



A (I)LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECIDIR SOBRE A DECRIMINALIZAÇÃO DO USO RECREATIVO DE DROGAS

THE (II)LEGITIMACY OF THE SUPREME FEDERAL COURT TO DECIDE ON THE DECRIMINALIZATION OF RECREATIONAL DRUG USE

1. Deborah Dettmam; 2. Jucélia de Sousa Miranda.

1.  <https://orcid.org/0000-0002-8478-5495> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UNB e Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPI.

2.  <https://orcid.org/0000-0003-1447-6651> Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito (*Strictu Sensu*) da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na área de concentração Direito, Democracia e Mudanças Institucionais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi. Assessora Jurídica.

DOI: 10.5281/zenodo.16930434.

Recepção: 24/03/2025

Aprovação: 30/07/2025

RESUMO

É certo que o fenômeno da judicialização de políticas públicas tem tomado grandes proporções, pois o Supremo Tribunal Federal - STF tem sido acionado para decidir inúmeras questões fundamentais determinantes na vida dos cidadãos. Entretanto, o alargamento da judicialização tem ocasionado reações do legislativo e um desgaste entre o judiciário e legislativo. O presente trabalho analisou a legitimidade do STF para decidir sobre a (in)constitucionalidade da criminalização da posse de drogas ao uso recreativo no controle de constitucionalidade à luz da teoria da separação de poderes. Para tanto, discutiram-se as teorias da separação de poderes de Montesquieu e Rousseau, abordou-se a atribuição do poder de veto concebida pelos federalistas na Constituição dos Estados Unidos da América e analisou-se a atuação do judiciário, mormente com o advento do *judicial review*, alvo de debate entre constitucionalistas. Para concretizar esses objetivos foram selecionadas fontes





ARTIGO

relevantes, foi realizada abordagem hipotético-dedutivo, foram utilizadas fontes primárias e secundárias com apoio da análise de conteúdo, qualitativa e interpretativa. A pesquisa demonstrou que a decisão do STF está em desconformidade com as concepções de Montesquieu e Rousseau.

Palavras-chave: Separação de Poderes; Supremo Tribunal Federal; Legitimidade; Uso de drogas.

ABSTRACT

It is true that the phenomenon of judicialization of public policies has taken on large proportions, since the Federal Supreme Court (STF) has been called upon to decide countless fundamental issues that determine the lives of citizens. However, the expansion of judicialization has caused reactions from the legislature and a friction between the judiciary and the legislature. This paper analyzed the legitimacy of the STF to decide on the (un)constitutionality

INTRODUÇÃO

Estudos apontam (Hirschl, 2006; Brito, 2010; Fonseca, 2021) que nos últimos anos houve uma transferência de poder de instituições representativas para tribunais. A imprensa tem noticiado a tomada de decisões sobre questões políticas centrais da comunidade. Decisões como essas são embasadas na compreensão de que os tribunais seriam o fórum adequado para a tomada de decisões, decidem mais rápido e/ou que os tribunais podem e devem dar a última palavra.

De fato, após a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e o surgimento da revisão judicial, o judiciário começou a ganhar destaque. Isso eliminou a ideia antiga de que o

of the criminalization of drug possession for recreational use in the review of constitutionality in light of the theory of separation of powers. To this end, the theories of separation of powers of Montesquieu and Rousseau were discussed, the attribution of the veto power conceived by the federalists in the Constitution of the United States of America was addressed, and the performance of the judiciary was analyzed, especially with the advent of judicial review, a subject of debate among constitutionalists. To achieve these objectives, relevant sources were selected, a hypothetical-deductive approach was carried out, and primary and secondary sources were used with the support of content, qualitative and interpretative analysis. The research demonstrated that the STF's decision is at odds with the concepts of Montesquieu and Rousseau.

Key-words: Separation of Powers; Federal Court of Justice; Legitimacy; Use of drugs.



judiciário era um órgão nulo que não ameaçava o Estado e o império da lei. E mais, levou teóricos modernos a temerem o arbitramento do poder judiciário.

A teoria da separação dos poderes, que diz respeito à separação das funções de legislar, executar a legislação e julgar conflitos, mediante a atribuição dessas funções a pessoas ou componentes estatais diferentes, surgiu a partir do medo do arbítrio no exercício do poder e foi adotada por diversos países, inclusive pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A relação entre o judiciário e legislativo em muitos países é caracterizada por uma certa dose de conflito. Esses dois poderes desempenham funções diferentes na governança e, ocasionalmente, suas atribuições podem entrar em choque, gerando tensão e disputas. No Brasil, não é diferente. O STF não raro suspende a aplicabilidade e declara a inconstitucionalidade de decisões políticas do legislativo que costumeiramente são tomadas após debate público e sanção presidencial.

No caso específico da criminalização de condutas imediatamente anteriores ao uso recreativo de drogas, sequer há omissão de responsabilidade política e de poder pelo legislativo, pois há a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Trata-se de lei penal em branco que é colmatada por ato do executivo em sentido amplo, mais especificamente o conceito de drogas é delineado por ato normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

No ponto, o STF, apreciando o Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506), decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que criminaliza quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar e será submetido à algumas penas (Brasil, 2006).

Diante do trâmite do Recurso Extraordinário (RE) 635659 o senado aprovou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 45/2023 que insere no art. 5º da Constituição



Federal o seguinte inciso de nº 80 que prevê que “*a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”.

Entrementes, sem adentrar no conceito de drogas ou diretamente no mérito da inconstitucionalidade ou não da criminalização de condutas antecedentes ao uso recreativo de drogas, analisar-se-á a legitimidade do STF para decidir sobre tal política enquanto poder judiciário com base nas contribuições teóricas que dão sustentáculo a teoria da separação de poderes.

Nesse cenário é que se avaliará a legitimidade do STF para decidir sobre a (in)constitucionalidade da criminalização de condutas antecedentes ao uso recreativo de drogas à luz da separação e poderes. Para tanto, se discutirá as teorias da separação de poderes de Montesquieu e Rousseau porque o primeiro descreveu uma teoria de equilíbrio horizontal, vez que o legislativo seria freado pelo rei (integrante do legislativo), pelos nobres e pelo povo (órgãos do legislativo) e o segundo defendeu uma teoria vertical desses poderes, na qual os poderes estavam subordinados à soberania popular. Em seguida, abordar-se-á a atribuição do poder de veto concebida pelos federalistas na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Ato contínuo, analisar-se-á a atuação do poder judiciário, mormente com o advento do *judicial review*, alvo de críticas entre constitucionalistas, para decidir a questão política fundamental da criminalização de condutas antecedentes ao uso recreativo de drogas. Para concretizar estes objetivos será realizada abordagem hipotético-dedutivo e serão utilizadas fontes primárias e secundárias com apoio da análise de conteúdo.

1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES PARA MONTESQUIEU E ROUSSEAU

No Livro XI da obra o Espírito das Leis, Montesquieu (2000, p. 166-167) sustentou que a verdadeira liberdade consiste na liberdade política, na qual todos vivem sob a égide de



leis, que devem ser obedecidas por todos, inclusive pelos governantes e que tal liberdade só existe quando não há abuso de poder e nos governos moderados.

Nessa esteira, Montesquieu (2000, p. 167-168) defendeu a divisão de poderes e que o poder fosse limitado por outro poder (freios e contrapesos) com o objetivo de que não houvesse abuso de poder (tirania). Nesse sentido, colhe-se o seguinte excerto da tese de Dettmam:

A tirania, para Montesquieu, era um risco que poderia acometer o legislativo e o executivo, já que o poder de judiciário era, em suas palavras, de algum modo nulo. Para evitar a tirania do executivo, haveria o legislativo para lhe fazer frente. Para evitar a tirania do legislativo, Montesquieu, em momento algum, concedeu poder ao judiciário. O poder regulador do corpo legislativo seria contrabalanceado por três potências sociais expressas na constituição mista: o rei, os nobres e o povo. O monarca participaria tanto do poder executivo quanto do poder legislativo, mas cumprindo papéis distintos.⁸⁵ No poder legislativo, exerceria a faculdade de impedir, semelhante ao poder de veto dos tribunos da plebe, enquanto que a faculdade de estatuir (ordenar ou corrigir por si próprio) seria concedida à assembleia. Nobres e povo formariam o órgão legislativo, contudo, o rei integraria o poder legislativo.⁸⁶ Se o executivo não pudesse de forma alguma controlar os empreendimentos do Parlamento, fosse pelo *Royal assent*, pela dissolução do Parlamento ou pela determinação da pauta de sua convocação, o legislativo acabaria tornando-se despótico, atribuindo a si todo o poder que pudesse imaginar e anulando todos os outros poderes (2017, p. 42-43).

Como se nota, Montesquieu asseverou que é preciso que além da separação de poderes haja a distribuição desses poderes em pessoas ou grupo de pessoas distintos, sob pena daquele que o concentra torna-se despótico.

É nesse contexto que Montesquieu (2000, p. 167-168) reconheceu a existência de três poderes, sendo um exercido pelo legislativo e dois deles pelo executivo. O legislativo exerce o poder de criar, corrigir ou anular leis. O executivo em uma de suas funções estabelece a segurança, a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, previne invasões e na outra função julga e aplica penas, que atualmente é atribuída ao poder judiciário.

Para Montesquieu (2000, p. 168) não existia liberdade se o poder de julgar não fosse separado do executivo e do legislativo, pois se o poder de julgar estivesse unido ao poder legislativo os julgamentos seriam arbitrários em razão do juiz ser legislador e se o poder de julgar estivesse junto ao executivo, o juiz teria a força de um opressor.



Além disso, Montesquieu (2000, p. 172) afirmava que a função de julgar era invisível e nula considerando a ausência de poder de veto do poder judiciário, a denotar que os três poderes não dispunham de igualdade como atualmente lhes são atribuídas. Esse menor relevo do poder judiciário decorria da ausência da faculdade de impedir.

É digno de nota que Montesquieu (2020, p. 169) esquadrihava que o poder de julgar devia ser composto por pessoas comuns do povo, com atividades temporárias de acordo com a necessidade do caso e que decidissem da maneira descrita na lei, bem como que os juízes pudessem ser escolhidos em grandes casos ou pelo menos que haja possibilidade de rejeição de alguns juízes para que os que restem sejam tidos como de sua escolha, à semelhança de como ocorre no Tribunal do Júri.

Sobre a teoria de separação de poderes de Montesquieu, Maus (2010, p. 199) asseverou que ele divide a soberania, no qual o legislativo e o executivo devem cooperar entre si para inibir a faculdade de impedir; e a liberdade do povo para Montesquieu é assegurada pelo equilíbrio horizontal desses poderes, que mais tarde será considerada *checks and balances* de forma pura e simples.

Noutra quadra, Rousseau (1999, p. 20), na obra *Do Contrato Social*, aduziu que a conservação dos indivíduos estava ameaçada pelo estado de natureza em razão da força que cada indivíduo poderia utilizar para a sua própria defesa e para a defesa de seus direitos/interesses e, por isso, o estado primitivo não poderia mais subsistir.

Assim, Rousseau (1999, p. 20-22, 45) asseverou que a união e a direção das forças existentes, bem como o consentimento dos indivíduos faz surgir o contrato social, regido pela vontade geral, de modo que violado o contrato social os indivíduos retornam ao estado primitivo e perdem a liberdade convencional.

A vontade geral do povo se constitui na lei, de maneira que se a vontade não for geral, ela não existe (Rousseau, 1999). A mediação entre os interesses particulares e os interesses comuns dá origem à vontade geral, que “*é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública (...)*” (Rousseau, 1999, p. 37).



Para Rousseau (1999, p. 22, 34-35) a associação dos indivíduos produz um corpo social e coletivo, conhecido por soberano que é indivisível e inalienável, mas seus objetivos podem ser divididos em força e vontade correspondente ao poder executivo e legislativo, respectivamente. Rousseau defendia a indivisibilidade da soberania e que a soberania estava integralmente no legislativo:

Mas, não podendo dividir a soberania em seu princípio, nossos políticos a dividem em seu objeto; eles a dividem em força e vontade, em poder legislativo e poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de negocial com o estrangeiro; ora confundem todas essas partes, ora as separam. Fazem o soberano um ser fantástico, formado de diversas entremeadas, tal como se formassem o homem de vários corpos, um dos quais tivesse olho, outro braços, outro pés, e nada mais (1999, p. 35).

Nessa linha, Dettmam pontuou a diferença entre a teoria de Montesquieu e de Rousseau consistente no sistema da divisão de poderes. Colaciona-se:

Já reconhece, igualmente, que a soberania do povo é indivisível, pois o poder legislativo é indivisível. O governo, por sua vez, é o exercício legítimo do poder executivo. Com isso, infere-se que uma das diferenças de Rousseau para Montesquieu é que, quando Rousseau menciona a divisão do governo, ele está se referindo à divisão do poder executivo, pois o legislativo, além de ser indivisível, é também indelegável. Ele define o legislativo como vontade, o executivo como força. O governo, assim, é criado por um ato complexo que prevê o estabelecimento da lei pela vontade geral soberana e sua execução pelo executivo (2017, p. 56).

Percebe-se que para Montesquieu a divisão de poderes era horizontal, pois repartida entre o legislativo - formado pelos nobres e pelo povo - e o rei que também compunha o poder legislativo e detinha a faculdade de impedir, enquanto para Rousseau o sistema de separação de poderes era vertical, pois o soberano subordinava todos os poderes, sendo o legislativo indivisível e indelegável e o executivo divisível.

Então, a base da teoria de Rousseau era a soberania popular, pois subordinava todos os poderes, razão pela qual era considerada uma teoria vertical, incompatível com a teoria do equilíbrio horizontal de Montesquieu, considerada uma teoria horizontal (Maus, 2010).

Nessa quadra, demonstradas as concepções da separação de poderes de Montesquieu e de Rousseau, urge analisar a atribuição do poder de veto para o poder judiciário na Constituição estadunidense de 1787.



2. A DIVISÃO DE PODERES E O PODER DE VETO AO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DE 1787

Madison, Morris e George Mason defenderam a criação de mecanismos de contenção em razão do medo da tirania do legislativo. Eles afirmaram que cada um dos poderes, incluindo o judiciário, deveria ter meios para se proteger contra a ingerência de outro, especialmente do legislativo (Dettmam, 2017, p. 76-77). Assim, após as discussões para ratificação da Convenção da Filadélfia, deu-se lugar a atribuição do poder de veto ao poder judiciário, que até então era considerado um poder fraco (Madison, p. 295).

Os antifederalistas (1982, p. 286) asseveravam que a atribuição do poder de veto ao poder judiciário violava a teoria da separação dos poderes de Montesquieu; temiam que os poderes extensos atribuídos ao poder judiciário deturpassem a dignidade de seus membros, de maneira a englobar inclusive todos os poderes das cortes estaduais:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será invertido em uma Suprema Corte e em quantos tribunais inferiores o Congresso possa de tempos em tempos ordenar e estabelecer. Os poderes de tais tribunais são bastante extensos; sua jurisdição compreende todas as causas civis, exceto aquelas que surjam entre cidadãos do mesmo estado; e se estendem a todos os casos de Direito e de equidade em conformidade com a Constituição. Ao menos uma corte inferior deverá ser estabelecida, eu presumo, em cada estado, com os necessários oficiais operativos a ela vinculados. É fácil perceber que no próprio decorrer do processo, essas cortes eclipsarão a dignidade e tomarão a respeitabilidade das cortes estaduais. Essas cortes serão, em si mesmas, totalmente independentes dos estados, derivando sua autoridade dos Estados Unidos e recebendo destes salários fixos; e no curso dos eventos humanos acabarão engolindo todos os poderes das cortes dos respectivos estados (Vitullo; Cunha Filho, 2020, p. 98).

Contudo, Madison (1982, p. 293) defendeu que a divisão de poderes proposta por Montesquieu apenas impedia que uma parte do governo exercesse poder sobre o outro, não exigindo, portanto, que os poderes fossem totalmente separados.

Por seu turno, Dettmam (2017, p. 78-79) asseverou que a intenção de Madison ou Hamilton foi compensar a fraqueza do judiciário, contudo ao assim proceder “*sujeitaram a lei à justiça e não a justiça à lei*”, como proposto por Montesquieu.



Por sua vez, Maus (2010, p. 199) aduziu que os federalistas compreenderam de modo diverso a ideia de Montesquieu de que um juiz não poderia ser o legislador e juiz simultaneamente e atribuíram ao judiciário o poder de veto.

Nesse contexto, os federalistas deram origem ao *judicial review* nos Estados Unidos, que se espalhou para diversos países, a exemplo do Brasil. A atribuição de poder ao judiciário culminou em sua expansão, passando pela atuação como legislador negativo até chegar na atuação de legislador positivo (Dettmam, 2017, p. 108-109).

É nesse quadro que se examinará a separação de poderes vigente no Brasil desenhada na Constituição Federal de 1988 ainda que em linhas gerais, bem como as concepções da judicialização e do ativismo judicial.

3. A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, de 5 de outubro de 1988, instituiu que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º). Para alguns autores, a ordem da disposição de tais poderes não é aleatória, de modo que ao apontar primeiramente o legislativo já seria um indicativo de sua sobreposição decorrente da representação popular.

A edição de atos normativos (art. 59) e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos demais poderes (art. 70) é tarefa principal do poder legislativo, representado pelo Congresso Nacional, cujas criações legislativas necessitam de sanção presidencial (art. 48) e outras não (art. 49), da mesma forma que as competências atribuídas à Câmara dos Deputados (art. 51), composta de quinhentos treze membros, e ao Senado Federal (art. 52), composto por oitenta e um membros, que compõem o Congresso Nacional (Brasil, 1988).

Já o poder executivo é exercido pelo Presidente da República (art. 76), detentor do mandato de quatro anos (art. 82), responsável no plano interno por exercer “a direção superior



ARTIGO

da administração federal” (art. 84, II) e no plano internacional por “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” (art. 84, VII) e “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII), a quem incumbe “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (art. 84, IV), sendo-lhe atribuído o poder de veto (art. 84, V), com a possibilidade de vetar projetos de lei, total ou parcialmente, que serão apreciados em sessão conjunta do Congresso Nacional (art. 66), que poderá apreciar o veto e rejeitá-lo pela maioria absoluta de seus membros (Brasil, 1988).

O poder judiciário é exercido, dentre outros órgãos, pelo STF (art. 92), integrado por onze ministros, escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (art. 101). Ao STF incumbe a guarda da Constituição, com a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”), inclusive por omissão (art. 102, I, “q”). Também cabe ao STF processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, “b”), e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros e membros dos Tribunais Superiores, dentre outros (art. 102, I, “c”) (Brasil, 1988).

Prosseguindo, a judicialização decorre da arquitetura constitucional adotada (art. 5º, XXXV, da CRFB). O modelo de jurisdição única, que centraliza a pacificação de conflitos, o reconhecimento de direitos e o controle de constitucionalidade entre as funções do poder judiciário, ao lado de uma constituição pormenorizada, que institui vários direitos fundamentais, asseguram ao judiciário o poder de decidir rotineiramente sobre inúmeras questões (Barroso, 2009).

Por seu turno, o ativismo judicial está relacionado a atuação mais incisiva do judiciário com interferência nas funções dos demais poderes. Nesse sentido, Barroso descreveu:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se



ARTIGO

manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (2009, p. 14).

O próprio Barroso defendeu a observância de certo limite que deve balizar a atuação do judiciário a fim de evitar desorganização nas políticas públicas:

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui (2009, p. 20).

Logo, é inconteste que Barroso reconheceu a necessidade de autocontenção pelo poder judiciário na tomada de decisões em questões envolvendo políticas públicas.

Estabelecido em linhas gerais o desenho da separação de poderes na CRFB e a ideia conceitual de judicialização e de ativismo judicial, exsurge a necessidade de adentrar no ponto focal da presente pesquisa, que é analisar a legitimidade do STF para decidir sobre política de drogas enquanto poder judiciário com base nas contribuições teóricas que dão sustentáculo a teoria da separação de poderes.

4. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O PODER DE (DES)CRIMINALIZAR O PORTE E A POSSE DE DROGAS PARA USO RECREATIVO

A política pública antidrogas foi adotada pelo legislativo com a sanção do executivo – representantes do povo - após regular processo legislativo e amplo debate popular, por intermédio da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que criminaliza quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Brasil, 2006).





ARTIGO

Digno de nota que existem três correntes sobre a permissão ou não do uso de drogas. A corrente liberal prega que deve ser permitido o uso de qualquer substância. A corrente do uso assistido de droga defende que o uso de drogas como técnica de tratamento médico, encampada pelo Ministério da Justiça. Já a corrente restritiva prega que deve ser vedado o uso de drogas de qualquer quantidade e tipo, adotada pelo legislativo brasileiro (Kurkowski; Forni, 2018, p. 284-285).

Em linha gerais, pode-se dizer que o legislativo não se omitiu, criminalizando condutas antecedentes ao uso recreativo de drogas, segundo o mandado de criminalização do uso não autorizado de drogas instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XLIII. E mais, pode-se sustentar que não há omissão neste ponto, pois há liberação de uso de outros entorpecentes, a exemplo de bebidas alcoólicas e cigarros. Decerto, a escolha política adotada não é isenta de polêmica na comunidade. Há argumentos válidos para manter criminalização e para descriminalizar (Kurkowski; Forni, 2018, p. 296-298).

Por outro lado, pode-se sustentar que o legislativo se omitiu ao não descriminalizar o porte e a posse para uso de pequena quantidade de determinada(s) substância(s) e ao não definir o que seria essa pequena quantidade para fins de efetivar o direito à liberdade daqueles que desejarem fazer uso de substância(s) de tal natureza.

É nesse contexto que o STF analisou o RE nº 635659, com repercussão geral (Tema 506), e decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, fixando a seguinte tese:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);
2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;
3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados



ARTIGO

Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário”.

Como se nota, o STF decidiu descriminalizar o porte e a posse de até quarenta gramas de *cannabis sativa* ou de seis plantas-fêmeas até que o Congresso Nacional legisle sobre tais parâmetros. É nesse ponto em que se questiona: o que permite concluir que a decisão do STF, formado por um pequeno número de ministros não eleitos, supere a decisão de centenas de membros da Câmara dos Deputados e dezenas de membros do Senado Federal, mediante sanção do presidente eleito, que são representantes do povo?

De fato, o desenho institucional brasileiro não permite que o STF deixe de apreciar a questão, pois foi instado como última instância revisora (art. 102, inciso III, da Constituição Federal).

No entanto, para Rousseau (1999, p. 129) seria inconcebível tal decisão pelo judiciário, dado que se trata de questão política fundamental da comunidade, que exige consentimento da maioria (pacto social), delegado ao legislativo que representa a soberania popular e direciona o corpo político. O autor defenderia a manutenção da criminalização do porte de drogas para uso pessoal ao afirmar que a decisão do STF seria prematura:

Há para as nações, assim como para os homens, um tempo de maturidade que é preciso aguardar antes de submetê-las às leis; mas a maturidade de um povo nem



ARTIGO

sempre é fácil de reconhecer, e, se for antecipada, a obra aborta. Tal povo é disciplinável ao nascer, outro não o será ao cabo de dez séculos (1999, 55).

Entrementes, como apontou Dettmam (2017, p. 68) Rousseau não explicou como sua teoria seria aplicada em países com grande número de cidadãos como é o caso do Brasil, bem assim aduziu que é um problema definir o que a nação deseja de fato.

Já para Montesquieu (2000, p. 168) seria impensável o poder judiciário se imiscuir em questões referentes a vida e a liberdade do povo cuja atribuição é do legislativo, sob pena do juiz ter a força de um opressor. Assim, Montesquieu (2000, p. 169) defendeu um poder judiciário independente, mas não igual ao legislativo e sim um judiciário invisível e sem relevância (nulo).

Por seu turno, Kurkowski e Forni (2018, p. 291) asseveraram que ao analisar tal assunto o STF está se imiscuindo em questão política já posta pelo legislativo com o objetivo de conferir-lhe justiça, não observando a legislação do seu criador, posição que se coaduna com a lição de Montesquieu. Nessa esteira, os autores afirmaram que a mudança é contrária à política pública adotada pelo legislativo:

Impõe-se, pela sua relevância, a seguinte observação. Qualquer que seja o parâmetro adotado pelo STF em relação à quantidade de droga para fins de caracterização do uso, a inclusão desse elemento quantitativo em lei formal ou em decisão judicial constitui medida contrária à política pública. [...] Coutinho, ao descrever o papel do direito como ferramenta para a política pública, pondera que ele deve conter flexibilidade, revisibilidade e manobra para experimentação e sedimentação de aprendizado⁵³. Ocorre que, se o índice quantitativo em questão for cristalizado em lei ou em decisão judicial, a sua revisão é assaz difícil, já que, para a lei, será necessário o concurso da maioria parlamentar e, para a decisão judicial, nada poderá ser feito, a não ser que uma nova causa seja apresentada ao STF, pois este, em razão do princípio da inércia da jurisdição e da própria coisa julgada, não pode, espontaneamente, rever decisão sua. Aliás, justamente por essa dificuldade da revisão do entendimento fixado em lei formal, Cláudio Couto sustenta o “caráter antidemocrático inerente à inclusão de políticas públicas num texto constitucional”⁵⁴. No mais, além da falta de discussão com a *policy community*⁵⁵ pelo STF quando ele altera ou impõe unilateralmente, mediante a cogência da sua decisão, a política sobre drogas, há um erro de argumento nos três votos já apresentados no Recurso Extraordinário n°. 635.659 ao supervalorizar a autonomia e a dignidade da pessoa humana. Os votos reconhecem a autonomia para permitir que o indivíduo realize uma conduta danosa contra si mesmo, o que representa verdadeiro contrassenso social, sob a perspectiva objetiva e comunitária dos direitos fundamentais (2018, p. 299).



ARTIGO

Como se infere, para reformular o parâmetro utilizado pelo STF se exigirá a reunião dos membros do Congresso Nacional para alterar a Lei de Drogas. Além disso, os autores asseveram que há dissenso social nos votos de alguns ministros que reconheceram a prevalência da autonomia e da dignidade da pessoa humana ao permitir a realização de conduta danosa contra si mesmo.

Por sua vez, Maus (2010, p. 7, 45-46, 51) defendeu que da mesma forma que o legislador não deve criar leis específicas que não sejam gerais e abstratas, o judiciário não deve redesenhar a lei durante a aplicação nos casos concretos. A decisão judicial não se legitima por silogismos consentâneos, mas por deferência à lei. No geral, o antipositivismo da decisão judicial e seu cumprimento resulta em uma situação em que o poder judiciário se autolegitima, é autorreferencial. A autora constatou que desde 1993 o poder judiciário aplica cláusulas gerais de modo favorável às próprias concepções do julgador, contrárias as leis da República.

Nessa esteira, Dettmam apontou alguns mecanismos que impediriam que o judiciário exceda seus poderes:

Para tanto, alguns instrumentos impediriam que o judiciário viesse a se transformar em um poder tirânico, padecendo dos mesmos males da supremacia legislativa. Ele não estaria próximo do povo, já que o povo sempre tenderia a concordar com o legislativo,²⁵³ teria o orçamento fixado por outros poderes, dependeria de outros poderes para dar cumprimento a suas decisões, seus membros poderiam sofrer *impeachment*, só poderiam declarar uma lei nula quando fosse *flagrantemente* inconstitucional,²⁵⁴ ou, ainda, seria vedado ao judiciário avaliar atos discricionários de outros poderes. Assim, um *judicial review* moderado seria responsável por harmonizar e assegurar a independência entre os poderes. Contudo, transcorridos mais de 200 anos, os limites elencados pelos federalistas para circunscrever o domínio do poder judiciário foram sendo removidos um a um, de forma crescente, fazendo com que o próprio Christopher Wolfe²⁵⁵ reconhecesse que o equilíbrio e a independência entre os poderes não foram alcançados, dando espaço à denominada supremacia judicial.[...] É viável supor que, algum dia, em algum momento, um parlamento ou assembleia possa editar uma lei contrária à constituição. Corrigir esse problema através da eleição de novos representantes, na melhor das hipóteses, faria com que a norma inconstitucional vigorasse por anos, quem sabe décadas, até que pudesse ser revogada por uma nova legislatura, supondo que a opinião pública se mobilizasse para esse fim (2017, p. 105-106).

Percebe-se que para Dettmam a decisão do STF padece de vícios, pois não se está diante de um caso de flagrante inconstitucionalidade e é vedado ao poder judiciário se imiscuir



no âmbito de discricionariedade do poder legislativo de definir a política pública referente as substâncias entorpecentes.

No ponto, Dettmam (2017, p. 140) alertou que Dworkin acreditava que o processo judicial não consegue resolver questões controversas como aborto ou pena de morte, com o risco de abalar a ideia de democracia majoritária.

Alguns poderiam apontar que a *accountability* social judicial poderia dar ao STF a legitimidade para decidir questões polêmicas. No entanto, Barbosa e Rodrigues (2020) apontam que tampouco a *accountability* social judicial dá ao judiciário um papel populista, mas o torna mais dialógico, promove a participação social equitativa e permite que o povo sinta sua participação na sociedade em que está inserido e embasa a tomada de decisões especialmente as decisões sobre questões políticas, que não são construções jurídicas.

Por outro lado, a decisão do STF pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, contribuiu para a reação legislativa - Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023 - e, por consequência, possibilitará que toda a sociedade se manifeste sobre a questão, mormente junto ao legislativo e que o tema seja novamente debatido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu defendia a separação das funções do governo de modo horizontal e que os poderes não fossem concentrados em uma única pessoa ou ente, sob pena da mescla do legislativo e do judiciário levar o magistrado a ser opressor, bem assim que o poder judiciário não tinha relevância, sendo nulo e invisível.

Já Rousseau pregava uma teoria de separação de poderes vertical, no qual o legislativo se sobrepunha aos demais poderes, pois a soberania estava nele, poder indivisível e indelegável, e ele era a vontade consubstanciada na lei. Rousseau também defendia que havia um momento oportuno para edição de leis, que nem sempre é fácil de compreender.

No Brasil, a relação entre judiciário e legislativo é caracterizada por uma inter-relação necessária em decorrência da teoria dos freios e contrapesos originária da teoria dos



federalistas. O judiciário depende do orçamento estabelecido pelo legislativo e utiliza-se das leis promulgadas pelo poder legislativo para apreciação dos casos submetidos à sua análise, enquanto o legislativo é influenciado pelo judiciário que aponta ações necessárias nos casos de omissão e atos normativos que não estejam em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil e os princípios.

As contribuições teóricas apresentadas evidenciam como é tormentosa a questão da divisão de poderes na Constituição da República Federativa do Brasil. A decisão do poder judiciário no bojo do RE nº 635659, com repercussão geral (Tema 506), pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, está em desconformidade com as concepções de Montesquieu e Rousseau.

De fato, a falta de comunicação e diálogo entre tais poderes pode levar a conflitos e ao enfraquecimento da democracia. Para mitigar conflitos entre tais poderes, é fundamental que o judiciário e o legislativo respeitem a independência e a autonomia de cada um. A transparência, o diálogo e o respeito mútuo são elementos chave para construir uma relação saudável entre os poderes. Além disso, a autocontenção do ativismo judicial pode auxiliar a resolver disputas e evitar abusos de poder.

Por outro lado, as decisões judiciais em questões polêmicas contribuem para a reação legislativa - no caso a Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023 - e, por consequência, possibilitará que toda a sociedade se manifeste sobre a questão e que o tema seja novamente debatido, mormente junto ao legislativo. Dessa forma, há o fortalecimento da democracia.

Prosseguindo, a *accountability* social e horizontal apresenta-se como instrumento útil para a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois pode fortalecer a harmonia e a adequada separação dos poderes e impedir o abuso de poder por parte de um poder em relação aos demais.

Por fim, indaga-se: os direitos e princípios utilizados como *ratio decidendi* nos votos dos ministros e que formam o *decisum* preponderam sobre o equilíbrio e a separação de poderes, base do Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular?



ARTIGO

Não se desconhece que os direitos fundamentais à liberdade, à vida privada, à intimidade, à autodeterminação são importantes e devem ser preservados. Entretanto, é essencial que ao avaliar questões polêmicas o poder judiciário tenha em mente as atribuições do legislativo e as limitações procedimentais internas para alterações de políticas públicas, mormente de tema tão emblemático como o uso de drogas, que afeta a saúde coletiva e a segurança pública.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Claudia Maria. RODRIGUES, Lucas Gabriel Troyan. **A ACCOUNTABILITY SOCIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**. Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça. Evento virtual, v. 6, n. 1, p.19 – 39, jan./jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em 10 de junho de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição**. Brasília: Senado, 2024. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>>. Acesso em 2 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 635659. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Ministros Gilmar Mendes. Data do julgamento: 08/12/2011. Supremo Tribunal Federal. Título: **Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal**. Brasília. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3421/false>>. Acesso em 12 de junho de 2024.

BRASIL. Lei nº 11.343, de **23 de agosto de 2006. Lei de Drogas**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 2 de maio de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.





ARTIGO

BRITO, Cesar. **A judicialização da política e a politização do Judiciário**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. Acesso em 31 de maio de 2023.

DETTMAM, Deborah. **Concentração, Divisão e Controle do Poder Legislativo: A Separação de Poderes no Constitucionalismo Equilibrado e no Constitucionalismo Popular**. 2017. 294 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017.

FONSECA, Claudia de Oliveira. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: concretização de direitos ou o enfraquecimento da democracia? In: **Anais do 10º CONINTER - CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES**. Anais...Niterói(RJ) Programa de Pós-Graduação em 2021. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/xc22021/432674-A-JUDICIALIZACAO-DA-POLITICA--CONCRETIZACAO-DE-DIREITOS-OU-O-ENFRAQUECIMENTO-DA-DEMOCRACIA>>. Acesso em: 01/06/2023.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James and JAY, John. **Federalist And Anti-Federalist Papers Study Guide**. Edited by J. Kowalczyk, New York: Bantam Books, 1982.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura em todo o mundo. **Fordham Law Review**, vol. 75, nº 2, pp. 721-754, 2006. Disponível em: <Hirschl, Ran, O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura em todo o mundo. Fordham Law Review, vol. 75, nº 2, pp. 721-754, 2006, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 2 de maio de 2024.

KURKOWSKI, Rafael Schew; FORNI, João Paulo Gualberto. **ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO STF PARA ALTERAR A POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL SOBRE DROGAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 17, n. 01. 281-312, jan./mar. 2018

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.





VITULLO, Gabriel E.; CUNHA FILHO, Clayton M (Org.). **Os Antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. Introdução, Seleção e Trad. Gabriel E. Vitullo e Clayton M. Cunha Filho. Brasília: Universidade de Brasília, 2020.