

RECEBIDO EM: 12/12/2016

APROVADO EM: 23/03/2017

**A FALTA DE RACIONALIDADE  
DAS DECISÕES COLEGIADAS E A  
NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO VOTO DA  
CORTE: ANÁLISE A PARTIR DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659**

***THE LACK OF RATIONALITY OF THE COURT DECISIONS AND THE  
NEED FOR ADOPTION OF THE VOTE OF THE COURT: ANALYSIS  
FROM THE EXTRAORDINARY APPEAL N ° 635.659***

*Fabiana Silva Bittencourt*

*Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul  
de Minas. professora substituta da disciplina de Instituições de Direito Penal II*

*Cristiano Thadeu e Silva Elias*

*Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do  
Estado da Universidade de São Paulo - USP. Professor Titular pleno da Faculdade  
de Direito do Sul de Minas - FDSM. Secretário Titular eleito da Fundação Sul  
Mineira de Ensino - FSME*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Da Atuação do Supremo Tribunal Federal; 2 Do Recurso Extraordinário n.º 635.659; 3 Da Falta e da Necessidade de Racionalidade da Decisão; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Os reflexos da expansão global do poder judicial estão presentes no atual cenário da democracia brasileira, caracterizando o excesso de depósito de confiança no Poder Judiciário e o consequente descrédito nos poderes Executivo e Legislativo. A partir dessa premissa, o presente trabalho tem por escopo a análise do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do estudo dos votos já proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659. Busca-se demonstrar, por meio de revisão bibliográfica e do estudo dos referidos votos, a falta de racionalidade das decisões proferidas pelos órgãos colegiados em virtude da ausência de debates para a sua construção, sendo estas fruto da reunião de decisões individuais, pessoais, solipsistas, carentes de coerência e integridade entre si, caracterizando a necessidade de adoção do voto da corte, que deve ser construído conjuntamente pelos julgadores, observando-se certo padrão de racionalidade, objetividade e de segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal. Decisão. Recurso Extraordinário n.º 635.659. Racionalidade. Fundamentação.

**ABSTRACT:** The effects of the global expansion of judicial power are present in the current scenario of Brazilian democracy, featuring reliable deposit over the judiciary and the consequent discrediting the executive and legislative branches. From this premise, this work has the scope to review the exercise of jurisdiction by the judiciary, especially the Supreme Court, from the study of the votes already cast in the judgment of Extraordinary Appeal No. 635,659. The aim is to demonstrate, through literature review and study of these votes, the lack of rationality of decisions handed down by the collegiate bodies because of the lack of debate for its construction, which are the result of the meeting of individual decisions, personal, solipsistic, lacking coherence and integrity of each other, characterizing the need for adoption of the court vote, which must be built jointly by the judges, observing certain standard of rationality, objectivity and legal certainty.

**KEYWORDS:** Supreme Court. Decision. Extraordinary Appeal No. 635,659. Rationality. Rationale.

## **INTRODUÇÃO**

Com o atual descrédito nos Poderes Legislativo e Executivo e a superestima do Poder Judiciário, representando o Supremo Tribunal Federal o símbolo do depósito da confiança da população para a resolução de todos os problemas que emergem da sociedade, exsurge a necessidade de se analisar a legitimidade de suas decisões e os limites de sua atuação, sendo o escopo do presente trabalho a análise das decisões por ele proferidas.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar, por meio de método avaliativo documental e de análise de caso, a partir do estudo dos votos já proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, a ausência de racionalidade das decisões emitidas pelo órgão colegiado, no caso o Supremo Tribunal Federal, e dificuldade de se alcançar uma decisão da corte, em razão de serem as decisões proferidas individualmente, sem que haja debates, construção comum de argumentação, convencimento, demonstrando ser a decisão um conjunto de opiniões pessoais isoladas, fundamentadas de acordo com as perspectivas individuais dos julgadores.

O primeiro item do artigo destaca a tendência mundial de expansão do poder judicial, do excesso de confiança nele depositado, emergindo o Supremo Tribunal Federal como o corolário da Justiça e símbolo da resolução de todos os conflitos, o que, lado outro, gera inúmeros questionamentos acerca dos limites de sua atuação e da legitimidade de suas decisões, apresentando como problema a ser enfrentado pelo presente trabalho a falta de racionalidade na fundamentação das decisões judiciais além da necessidade de se repensar a técnica de composição das decisões colegiadas.

Como pano de fundo para tal análise, o segundo tópico trata especificamente do Recurso Extraordinário n.º 635.659, sendo apresentados minuciosamente os votos já proferidos pelos e. Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, suas fundamentações e dispositivos, a fim de se permitir, a título de exemplo, o estudo da racionalidade das decisões proferidas pela Corte, individual e coletivamente.

Por fim, o terceiro item trata da falta de racionalidade das decisões colegiadas, à luz da análise dos votos já proferidos no Recurso Extraordinário n.º 635.659, demonstrando-se a ausência de racionalidade das decisões colegiadas e a necessidade de adoção do voto da corte, a fim de garantir a coerência e integridade das decisões proferidas.

## 1 DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É indubitável o protagonismo que o Poder Judiciário vem exercendo no Brasil nos últimos tempos, concomitantemente ao total descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo. Em uma tendência mundial, potencializada pelos recentes escândalos de corrupção nos poderes eleitos, deposita-se a cada dia maior confiança no Poder Judiciário como órgão legítimo e imparcial para a solução dos conflitos e atribuição de resposta à população carente de sentimento de justiça.

De acordo com Clarissa Tassinari<sup>1</sup>, “[o] mundo passa por um período caracterizado pela construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no Judiciário”. Essa característica de expansão global do Poder Judiciário foi apontada pioneiramente pelos autores C.Neal Tate e Torbjorn Vallinder em livro dedicado à análise desse fenômeno. Tais autores afirmam que essa preponderância de atuação ativa do Judiciário em detrimento dos outros Poderes, inclusive com a interferência daquele nestes, tem como berço os Estados Unidos da América (EUA), sendo difundida com a ruptura com os regimes comunistas totalitários da Europa oriental e com o desaparecimento da União Soviética, transformando os EUA na única superpotência mundial, e, sendo ele “the home of judicialization of politics”, propagou-se o modelo americano pelo mundo, caracterizando “the global expansion of judicial power”<sup>2</sup>.

De acordo com os referidos autores, vários fatores contribuem para a expansão do Poder Judicial; no entanto, em grande parte da América Latina, incluindo o Brasil, destaca-se o fato de que dadas as circunstâncias em que as democracias foram instituídas, após regimes autoritários, a inclusão de um judiciário forte na forma de composição do Estado é vista como inevitável para a manutenção da forma de Estado instituída<sup>3</sup>.

Outro fator que também tem contribuído para o protagonismo do Judiciário, segundo C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, é a ocorrência de escândalos de corrupção e concomitante descrédito nos poderes Executivos

---

1 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49.

2 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: University Press Books, 1995. p. 2.

3 *ibidem*, p. 2.

e Legislativo, fazendo com que se deposite cada vez mais confiança no judiciário e, conseqüentemente, lhe seja atribuído cada vez mais poder<sup>4</sup>.

Nesse cenário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, símbolo maior do Poder Judiciário, representa o ápice das esperanças da população na solução dos conflitos do país que estão sob sua alçada, o que acaba por gerar, inclusive, inúmeros questionamentos acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário, que, às vezes, trazem à baila discussões a respeito da legitimidade de suas decisões e dos limites de sua atuação, discussões acerca do papel e da legitimidade política dos tribunais nos sistemas democráticos<sup>5</sup>.

De acordo com Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal,

a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.<sup>6</sup>

O problema abordado pelo presente trabalho está justamente na fundamentação das decisões pelos órgãos julgadores, que muitas vezes é desprovida de cunho jurídico, externalizando a simples opinião pessoal do julgador, sem qualquer preocupação com o rigor científico, em outras

4 TATE; VALLINDER, op. cit., p. 4.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 141.

6 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, p.71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016. p. 12.

vezes até mesmo contrária à lei, com o intuito de atender ao clamor popular, preocupando-se simplesmente com a existência formal da fundamentação, sem qualquer apego a seu conteúdo, carente de racionalidade.

Nesse sentido, José Rodrigo Rodrigues, em sua obra intitulada “Como decidem as Cortes” afirma que:

A jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente, nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento. As decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. Por esta razão, denomino a jurisdição brasileira de *justiça opinativa* e afirmo que sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes.<sup>7</sup>

Nas palavras de Mauro Cappelletti<sup>8</sup>, o verdadeiro problema reside no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelos Tribunais judiciais e não propriamente os conceitos de criação e interpretação em si.

Assim, o problema do protagonismo judicial exsurge em função da ausência de racionalidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que muitas vezes se pauta em argumentos políticos, pragmáticos, morais ou, simplesmente, pessoais do julgador, sem levar em consideração o fato de que a decisão jurídica não é a externalização do que o julgador acha a respeito de determinado caso, mas sim a observância de padrões interpretativos e construção de racionalidade da decisão, de modo que esta seja composta por condições objetivas, de adequação, necessidade e proporcionalidade<sup>9</sup>, capazes de sustentar uma fundamentação racional, coerente com o ordenamento jurídico.

Os juízes monocráticos, comumente assoberbados de processos e sempre com metas de produtividade, acabam por instituir decisões padrão, que são carregadas por assuntos, colacionadas em todos os processos acerca

7 RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 63.

8 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 21.

9 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 355

de determinado tema, sem levar em consideração as peculiaridades de cada caso, sem qualquer juízo de racionalidade, com fundamentações genéricas, desprovidas de juízo de adequação, com o intuito exclusivo de encerrar etapa processual, sem que seja efetivamente exercida a função de decidir o caso de acordo com os argumentos expostos pelas partes, afastando a efetiva prestação jurisdicional, a qual deveria levar em consideração cada caso em si, de acordo com suas especificidades. Exercem “papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelos Tribunais Superiores, de modo que são compelidos a tão somente repeti-las sem possuir a menor infraestrutura para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual<sup>10</sup>”, ou, em outras circunstâncias, as decisões sequer apresentam fundamentos jurídicos, sendo manifestação da vontade pessoal do julgador, do que ele “acha” a respeito de determinado fato, invocados argumentos de autoridade simplesmente para sustentar a sua opinião.

A respeito dessa situação, o autor José Rodrigo Rodrigues denomina

*zona de autarquia* o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação. Uma observação importante: será rara a ocasião em que os organismos de poder afirmem simplesmente “Decido assim porque eu quero” ou “Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer”. É de se esperar que esteja presente alguma forma de falsa fundamentação cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias.<sup>11</sup>

Destaca o referido autor que nessas situações, as fundamentações são pautadas precipuamente em argumentos de autoridade, sem que haja qualquer preocupação de demonstrar coerência entre as leis, casos e doutrinadores citados, sendo seu único compromisso o convencimento do destinatário, utilizando-se para tal fato de qualquer argumento ou estratagema, tendo como finalidade a obtenção de uma solução para o caso, sem qualquer preocupação com um padrão argumentativo de racionalidade que fundamente a decisão<sup>12</sup>.

---

10 NUNES, Dierle José Coelho. *Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

11 RODRIGUES, op. cit., p. 70

12 *Ibidem*, p. 73

A outro giro, maiores ainda são as dificuldades de se encontrar racionalidade nas decisões proferidas por órgãos colegiados, vez que as cortes brasileiras não se reúnem para redigir sua decisão de maneira ordenada em um texto coerente<sup>13</sup>, sendo o julgamento fruto da reunião dos votos individuais proferidos, na maioria das vezes de maneira solipsista<sup>14</sup>, sem que haja qualquer debate a respeito do assunto. Ou seja, o voto colegiado no Brasil não representa um voto construído em função de debates acerca de determinado caso, em que os julgadores conversam, expõem seus posicionamentos e chegam a um denominador comum, sendo apenas uma reunião de votos isolados, que, na maioria das vezes, não guardam qualquer racionalidade entre si.

Nesse contexto, ressalta-se o caráter opinativo e personalista da jurisdição brasileira, em que vários juízes devem opinar sobre o mesmo caso nos órgãos colegiados, e, por exemplo, mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do Supremo Tribunal Federal decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião pessoal<sup>15</sup>.

Assim, ao contrário do modelo ideal de decisão em que se espera o predomínio da objetividade, aferição com acuidade dos fatos, desenvolvimento racional da fundamentação, coerência com o ordenamento jurídico, respeito às normas, juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade da decisão, verifica-se na prática o predomínio de razões subjetivas, opiniões pessoais, uso de argumentos de autoridade somente para ratificar afirmações sem qualquer vínculo com o contexto em que estes foram produzidos, chegando ao absurdo de permitir o mesmo trecho, *ipsis literis*, a fundamentação de teses antagônicas, vez que ambas não se preocuparam em contextualizar a origem do argumento de autoridade, mas apenas em utilizar a frase isolada e inseri-la em novo contexto, atribuindo-lhe nova semântica (votos dos Ministros Celso de Mello e Moreira Alves no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 8.037/90 fizeram referência aos mesmos doutrinadores e transcreveram trechos idênticos, apesar de defenderem posicionamentos opostos no julgamento<sup>16</sup>).

13 RODRIGUES, op. cit., p. 79.

14 Acerca da construção filosófica do sujeito solipsista cf. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir Conforme a Consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 224-225.

15 RODRIGUES, op.cit. p. 82.

16 *Ibidem*, p. 97.

Importante destacar que o intuito do presente trabalho não é discutir os conceitos de ativismo judicial ou judicialização<sup>17</sup>, mas sim analisar a dificuldade de construção da racionalidade na composição dos votos colegiados.

Para tanto, será utilizado como exemplo e caso para estudo o Recurso Extraordinário n.º 635.659, que está ainda em fase de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – já tendo sido proferidos três votos – o qual trata da análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

## 2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659

O Recurso Extraordinário n.º 635.659 tem como objeto a discussão a respeito da compatibilidade ou não do artigo 28, da Lei 11.343/2006 – que tipifica a posse de drogas para consumo pessoal – com os princípios constitucionais da intimidade, da vida privada, da segurança e da saúde pública.

Tal julgamento refere-se à atuação em sede recursal do tribunal constitucional, que analisará a constitucionalidade do referido artigo em função do controle difuso de constitucionalidade. O fato que deu azo a tal recurso fundamenta-se no sentido de que a criminalização da posse de drogas para consumo violaria o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse sentido, tal dispositivo constitucional protege as escolhas do indivíduo em âmbito privado, desde que não haja ofensa a terceiros, o que descaracterizaria a conduta criminosa, vez que, em decorrência de tal fato, a conduta para que seja definida como crime deve lesionar bens jurídicos alheios. Assim, diversamente dos recursos anteriores a respeito da inconstitucionalidade do referido artigo, que tinham como fundamento o fato de não se atribuir pena de reclusão ou detenção à conduta, o julgamento atual dar-se-á sob o enfoque da incompatibilidade do mencionado artigo com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de um réu pego com 3g de maconha na

---

17 Cf. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n.57, p.113-134,2002. Além da corrente distinção entre ativismo judicial e judicialização, os referidos autores os apresentam diferentes significados que podem ser atribuídos ao próprio termo judicialização, merecendo destaque a referida publicação, que deve ser consultada para aprofundamento acerca do assunto.

prisão, sob o fundamento de o artigo 28 da Lei 11.343/06 ferir os direitos à intimidade, à vida privada e à autolesão, garantidos constitucionalmente.

Eleito relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto<sup>18</sup> no sentido de dever ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em razão de sua violação ao princípio da proporcionalidade, que tem como norte os princípios da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), em que se devem observar critérios de necessidade e adequação para a elaboração da norma, ressaltando que a criminalização, nesse caso, restringe em grau máximo, porém, desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão.

Consigna o E. Ministro, primeiramente, em tópico acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade de normas penais, seus parâmetros e limites, que é possível o controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal vez que estaria o Tribunal incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou proteger.

No item seguinte, o Ministro tece considerações acerca dos crimes de perigo abstrato, afirmando a delicada relação entre tais delitos e os princípios da lesividade/ofensividade, devendo ser rígida a fiscalização de sua constitucionalidade, à luz do princípio da proporcionalidade.

Em seguida, o Ministro passa a tratar das políticas regulatórias para a posse de drogas para consumo pessoal, distinguindo descriminalização de despenalização e ressaltando a adoção de medidas em âmbito internacional para redução de danos e prevenção de riscos.

O Ministro Gilmar Mendes, então, passa a analisar a norma impugnada, à luz do princípio da proporcionalidade, em exame de sua adequação e necessidade. Primeiramente, trata da adequação, sob o enfoque dos controles de evidência e justificabilidade, afirmando que na prática, em que pese o abrandamento das consequências penais no caso de posse de drogas para consumo pessoal, a lei, ao conferir tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico, não foi objetiva em

18 Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em: 5 set 2016.

relação à distinção entre usuário e traficante, e, diante dessa situação, na maioria dos casos, todos acabam sendo enquadrados como traficantes. Para fundamentar tal afirmação, o e. Ministro apresenta estudo acerca da situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas, criticando o fato de não haver critérios objetivos para a distinção entre traficante e usuário, ficando a cargo da autoridade policial a classificação do delito. Conclui o julgador pela incongruência entre a criminalização da conduta e os objetivos do legislador, potencializada pela ausência de critério objetivo, o que violaria o princípio da proporcionalidade. Em seguida, o e. Ministro Gilmar Mendes trata do controle de justificabilidade, consignando que não há nenhuma relação entre a criminalização da conduta e a redução do consumo, logo, a criminalização das condutas referentes ao consumo da droga está em dissonância com o princípio da proporcionalidade.

O Ministro analisa também se a medida legislativa é necessária, sob o aspecto constitucional, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes, concluindo haver, nesse caso, de um lado o direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação e de outro o direito coletivo à saúde e à segurança pública, tratando-se o presente caso de verificação dos limites da intervenção em direitos individuais em nome da proteção a direitos coletivos, afigurando-se, nesse contexto, a criminalização do porte “excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade” p. 39.

A criminalização do porte de drogas para consumo próprio, portanto, segundo o Ministro, é inconstitucional por atingir em grau máximo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, afirmando a necessidade de adoção de medidas alternativas, como a fixação de critérios objetivos para distinguir o uso do tráfico, não sendo, entretanto, realizado prévio estudo sobre as peculiaridades do local. Afirma o e. Ministro que “a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade”<sup>19</sup>.

Ressalta o julgador que a decisão não tem o condão de conduzir à interpretação de legalização irrestrita do porte de drogas para consumo pessoal, mas em caráter transitório, até ulterior legislação, devem ser aplicadas as medidas previstas no artigo impugnado, afastado seu caráter penal, conferindo-lhe natureza exclusivamente administrativa.

19 Trecho extraído do voto do e. Ministro Gilmar Mendes, disponível em Voto na íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> p. 49. Acesso em: 5 set 2016.

Destaca, por fim, o e. Ministro, como consequência da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, a impossibilidade de prisão em flagrante e da condução coercitiva à presença do juiz ou à delegacia, afirmando ser ônus da acusação a comprovação de que a droga não se destinada a consumo pessoal, à luz do princípio constitucional da não culpabilidade.

Em sede de dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, afastando-lhe qualquer natureza penal, contudo, mantendo no que couber, até advento de legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa, além de conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 48, §§ 1º e 2º e artigo 50, caput, todos da Lei 11.343/06. Determina, ainda, ao Conselho Nacional de Justiça diligenciar, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, os encaminhamentos necessários à aplicação das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar e articulação com serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

Em seguida, após pedido de vista que durou pouco mais de uma semana, o e. Ministro Edson Fachin proferiu seu voto<sup>20</sup> seguindo o relator, com a ressalva de declaração de inconstitucionalidade da norma especificamente para a situação que, tal como se deu no caso concreto em questão, apresente conduta que, descrita no tipo legal, tiver exclusivamente como objeto material a droga que estava em pauta, ou seja, a maconha, restando mantida a proibição, inclusive do uso e do porte para consumo pessoal, de todas as demais drogas ilícitas. Ressalta o Ministro, em seu voto, que a legislação em pauta apresenta várias lacunas e que estas devem ser preenchidas pelo Poder Judiciário enquanto não houver manifestação do Legislativo.

Destaca, o Ministro, a necessidade de autocontenção da Corte, com estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação especificamente sobre: a definição da constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

20 Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em: 5 set 2016.

Afirma, ainda, que a questão da criminalização das drogas se fundamentaria em três argumentos, conforme defende o doutrinador Carlos Santiago Nino, quais sejam: argumento perfeccionista – reprovabilidade moral da conduta –; argumento paternalista – proteção contra os danos decorrentes do consumo de drogas –; argumento de defesa da sociedade – proteção dos demais cidadãos –, e que, segundo o mesmo, haveria outros mecanismos capazes de coibir e reprimir o uso de drogas alheios à esfera penal.

Após citar outros doutrinadores que tratam do tema, consigna o e. Ministro que a opção pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa uma atitude político-criminal, vez que se confrontam a técnica de incriminação por meio dos “crimes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade e confrontam-se concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Nesse momento, destaca o Ministro, o fato de que a definição do rol de drogas ilícitas é ato realizado pelo Poder Executivo, no âmbito do Ministério da Saúde, caracterizando o aspecto político-criminal da situação, sendo a norma impugnada espécie penal em branco, que deixou a cargo do Poder Executivo a previsão das drogas que devem ser consideradas ilícitas, ressaltando, pois, que a não inclusão do álcool e do tabaco no rol das drogas ilícitas é também uma questão político-criminal.

E, nesse contexto, deveria ser analisada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 à luz da sua compatibilidade com a intenção político-criminal, sob os aspectos da proporcionalidade e da ofensividade. Quanto à proporcionalidade, afirma o e. Ministro que esta “não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato”<sup>21</sup>. Já quanto à ofensividade, passa o Ministro a tratar da diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo abstrato, concluindo que estes, presentes na lei 11.343/06 caracterizariam uma imputação hipotética, que deve ser analisada sob o aspecto de ser capaz de gerar mais do que dúvida razoável, permitindo a conclusão de ser a incriminação justificada, o que não seria o caso do tipo em questão.

A partir de tais conceitos, conclui o e. Julgador a necessidade de ser o dependente de drogas vítima e não autor do delito. Em seguida, são apresentados vários dados referentes à condenação penal envolvendo drogas, com a discriminação específica da maconha nas análises, a fim

21 Trecho extraído do voto do e. Ministro Edson Fachin, disponível em Voto na íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> p. 7. Acesso em: 5 set 2016.

de demonstrar a necessidade de ser o usuário em situação de dependência encarado como doente, sendo dever do Estado seu acolhimento e garantia de seu direito à saúde.

Em seguida, ressalta o Ministro a necessidade de o Legislativo estabelecer a regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga, sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa, além de definir de maneira objetiva a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas. Além disso, destaca a necessidade da respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), os quais devem, na ausência de previsão legislativa, determinar parâmetros provisórios para distinção entre usuário e traficante de drogas.

Decide o Ministro, em sede de dispositivo, declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação ao porte de maconha para consumo próprio, mantendo a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, acima referidos, aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica e emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data do julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como ouvir especialistas e a comunidade externa.

O Ministro Luís Roberto Barroso, último a proferir voto<sup>22</sup> a respeito do caso até o momento, consignou, primeiramente, que a questão em

<sup>22</sup> Voto na íntegra. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em: 5 set 2016.

discussão envolve o consumo de 3g (três gramas) de maconha e, portanto, esse é o pressuposto de seu voto, o qual se restringe à análise do porte e consumo apenas da referida droga. Ressalta em seu voto que a discussão se refere à descriminalização e não à legalização, continuando, portanto sendo o consumo da maconha ou de qualquer outra droga ilícito, cingindo o debate sobre como deve ser a reação do Direito Penal a esse fato, se por meio de medidas penais ou outros instrumentos.

Estabelece, o Ministro em seu voto, três premissas fáticas, quais sejam: o consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim – sendo papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico –; a guerra contra as drogas fracassou - a realidade atual é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico –; é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira – combate ao tráfico, atenção à população carcerária e tratamento do usuário.

Em seguida, o Ministro elenca três razões pragmáticas para a descriminalização: a primeira razão é o fracasso da política atual, que fomentou o crescimento do mercado negro, a consolidação do crime organizado e o aumento de delitos relacionados ao tráfico de drogas; a segunda razão é o alto custo para a sociedade para a manutenção da população carcerária, que aumentou significativamente com o advento da lei 11.343/06; e a terceira razão é o fato de a criminalização afetar a proteção da saúde pública, que assume posição secundária diante das preocupações com a segurança pública e aplicação da lei penal.

Assim, nesse primeiro momento, aponta o e. Ministro razões que caracterizam a necessidade da descriminalização. Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso demonstra a tendência atual entre países como EUA, Portugal e Espanha de adoção de meios alternativos à criminalização.

Do ponto de vista jurídico, o e. Ministro aponta três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles é a violação do direito à privacidade, afirmando ser a intimidade e a vida privada direitos resguardados constitucionalmente e que condutas que em que pese não moralmente aceitas, mas que não interfiram na esfera de direitos de terceiros, não devem ser punidas. O segundo é a violação à autonomia individual, não podendo o Estado interferir nas escolhas dos indivíduos se estas não prejudicarem terceiros; a autonomia individual relaciona-se diretamente à liberdade do indivíduo, direito constitucional

que não pode ser cerceado pelo Estado. O terceiro, e último, é a violação ao princípio da proporcionalidade, afirmando nesse caso o e. Ministro ser a proporcionalidade o parâmetro para a restrição das liberdades, devendo ser medida à luz da lesividade da conduta, da adequação e da necessidade; e, no caso em questão, não há que se falar em lesividade considerando que a conduta não atinge bem jurídico de alheio, tampouco em adequação, vez que não tem atingido seu fim de proteção à saúde pública, nem em necessidade, considerando a tendência atual de descriminalização.

Assim, conclui o e. Ministro pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28 caput e de seu §1º da Lei 11.343/06, por arrastamento, afirmando a necessidade de definição de um critério objetivo para distinção entre usuário e traficante. E, em seguida, nesse sentido, o e. Julgador propõe a fixação do critério objetivo de até 25g de maconha (critério português) ou e 6 (seis) plantas fêmeas (critério uruguaio) para a caracterização do usuário, sendo este parâmetro presunção relativa, que pode ser afastado a critério do juiz de acordo com as circunstâncias do caso em questão.

Ao final, rebate, o e. Ministro, argumentos contrários à descriminalização, como: a descriminalização produzirá aumento do consumo e aumento da criminalidade associada ao consumo das drogas; a descriminalização trará impacto para a saúde pública etc.

Em sede de dispositivo, apresenta o e. Ministro a ementa de seu voto.<sup>23</sup>

23 Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 16 recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. 7. Provisamento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais

Em conclusão, o referido Ministro declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e fixa critérios objetivos para a distinção entre usuários e traficantes, devendo prevalecer estes até manifestação do Poder Legislativo acerca da questão.

Até o presente momento foram proferidos os referidos três votos. O julgamento do recurso está suspenso em decorrência do pedido de vista do e. Ministro Teori Zavascki.

### 3 DA FALTA E DA NECESSIDADE DE RACIONALIDADE DA DECISÃO

No caso em questão, por se tratar de controle difuso de constitucionalidade, a decisão restringe-se ao caso concreto, que até o presente momento, converge para a absolvição do acusado em consequência à declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Entretanto, não restam dúvidas acerca do fato de que a discussão de tal matéria e qualquer decisão que seja obtida ao final das análises representam a instituição/ruptura de paradigma no estado democrático brasileiro. Decidir a Corte Suprema a respeito da descriminalização das drogas, ainda que somente da maconha, independentemente da postura que será por ela adotada, fixará um marco no atual modelo de Estado.

Além disso, outro ponto relevante que merece destaque a respeito do caso é o fato de ser questão de tamanha envergadura decidida no Tribunal Constitucional do país que, sem dúvidas, irá consolidar precedente para a decisão de todos os casos análogos, o que pode gerar um efeito cascata da decisão e inclusive fixar o próprio Supremo Tribunal Federal a sua abstrativização, ou seja, atribuindo efeitos *erga omnes* à decisão, vinculando o Poder Judiciário e a administração pública.<sup>24</sup>

---

elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

24 Vários autores renomados – como STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 551 – afirmam não ter o Supremo Tribunal Federal legitimidade para a atribuição da abstrativização (atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, características do controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso) de efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, sendo competência exclusiva do Senado Federal a realização de tal ato, nos termos do artigo 52, X, da CF/88. Tal autor questiona inclusive a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade vez que tal fato feriria os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório ao pretender atingir aqueles que não tiveram a oportunidade de participação na decisão de um processo que os afetará.

Lado outro, o que se percebe, ao analisar os votos já proferidos, é a ausência de racionalidade constante na decisão. Assim, a descrição minuciosa dos votos acima tem o intuito de demonstrar essa ausência de racionalidade na decisão colegiada.

Primeiramente, conforme já afirmado no texto, uma das razões que caracteriza a falta de racionalidade da decisão colegiada é a maneira como ela é formada. Principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há debate entre os Ministros acerca do assunto, cada um deles, individualmente, analisa o processo e apresenta seu respectivo voto. Ou seja, os Ministros não constroem a posição do Tribunal, mas sim apresentam suas posições individuais e prevalece a opinião da maioria.

Percebe-se, ao se analisar a fundamentação dos votos, que esta apresenta caráter individual em cada voto, expressando as motivações de decidir individualmente, sem que haja diálogo ou coincidência de argumentos, deixando clara a inexistência de uma sistematicidade e de uma coerência na construção da decisão, vez que cada Ministro decide como quer e expressa suas motivações pessoais em seu voto. Não há metodologia nem objetividade. Assim, nessa toada, se houver uma corte composta por 50 juízes, ter-se-iam 50 decisões diferentes, caracterizando a insegurança das decisões.

Em face da pressuposição de que os Ministros (...) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” no Brasil na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes.<sup>25</sup>

Nesse sentido, emerge questão extremamente complexa acerca da racionalidade da decisão, pois se verifica que, ao se analisar os votos individualmente, seus fundamentos e justificativas, cada Ministro estabelece um posicionamento diferente, pessoal, próprio, e

[o] resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc. que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstituir claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas

---

25 NUNES, op. cit. p. 42.

não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo<sup>26</sup>.

Ao se analisar os votos individualmente, há a dificuldade patente que emerge no presente caso diante da impossibilidade de se chegar a um denominador comum a partir desses três primeiros votos proferidos. O e. Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, após discorrer sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais, tecer considerações sobre os crimes de perigo abstrato, tratar das políticas regulatórias do consumo de drogas e analisar o caso à luz do princípio da proporcionalidade<sup>27</sup>, conclui, ao final do voto, em sede de dispositivo, pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 28 da Lei 11.343/06, afastando do referido texto normativo qualquer natureza penal, restando mantidas as medidas por ele previstas em sede administrativa; confere interpretação conforme à Constituição ao art. 48 e seus §§ 1º e 2º do mesmo diploma legislativo, devendo o autor do fato ser apenas notificado para comparecer em juízo em se tratando de conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06; também confere interpretação conforme à Constituição ao art. 50, caput da Lei de Drogas, no sentido de em caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas, seja o preso apresentado ao juiz como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; e determina ao Conselho Nacional de Justiça verificação, seis meses após a decisão, das medidas adotadas no caso em questão.

Já o e. Ministro Edson Fachin, ao contrário do Ministro Gilmar Mendes, destaca a necessidade de autocontenção da Corte que, segundo ele, deve-se ater às balizas do caso em questão, ou seja, de análise de constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 com relação à maconha, que é a droga em comento, além de apontar diversos doutrinadores que tratam da questão da criminalização das drogas, analisar a intenção político-criminal à luz da proporcionalidade e da sua ofensividade, afirmar a necessidade de ser o dependente visto como doente e destacar a necessidade de atuação legislativa a respeito da distinção entre traficante e usuário de drogas, em sede de dispositivo determina a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação ao porte de maconha para consumo próprio, afirma ser da atribuição do legislativo o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, entretanto, enquanto houver

26 RODRIGUES, op. cit., p. 82-83

27 Acerca do tema cf. dissertação intitulada "O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes" de autoria de Bruno Ramos Pereira. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112009-130359/pt-br.php>>. Acesso em: 06 set. 2016.

inércia do legislativo, determina que o Executivo fixe tais parâmetros, além de determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal para permitir a discussão acerca da questão das drogas com entidades e a comunidade externa.

O e. Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, após destacar a autocontenção ao caso concreto, ou seja, a decisão se restringe à análise de descriminalização da maconha, apresenta razões fáticas, jurídicas e pragmáticas em defesa da descriminalização e propõe a fixação de parâmetro para distinguir traficante do usuário de drogas. Em sede de dispositivo, declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e fixa os critérios objetivos de 25g (vinte e cinco gramas) e 6 (seis) plantas fêmeas para a distinção entre usuários e traficantes, enquanto não houver manifestação do Poder Legislativo sobre a questão.

Ao cotejar os três votos, percebe-se a disparidade de fundamentação e a incompatibilidade dos dispositivos, conforme demonstrado acima, vez que não há um padrão, uma metodologia, uma racionalidade, não há critérios objetivos para a formação da decisão. Cada Ministro, em sua fundamentação, trata do assunto da maneira que lhe convém, afirmando suas posições pessoais e utilizando de mecanismos de argumentação como os argumentos de autoridade com o intuito de sustentar a sua opinião pessoal, restando patente a discricionariedade das decisões.

Além disso, não há como extrair a decisão da corte, vez que se trata de três opiniões pessoais, individuais e bastante distintas. Os três ministros são uníssonos em declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06; entretanto, enquanto o e. Ministro Gilmar Mendes defende que tal inconstitucionalidade se aplica ao tipo referente a todas as drogas e mantém as disposições como natureza administrativa, estabelece interpretação conforme a Constituição referente aos artigos 48, §§ 1º e 2º e artigo 50, caput, da Lei 11.343/06 e determina medidas ao Conselho Nacional de Justiça; o e. Ministro Edson Fachin afirma que a inconstitucionalidade declarada refere-se apenas à droga em comento (maconha), declara que é atribuição do judiciário a fixação de parâmetros para a distinção entre usuário e traficante, mas, enquanto esta não for feita determina que o Executivo o faça, além de prever a criação de ambiente para discussão acerca do tema; o e. Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, assim como este e contrariamente àquele, declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação à maconha, e, em que pese afirmar ser atribuição do Legislativo a fixação de critérios para distinção entre usuário e traficante, estabelece, enquanto perdurar a

inércia do deste, o parâmetro de 25g e 6 plantas fêmeas para a distinção ente usuário e traficante de drogas.

Assim, é indubitável a dificuldade de se estabelecer uma decisão da Corte vez que já se mostra árdua tarefa alcançar um voto médio a partir das decisões acima carregadas, diante das divergências de posicionamento. Não se trata de computar uma votação de sim e não, a favor ou contra, mas de uma votação complexa, em que o fundamento da decisão é tão importante quanto o seu dispositivo, pois uma vez decidida questão desse porte, em repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão final servirá de embasamento para balizar os julgamentos acerca do mesmo assunto.

Nesse sentido, é necessária a adoção de um voto da corte, conjunto, alcançado por meio de debates e construído pelo plenário, de modo sistemático e coerente, para garantir a coerência e integridade do sistema jurídico, sob pena, ao contrário, ser a decisão final da corte carente de integridade, um aglomerado de votos individuais, de decisões caóticas, sem um fio condutor<sup>28</sup>, que compõem uma colcha de retalhos, sem unidade, e que acaba por permitir que cada ministro, em sede de decisões monocráticas, não leve em consideração a decisão proferida pela corte e mantenha a sua posição pessoal, como vem acontecendo nas decisões dos Ministros que votaram contra a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau (HC n.º 126.292)<sup>29</sup>.

28 OLIVEIRA, Fábio, C. S. OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011. p. 126.

29 A EMENTA: "HABEAS CORPUS". CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. "REFORMATIO IN PEJUS". VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, "in fine"). DECRETAÇÃO, "ex officio", DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ("CARCER AD POENAM"). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11304736. HC 135100 MC / MG TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, "CAPUT"). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Assim, é preciso que o tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale “como instituição”, de forma “clara”, “objetiva”, “institucional” e, sempre que possível, “única”.<sup>30</sup>

O próprio Ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra “Curso de Direito Constitucional” afirma que

é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que tenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da *discrecionariadejudicial* na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade<sup>31</sup>.

Destarte, considerando os argumentos acima esposados, resta patente a necessidade de se repensar a forma de votação da Corte Constitucional do país, a fim de que suas decisões não sejam apenas uma reunião de posicionamentos individuais, subjetivos, de argumentação tendenciosa e comprometida com interesses pessoais. A decisão da Corte tem que ir muito além de um conjunto de votos isolados, deve ser fruto de um debate, de um amadurecimento da questão, de um processo sistematizado e racional, e o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função de corte recursal e guardião da constituição, deve respeitar limites impostos pelo Estado Democrático de Direito e emitir decisões que obedeçam a certo padrão de racionalidade e de objetividade, condensadas em um texto organizado.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se por um lado o Supremo Tribunal Federal, como representação de maior envergadura do Poder Judiciário, expressa o ideal de esperança

---

(HC 135100 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01/08/2016)

30 SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

31 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 431.

e justiça da população brasileira, por outro, é necessário que se reafirme as características do Estado Democrático de Direito, que se pauta pela objetividade, racionalidade e segurança jurídica.

Assim, os órgãos judiciários como um todo e, principalmente as Cortes, em destaque o Supremo Tribunal Federal, como exemplo e norte de entendimento para as jurisdições inferiores que o são, têm de, em compromisso com o exercício constitucional de sua função, proferir decisões racionalmente fundamentadas, pautadas no caso concreto, objetivas, dotadas de coerência e integridade com o sistema jurídico.

Nesse sentido, à luz dos estudos decorrentes da análise dos votos já proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, percebe-se a necessidade de se atentar para o modo de construção das decisões proferidas pelas Cortes, que precisa ser repensado a fim de que se possa alcançar realmente um julgamento colegiado, em que se construiu uma decisão racionalmente fundamentada em decorrência de debates, embasada por argumentos jurídicos, objetivos, que externalize uma decisão da Corte, do órgão colegiado como um todo, coerente e íntegra com o ordenamento.

Assim, a decisão construída a partir da reflexão conjunta entre os integrantes do Supremo e não em decorrência de série de votos isolados, garante sua maior legitimidade, em decorrência da busca de coerência, integridade e unidade do voto da corte.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, p.71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n.57, p.113-134,2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.31-49.

OLIVEIRA, Fábio, C. S. OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 20 mar 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. O que é isto – “Decidir Conforme a Consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: University Press Books, 1995.