhado protagonismo e substituído o pai na formação da consciência individual ao mesmo tempo em que a própria sociedade se via menos integrada por meio de um "âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego" (MAUS, 2000, p. 184).

Tal "sociedade órfã" de paradigmas morais vê no Poder Judiciário, em tempos de pós-modernidade e de competência concretizadora de princípios morais constitucionalmente previstos, como um ideal substituto da antiga figura do pai na formação do superego do indivíduo. A representação da Justiça forjada na jurisdição constitucional ganha contornos de veneração religiosa inquestionável e qualquer crítica que se

faça corresponde à violação da própria democracia e do Estado de Direito (MAUS, 2000).

O sistema jurisdicional estadunidense parece ser o exemplo maior da substituição da figura do pai na formação do superego pelo judiciário. Neste país desenvolvem-se literaturas a respeito da biografia dos juízes, sendo figuratizados como "profetas" ou "deuses do Olimpo" do direito. Em tais "representações se revela mais que em qualquer outro campo a atual tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos" (MAUS, 2000, p. 185).

No Brasil, em especial após a repercussão midiática dos julgamentos e condenações recentes de agentes políticos envolvidos em corrupção, vem acontecendo algo semelhante ao que ocorre há tempos nos Estados Unidos. Determinadas autoridades judiciais ganharam o status de paladinos da moralidade, de maneira que o conteúdo de suas decisões foi transformado em verdadeiros dogmas jurídicos inquestionáveis.

Exemplo mais marcante talvez seja a imagem que se criou em torno do ex-juiz Sérgio Moro, responsável pela condução de processos que levaram a condenação de várias autoridades e ex-autoridades políticas, como a do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Tanto isso é verdade que, mesmo sem nunca ter manifestado a intenção de disputar qualquer cargo político eletivo nem ter qualquer experiência política, foi o mais popular dentre todos os ministros do atual presidente, sendo o seu nome visto como um candidato fortíssimo para a próxima eleição presidencial (SILVA, 2019).

Ao que parece, portanto, o poder criativo e concretizador de princípios constitucionais dotados de alta carga valorativa, típicos do neoconstitucionalismo, associado à figuratização de magistrados como paladinos da moralidade são ao mesmo tempo o motivo e o resultado da substituição da figura do pai na formação do superego de uma "sociedade órfã", como a brasileira, sendo talvez exatamente esta a razão porque as decisões de alguns setores do Judiciário brasileiro ou de alguns magistrados sejam vistas como absolutamente inquestionáveis, mesmo quando se extrapolam os limites criativos permitidos pela Separação de Poder.

São muitos e de toda a ordem os exemplos[18] em que o judiciário brasileiro anula leis forjadas pelo Poder Legislativo, cria preceitos

[18] Entre outros: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, em que o STF, após reconhecer a mora do Legislativo, entendeu por enquadrar os atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT como tipo penal definido na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, em que o STF reconheceu como não recepcionado pela CRFB/88 o crime de aborto, quando a interrupção da gravidez diz respeito a feto anencéfalo; Recurso Extraordinário (re) nº 657718, em que o STF permitiu, mediante condicionantes por ele próprio criadas, que medicamentos não autorizados pela Anvisa fossem fornecidos pelo SUS.

normativos ou determina políticas públicas, sem que haja um maior (ou pelo menos na mesma intensidade do que acontece durante a tramitação das leis) questionamento da sociedade civil sobre o seu ativismo ou sobre eventuais violações de competências institucionais dos demais poderes.

Ao contrário, quando as mesmas políticas públicas ou leis tramitam no seio de competência dos demais poderes, o que se vê é um processo de fortíssimo debate público, conciliações impossíveis e sensação de inconformismo[19], justificados em parte pela ausência de status de superego social do Legislativo e Executivo.

É nesse sentido que o capítulo seguinte será destinado à análise da possível descriminalização do porte de drogas – RE nº 635.659/SP – pelo STF à luz do ativismo judicial, julgamento este que, pelo teor dos votos até então proferidos pelos ministros, encontra-se carregado de ativismo judicial e de conteúdo extremamente criativo sustentado em justificativas inclusive pragmáticas e extrajurídicas. Para tanto será examinado o voto oral de autoria do ministro Luís Roberto Barroso, o qual se esboça como o mais característico, dentre todos, do poder criativo que o STF vem tomando para si nos últimos tempos, inclusive valendo-se de princípios e justificativas existentes apenas na sua própria jurisprudência, exemplificando a postura mais ativista que nossa Corte Constitucional vem ganhando.

5 ATIVISMO JUDICIAL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

O presente capítulo tem como objetivo analisar a iminente descriminalização pelo STF, à luz do ativismo judicial, do crime de porte de drogas para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Para tanto, e considerando as próprias limitações deste trabalho, foi escolhido o voto oral do ministro Barroso (2015), o que se fez precipuamente pelas seguintes razões: é um estudioso do ativismo judicial, possuindo diversos artigos publicados, inclusive alguns utilizados neste trabalho; a fundamentação do voto está repleta de justificativas extrajurídicas e de dimensionamento de princípios fundamentais, o que indica fortíssimo ativismo judicial; foi idealizada no voto presunção para o enquadramento do porte de drogas não previsto na legislação, o que é indicativo de criacionismo judicial; propõe-se no voto alteração do tratamento Estatal dispensado ao usuário de drogas, o que é indicativo de substituição da política pública oficial por outra escolhida pelo Poder

[19] Entre outros, cite-se a reforma da previdência dos militares, que teve grande repercussão midiática e criou sensação de inconformismo inclusive em setores vinculados à própria presidência, idealizadora da reforma. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/reforma-previdencia-militares-causa-insatisfacao-pracas-bolsonarismo. Acesso em: 24 de dez. de 2019.

Judiciário; à época da prolação do voto, a mídia dispensou grande repercussão às anotações realizadas por Barroso, tendo havido grande comoção social sobre o tema. Isso indica como os paradigmas morais da sociedade são influenciados pelas manifestações de nossa Suprema Corte, o que ratifica o fenômeno identificado por Ingeborg Maus do Judiciário como substituto da figura do pai na formação do superego do indivíduo em um modelo de "sociedade órfã"; por fim, como o julgamento ainda não terminou, faltando ainda manifestações de quatro ministros, não se sabe como ficará a tese definitiva quanto ao tema.

As dezesseis páginas das anotações para o voto oral do ministro Barroso são divididas em nove capítulos, donde são traçados desde um histórico do combate às drogas mundo afora até fundamentos pragmáticos para a descriminalização do uso de drogas.

No capítulo IV, das anotações do voto, são traçadas justificativas de pragmatismo para a descriminalização, enquanto que no capítulo VI, são esboçadas as justificativas jurídicas.

As justificativas pragmáticas estão identificadas da seguinte forma: fracasso da política atual de combate ao tráfico de drogas. Segundo o ministro, ao invés de reduzir a produção e comercialização de drogas, a atual política de repressão permitiu a criação de um mercado negro e o fortalecimento do crime organizado, além de potencializar a criminalidade associada ao tráfico, como, por exemplo, o tráfico de armas. Ressalta-se que, ao contrário do consumo de drogas ilícitas, o consumo de tabaco encontra-se em decréscimo, o que indica que políticas públicas de informação e advertência do uso provocam resultados melhores do que a simples criminalização.

Uma segunda justificativa de pragmatismo consistiria em que o modelo criminalizador e repressor tem como consequência aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Se não bastasse o custo financeiro para o Estado (cada preso custa em média R$ 2.000,00/mês), o custo social também é elevadíssimo. Jovens primários saem da cadeia mais perigosos, sendo que o índice de reincidência de condenados por estes tipos de crimes chega a 70%.

Por fim, é lembrado que, no atual modelo, a questão da saúde pública é encarada de maneira secundária em relação às políticas de segurança e à aplicação da lei penal. O orçamento voltado à repressão penal drena recursos que deviam ser utilizados em políticas de repressão, educação e tratamento de saúdo do usuário.

A conclusão a que chega o ministro Barroso é no sentido de que a política atual repressiva vem causando mais mal do que benefícios, especialmente no que diz respeito à população mais pobre.

No que diz respeito às justificativas jurídicas, na perspectiva do entendimento do ministro Barroso, a criminalização do porte de drogas

viola pelo menos três princípios fundamentais previstos na CRFB/88. Por decorrência, há a necessidade de o ministro concretizar, primeiro, a dimensão do princípio utilizado para, em seguida, tentar demonstrar de que forma a criminalização corresponde a uma violação do direito fundamental forjado em tal princípio.

Inicia lembrando que a intimidade e a vida privada, dimensões da privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X, da CRFB/88. Defende, nesse sentido, que a privacidade é o espaço da vida individual imune a interferências externas de qualquer outra pessoa ou do próprio Estado. Os hábitos pessoais, mesmo que fujam da moralidade média, entre eles o de consumir droga, quando não causam violação a direitos de terceiros, devem ser respeitados, não podendo ser considerados ilícitos penais.

O segundo fundamento jurídico diz respeito à violação da autonomia individual. Como decorrência do *princípio da dignidade da pessoa humana*, a autonomia individual corresponde à garantia do indivíduo de fazer suas escolhas existenciais de acordo com as suas concepções pessoais daquilo que é positivo ou negativo. A autonomia somente pode ser limitada pelo Estado para proteção de outros direitos de terceiros ou de valores sociais. Conclui que o hábito de fumar maconha, em ambiente privado, é incapaz de violar direitos de terceiros ou de valores sociais, motivo pelo qual não pode ser reprimido pelo Estado.

O último fundamento jurídico seria no sentido de que a criminalização do porte de drogas violaria o princípio da proporcionalidade, entendido este como limitador das restrições a direitos fundamentais. Segundo Barroso, em matéria penal, a proporcionalidade englobaria a lesividade da conduta incriminada, vedação de excessos e proibição da proteção deficiente.

Quanto à dimensão da necessidade, do proveito da medida restritiva e adequação da restrição, os números demonstram que a política da criminalização da conduta não vem sendo eficaz, até porque o consumo vem aumentando. A política adotada é inadequada à proteção do bem jurídico protegido: saúde pública.

Quanto à lesividade da conduta criminosa, entende o ministro que o ato de consumir drogas é incapaz de causar qualquer violação a bem jurídico alheio, motivo pelo qual não pode ser considerado crime.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a relação de custo e benefício da criminalização da conduta, o que se tem de realidade é que o custo social e financeiro ao Estado e à sociedade supera em muito os benefícios. Os resultados obtidos até agora são o aumento da criminalidade, encarceramento de jovens pobres, abarrotamento do sistema carcerário e aumento do consumo de drogas.

Por todos esses motivos jurídicos e extrajurídicos, o ministro entende pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e por arrasto também do seu § 1º, que se refere ao cultivo, semeadura e colheita de plantas destinadas à preparação de drogas para consumo próprio.

O voto do ministro vai além, e utilizando-se de critérios estabelecidos no Uruguai, propõe a fixação de um critério quantitativo objetivo (diga-se não fixado em nenhuma lei nacional) para a presunção do porte de drogas. Assim, fixa a quantidade de seis plantas fêmeas como parâmetro a ser seguido como presunção para fins de enquadramento de quem, para consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe planta destinada à preparação de substância ou produto capaz de causar dependência química, e de 25 gramas como presunção daquele que porta drogas para consumo próprio.

Como se pode perceber, o ativismo judicial manifestado no voto do ministro Barroso é latente. A fundamentação exarada para concluir pela inconstitucionalidade do art. 28, e seu parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, não se baseia em nenhuma eventual incompatibilidade com qualquer regra constitucional.

Antes, se dá pela opção do Poder Judiciário quanto à melhor proposta de política pública a ser tomada para o combate do aumento do consumo de drogas. Ao modo de ver do ministro, a atual política de combate ao consumo de drogas é dispendiosa e ineficaz.

Há uma verdadeira substituição do critério adotado pelo Poder Executivo e Legislativo no combate às drogas (inclusive há várias críticas da canalização de recursos públicos neste sentido) para a política pública que o ministro entende por mais adequada, baseada em prevenção, orientação e tratamento dos dependentes químicos.

Ao que parece, diante da renitência dos Poderes Executivo e Legislativo em implementarem política pública eficaz para a diminuição do consumo de drogas, insistindo na repressão penal em face do consumidor, de resultados sabidamente desastrosos para o orçamento estatal e para a sociedade como um todo, mas politicamente menos desgastante, o Poder Judiciário, como última trincheira, assume função que lhe foi garantida pela CRFB/88 e, em claro exemplo de ativismo, e baseado em simples pragmatismo, reconhece seu desacerto e afasta do sistema jurídico brasileiro norma absolutamente anacrônica aos fins a que se propõe: o combate ao uso de droga.

O ativismo judicial do voto analisado também pode ser observado nos próprios critérios jurídicos utilizados para a declaração de inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso próprio. A incompatibilidade não se deu em razão de violação a qualquer regra prevista no texto constitucional. Antes, fixou-se um desalinho da norma legal em razão de direitos fundamentais forjados como princípios constitucionais, cujos conteúdos encontram-se dimensionados apenas no

voto do ministro ou da própria jurisprudência da Corte Constitucional. A ordem de valores, portanto, utilizada para o reconhecimento da inconstitucionalidade da política pública/lei adotada tem seu conteúdo fixados sobremaneira dentro do espaço reconhecido pela Corte.

O voto analisado, portanto, em clara demonstração de ativismo, corretamente dimensionou valores constitucionais e os reconheceu como paradigmas a serem observados pela legislação sob sua análise. Dessa forma, justificou a invalidade e, por conseguinte, declarou a nulidade e o afastamento do sistema jurídico de norma incompatível apenas à dimensão constitucional de valores estabelecidos na Constituição e pela Suprema Corte reconhecidos.

Por outro lado, levando-se em consideração a renitência dos demais Poderes em tomar para si a responsabilidade pela proteção de bens jurídicos pertencentes a grupos minoritários, no caso, usuários e viciados em drogas, também corretamente, mas usando justificativas pragmáticas, reconheceu como ineficiente e não adequada a valores constitucionais a política pública de repressão às drogas e de ostracismo social forjada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse caso, portanto, o ativismo judicial se deu dentro dos limites impostos pela CRFB/88, excluindo-se do sistema jurídico nacional política pública dispendiosa de dinheiro público consistente em dispositivo penal de criminalização do usuário de drogas em verdadeiro anacronismo a valores fundamentais tão caros à nossa sociedade.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade inicial apresentar a evolução histórica do *princípio da separação dos poderes* e como a influência do modelo constitucional estadunidense nos países de tradição romano-germânica associado ao reconhecimento dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores sedimentada no TFC alemão no famoso caso *Luth* vêm trazendo mudanças importantes na perspectiva do Poder Judiciário como também concretizador de valores e de políticas públicas estabelecidos constitucionalmente.

Nesse contexto, registrou-se a importância do fenômeno denominado de "ativismo judicial" como emanação mesmo das novas responsabilidades quanto à concretização de políticas públicas e proteção de direitos fundamentais atribuídas ao Poder Judiciário.

Defendeu-se que o deslocamento de direitos fundamentais sociais carecedores de uma atuação positiva para efetivação para nível Constitucional acabou por potencializar ainda mais o protagonismo judicial, mormente se considerarmos que, em regra, foram fixados através

de princípios de baixa densidade semântica, carecedores de dimensionamento por parte do Poder Judiciário, em especial, do STF.

Apresentadas tais ideias centrais, refutou-se uma a uma as principais críticas que se vêm sendo feitas ao ativismo judicial, neste trabalho encarado como consequência lógica das novas funções atribuídas ao poder Judiciário pela CRFB/88.

Em seguida, fora defendido que o ativismo judicial vem sendo recepcionado de forma pouco crítica pelo cidadão, sendo que as decisões judiciais criadoras de políticas públicas ou de dimensionamento de valores não são, em regra, questionadas. Isso porque, nos últimos anos, o Judiciário passou a substituir a figura do pai, na formação do superego dos indivíduos, o que acaba, por consequência, por gerar uma imunidade à crítica a respeito do conteúdo da produção judiciária, o que não acontece nas decisões tomadas pelos demais Poderes.

Por fim, registrou-se, a partir da fundamentação utilizada no voto do ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do RE nº 635.659/SP, que a iminente descriminalização do porte de drogas para consumo próprio é resultado de forte ativismo judicial implementado pelo STF, donde o Judiciário se utiliza de concretização de direitos fundamentais e de incompatibilidade da política pública adotada no combate às drogas como justificativas para declarar a incompatibilidade do crime previsto no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 com a CRFB/88.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. **Publicidade abusiva e proteção do consumidor idoso**. São Paulo: Atlas. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Interesse público,** Belo Horizonte, n. 59, jan./fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388 Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659/SP**. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio: anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão

geral reconhecida. Relator: Min. Gilmar Mendes, [9 de março 2012?]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf. Acesso em: 21 dez. 2019.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O constitucionalismo social: a Constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. *In:* **Lições de direito constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros**. Campinas: Milennium Editora, 2007, p. 27-70.

BATES, Ernest Sutherland. **The story of the Supreme Court**. New York: Charter Books, 1963.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

Brasil. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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 ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718/MG**. Direito constitucional. Recurso extraordinário com repercussão geral. Medicamentos não registrados na Anvisa . Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026. Acesso em: 10 mar. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

FEIO, Thiago Alves. **Precedentes vinculantes, ativismo judicial e (in)segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GUEDES, Maurício Pires. A separação de poderes e a função judiciária em John Locke, Montesquieu e Hamilton, Madison e Jay. **Revista de Teorias e Filosofia do Estado**. Belo Horizonte, v. 1, n. 2. p. 36-53, jul./dez. 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Yale University Press, 2009.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **A primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade**. Belém: Escola Superior da Magistratura do Pará, 2005.

KÜBLER, Friedrich. Lüth: eine sanfte Revolution (BVerfGE 7, 198 ff.). **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, v. 83, n. 3/4, p. 313-322, 2000.

LIMA, Andréa Pereira. O modelo estrutural de Freud e o cérebro: uma proposta de integração entre a psicanálise e a neurofisiologia. **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo**,** v. 37, n. 6, p. 280-287, 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Revista Novos Estudos**, n. 58, p. 183-202, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa,** v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da república Alemã de

1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista do Senado,** Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. **Am. L. Rev.**, v. 44, p. 12, 1910.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional:** fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Benedito da. Lula é o principal nome da esquerda contra Bolsonaro em 2022. **Veja**, 18 out. 2019. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/pesquisa-veja-lula-bolsonaro-2022. Acesso em: 24 dez. 2019.

VERBICARO, Loiane Prado**. Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de janeiro: Lumem Juris, 2017.

Recebido em: 9/6/2020.
Aprovado em: 10/3/2022.

Elísio Augusto Velloso Bastos
Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Professor de Direitos Humanos e de Teoria Geral da Constituição (Graduação) e de Teoria da Constituição do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).
Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais.
Procurador do Estado do Pará.
Advogado.
E-mail: elisio.bastos@uol.com.br.

Carlos Gustavo Chada Chaves
Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA).
Juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
E-mail:carloschaves1980@uol.com.br.