

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA - IPOL**

WASHINGTON EHS NASCIMENTO ADEBAMA

**CORTES CONSTITUCIONAIS COMO PROTETORAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
UM ESTUDO DE CASO COMPARADO SOBRE O DEBATE JURISDICIONAL ACERCA
DA CANNABIS PARA USO ADULTO NO BRASIL E MÉXICO**

**BRASÍLIA - DF
2021**

WASHINGTON EHS NASCIMENTO ADEBAMA

**CORTES CONSTITUCIONAIS COMO PROTETORAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
UM ESTUDO DE CASO COMPARADO SOBRE O DEBATE JURISDICIONAL ACERCA
DA CANNABIS PARA USO ADULTO NO BRASIL E MÉXICO**

Monografia apresentada ao Instituto de Ciência
Política da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Ciência Política

Orientador: Prof. Me. Igor Rodrigues Costa

**BRASÍLIA - DF
2021**

WASHINGTON EHS NASCIMENTO ADEBAMA

**CORTES CONSTITUCIONAIS COMO PROTETORAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
UM ESTUDO DE CASO COMPARADO SOBRE O DEBATE JURISDICIONAL ACERCA
DA CANNABIS PARA USO ADULTO NO BRASIL E MÉXICO**

Monografia apresentada ao Instituto de Ciência
Política da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Ciência Política

Orientador: Prof. Me. Igor Rodrigues Costa

Prof. Me. Igor Rodrigues Costa
Orientador

Prof.^a Dr.^a Marilde Loiola de Menezes
Parecerista

BRASÍLIA - DF
2021

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho à minha mãe, Cristina, e aos meus amigos mais próximos, João e Maurício, que me acompanharam durante os anos de formação. Agradeço também ao Igor, pela paciência na orientação acadêmica.

RESUMO:

Nesta pesquisa estuda-se o debate jurisdicional acerca do uso adulto da cannabis no Supremo Tribunal Federal e na *Suprema Corte de Justicia de la Unión*, comparando julgamentos de temas semelhantes, que chegaram à instância máxima do Poder Judiciário em períodos parecidos no Brasil e México. A pesquisa foi construída através de estudo bibliográfico e análise documental de acórdão e votos separados de ministros, tendo como objetivo explorar a decisão mexicana em comparação à não-decisão brasileira, de modo a compreender quais consequências podem ser observadas em ambos os países. Conclui-se que a decisão mexicana tem decisão sobre a legalização da cannabis no México, enquanto a não-decisão no Brasil pode levar à manutenção dos problemas associados ao consumo e tráfico ilegal de *cannabis*.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade, descriminalização, *cannabis*.

ABSTRACT:

In this paper, the jurisdictional debate about cannabis adult use in the Brazilian and Mexican supreme courts is studied, comparing the judgement of similar subjects that reached the top tier of the Judicial Power at the same time in Brazil and Mexico. The research was built through bibliographic study and documentary analysis of sentences and votes separated from ministers, with the aim to explore the Mexican decision in comparison with the Brazilian non-decision, so to understand what consequences can be observed in both countries. It follows that the Mexican decision has power over cannabis legalization in Mexico, whereas the non-decision in Brazil can take to the sustenance of problems associated with cannabis consumption and illegal cannabis trafficking.

Keywords: *constitutionality control, decriminalization, cannabis.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AR – *Amparo en Revisión*

CNPCP - Conselho Nacional de Política Penitenciária

COFEPRIS - Comissão Federal para a Proteção Contra Riscos Sanitários

HC - *Habeas Corpus*

RE – Recurso Extraordinário;

SENAD – Secretaria Nacional de Políticas de Drogas

SMART - *Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante*

SCJN – *Suprema Corte de Justicia de la Unión*

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
1.1 Objetivo Geral	10
1.2 Objetivos Específicos	10
2. REFERENCIAL TEÓRICO	11
2.1 Como surgiu o Controle de Constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário?	11
2.2 Jurisdição Constitucional e a proteção de Direitos Fundamentais	18
2.3 O Supremo Tribunal Federal	22
2.4 A <i>Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	27
4.1 Contextualização	31
4.2 Dados Gerais (México)	32
4.2.1 A decisão do Amparo em Revisão 548/2018	33
4.3 Dados Gerais (Brasil)	42
4.3.1 A não-decisão do Recurso Extraordinário 635.659/2015	42
4.3.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes	47
4.3.3 Voto do Ministro Edson Fachin	51
4.3.4 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso	53
5. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO

A consolidação dos regimes democráticos na América Latina durante o século XX sempre esteve mais ligada ao aspecto eleitoral do que à proteção e promoção de direitos e garantias fundamentais contidos em uma Constituição e protegida por uma Corte Constitucional, tradicionalmente vinculada ao Poder Judiciário (DOMINGO, p. 706, 2000).

Durante os regimes de exceção que assolaram a América Latina, Cortes Constitucionais não eram atuantes na proteção de direitos fundamentais, servindo mais como instrumento de legitimação dos regimes autoritários que tentavam transmitir um aspecto de legalidade através da anuência de Cortes subservientes às decisões tomadas pelo Poder Executivo. As relações políticas eram configuradas de modo que, na prática, o Judiciário era subordinado ao Poder Executivo, mesmo que a Constituição determinasse a separação e independência entre os Poderes (PAIXÃO, 2014).

O fim dos regimes autoritários na América Latina levou à pactuação de outras Constituições que tinham como destaque o empoderamento do Poder Judiciário e, especificamente, das Cortes Constitucionais, com a criação de ferramentas institucionais mais apropriadas à proteção dos direitos fundamentais necessárias para o bom funcionamento de regimes democráticos.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem o intuito analisar a discussão sobre a constitucionalidade de leis que proibem a posse, porte, plantio, e transporte de *cannabis* para uso adulto no Brasil e no México. Por tratar de um tema que está ligado à jurisdição constitucional, a pesquisa será realizada através de análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) e *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) em dois processos que tratam sobre tema semelhante, um julgado em cada Corte.

A escolha por pesquisar a judicialização de *cannabis* para uso adulto se deve a dois motivos: o primeiro é que a percepção social acerca do uso da *cannabis* vem se modificando para um viés mais positivo na última década, se desassociando do uso de substâncias como a

cocaína, *crack*, e opioides e se aproximando de drogas legalizadas, como é o caso do tabaco e do álcool. Isso se deve, sobretudo, ao crescimento do número de países que decidiram descriminalizar ou até mesmo legalizar o consumo da droga¹, contrariando uma corrente proibicionista que teve origem no início do século XX e foi institucionalizada a nível global com a “Guerra às Drogas” iniciada pelo presidente estadunidense Richard Nixon, do Partido Republicano, na década de 1970. A política foi aprofundada por Reagan na década seguinte e continuada pela administração Clinton na década de 1990 (BUNTING; GARCIA; EDWARDS, 2013, p. 86).

O segundo motivo é que o Recurso Extraordinário (RE) 635.659/2015, que trata sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da “Lei de Drogas”, caminha para a possível descriminalização apenas da *cannabis*. Dois dos votos, de um total de três já proferidos, dizem respeito somente à descriminalização dessa droga.

A escolha do México como país a ser comparado com o Brasil se dá em virtude das similaridades observadas entre ambos no que diz respeito à judicialização da *cannabis* para uso adulto. As Cortes Constitucionais de ambos os países passaram por reformas no sistema judiciário em um passado relativamente recente, o que fortaleceu a posição dessas instituições como importantes *players* políticos e como grandes protetoras de direitos constitucionais, se distanciando da posição de submissão a que a falta de condições democráticas as submeteu (GIMÉNEZ, 2018, p. 251-252).

Além disso, Brasil e México compartilham realidades semelhantes em relação à existência de organizações criminosas transnacionais, responsáveis pelo narcotráfico, altas taxas de homicídio, alto grau de corrupção e violência política, superlotação do sistema carcerário e a existência de organizações paramilitares conhecidas como milícias (GUERRERO, 2020).

O ponto de vista central a ser abordado nesta pesquisa é o processo deliberativo exercido tanto pelo STF como na SCJN acerca da *cannabis*. Enquanto a SCJN decidiu, no *Amparo en Revisión* (AR) 548/2018, pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Geral de Saúde,

¹ BBB Online. **Porque tantos países estão fazendo as pazes com a maconha.** Disponível em: [≤https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46682570>](https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46682570). Acesso em: 17/04/2021.

que proibia a emissão de autorizações relacionadas com o uso adulto de *cannabis* em 2018, o STF não parece inclinado a concluir o julgamento do RE 635.659.

Decisões relativas à garantia de direitos fundamentais que dividem a opinião da sociedade a partir de compreensões de mundo que parecem irreconciliáveis e que têm impacto real e significativo na vida de milhões de cidadãos, não podem ser postergadas indefinidamente. A guerra às drogas falhou e as instituições político-representativas não parecem dispostas a tratar sobre o tema de modo a compatibilizar a legislação com os direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988 (BURGIERMAN, 2014).

Diante do exposto, como a SCJN deliberou e como o STF delibera acerca da judicialização do uso adulto da *cannabis*?

1.1 Objetivo Geral

Descrever o processo deliberativo do RE 635.659/2015 (STF) e do AR 548/2018 (SCJN), de modo a explorar as similaridades e disparidades entre o debate jurisprudencial brasileiro e mexicano.

1.2 Objetivos Específicos

De modo a alcançar o objetivo geral, descrever: (i) as origens do controle de constitucionalidade, de modo a compreender a relação entre jurisdição constitucional e proteção dos direitos fundamentais; (ii) a teoria normativa sobre deliberação em Cortes Constitucionais; (iii) o desenho institucional do STF e da SCJN; (iv) o processo deliberativo do RE 635.659 e do AR 548/2018 e; (v) analisar as similaridades e disparidades observadas através da descrição de ambos os processos.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Como surgiu o Controle de Constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário?

As raízes do controle de constitucionalidade estão fincadas na tradição jurídica anglo-saxã, e o caso do Dr. Bonham é um ótimo ponto de partida para se analisar e identificar as origens do controle de constitucionalidade exercido por órgão judicial (HELMHOLZ, 2009, p. 327). O Dr. Bonham se graduou em medicina em Londres, mas foi impedido de exercer a profissão sem uma licença concedida pela *Royal College of Physicians* (Faculdade de Medicina Real), que constituía um pré-requisito para o exercício da medicina à época. A sua insistência em exercer a profissão sem a licença requerida resultou na aplicação de multa e aprisionamento (HELMHOLZ, 2009, p. 326).

Contrariado com as sanções impostas, o Dr. Bonham recorreu à *Court of Common Pleas* (Tribunal de Causas Comuns), onde *Sir Edward Coke* exercia a função de *Chief Justice* (Chefe de Justiça), em 1610. Na decisão, Coke admitiu que havia previsão legal para a universidade aplicar multas, embora questionasse a legitimidade de uma lei considerada por ele imoral. Isso porque a *Royal College* recebia metade das receitas oriundas do recolhimento dessas multas, o que poderia representar um incentivo à aplicação injusta dessas penalidades, com finalidade de enriquecimento (HELMHOLZ, 2009, p. 326).

“The College was pocketing the proceeds. As for the statute, Coke wrote, “the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void” (HELMHOLZ, 2009, p. 327).

Ao que tudo indica, o caso do Dr. Bonham foi o primeiro registro de revisão judicial de atos legislativos, uma vez que houve invalidação de lei incompatível com a *common law*. Desta forma, o Poder Monárquico foi limitado em face do Direito, ao deslegitimar uma lei considerada injusta e contrária aos direitos do reclamante e aos bons costumes (HELMHOLZ, 2009, p. 330).

(...) the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void (HELMHOLZ, 2009, p. 327).

Apesar disso, não é possível falar em controle de constitucionalidade jurisdicional, já que a primeira Constituição só foi promulgada em 1789, nos Estados Unidos, quase dois séculos após a decisão inglesa (HELMHOLZ, 2009, p. 333).

Em 1787, durante a Convenção da Filadélfia, que antecedeu a promulgação da Constituição dos Estados Unidos, já havia discussões relacionadas à necessidade de revisão de leis por órgãos judiciários. De acordo com Santiago (2015, p. 285), “*the possibility of the Court’s exercise of this power had been mentioned at the Convention and discussed during the ratification debates, and some state courts had already asserted an analogous power to review the acts of their own legislatures* (Apud NELSON, 2000).

De um lado, os federalistas defendiam uma maior centralidade do poder nas mãos da União, e a submissão dos governos locais à Constituição Federal, já que assim poderia se garantir os direitos individuais constitucionalmente estabelecidos a todos os cidadãos dos Estados Unidos. Do outro, antifederalistas alegavam que a concentração de poderes na União poderia servir como mecanismo de opressão contra minorias, defendendo um modelo de Estado que privilegiasse as Constituições locais em detrimento de uma nacional. O que estava em discussão não era a “positivação do *judicial review*, mas o jogo de equilíbrio entre os poderes locais e a União. O grande embate que se punha girava em torno da submissão das leis e das Constituições estaduais ao sistema jurídico federal, donde o interesse predominante em sustentar a supremacia do texto que ali se elaborava” (SANTIAGO, 2015, p. 285).

Madison, Hamilton e Jay (1917) rechaçaram a possibilidade de que o *judicial review* pudesse representar uma ameaça à democracia, por considerar que o Judiciário ocupa papel fundamental na mediação entre os Poderes, na proteção da Constituição e de suas normas fundamentais, e na defesa dos direitos de minorias, sendo imprescindível à própria ideia de democracia. Além disso, argumentaram que o Judiciário era o mais fraco dentre os Poderes, já que não possuía mecanismos de coerção tão efetivos quanto o Legislativo e o Executivo, e por

isso era o menos propenso à tirania. De acordo com esse pensamento, o Judiciário poderia causar injustiças pontuais, mas não estruturais.

“Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O Executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O Legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência [...] sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, [...] estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo para a eficácia de seus julgamentos” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1917, p. 479).

A Constituição de 1787, apesar de consagrar a supremacia do texto constitucional sobre a ordem jurídica dos estados, nada falava a respeito do *judicial review*. Mas, para Alexander Hamilton, Primeiro Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, a junção ente a tradição jurídica da *common law*, associada à existência de uma Constituição escrita, levaria necessariamente a um processo de revisão judicial de leis que estivessem em desacordo com direitos fundamentais contidos na Constituição (SANTIAGO, 2015, p. 287).

Isso porque, de acordo com Santiago, (2015, p. 287) a “Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como o de todos os outros atos do corpo legislativo” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 460).

Neste sentido, *Madison vs Marbury* é conhecido por ser um dos julgamentos mais importantes da história, e não apenas para os Estados Unidos. Como já descrito, não havia previsão formal para o processo de *judicial review* na Constituição de 1787, embora houvesse uma conjunção de características próprias ao modelo jurídico-político estadunidense que tornava a prática do *judicial review* uma questão de tempo, dentre elas, a *common law* e a existência de uma Constituição escrita, até então inédita no mundo (SANTIAGO, 2015, p. 287).

Em 1800, o federalista John Adams foi derrotado pelo candidato antifederalista Thomas Jefferson na corrida presidencial. Próximo ao fim do mandato, Adams costurou a aprovação de duas reformas judiciais, que criaram dezenas de cargos e possibilitaram ao partido federalista

manter o controle sobre o Judiciário. Esses juízes ficaram conhecidos como *Midnight Judges* (Juizes da Meia-Noite) e *Midnight Justices of Peace* (Juizes de Paz da Meia-Noite) (MADISON, 1803, p. 1).

Ocorre que William Marbury, indicado por Adams ao cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, não conseguiu ser empossado antes que o presidente eleito tomasse posse. Já no comando do país, Jefferson proibiu que Madison, recém-empossado Secretário de Estado, entregasse a certificação (*comission*) para que Marbury assumisse o cargo, por considerar as nomeações nulas (MADISON, 1803, p. 1).

Inconformado, Marbury requisitou à Suprema Corte em 1801 que Jefferson fosse obrigado a certificá-lo, com base no *Judiciary Act* de 1789, que conferia jurisdição originária para que a Suprema Corte expedisse um mandado de segurança (*writ mandamus*), de modo que o Executivo fosse obrigado a empossá-lo juiz de paz (MADISON, 1803, p. 1).

À época do julgamento, a Suprema Corte era conduzida pelo *Chief Justice* John Marshall, que se viu numa situação complicada. Se desse razão a Marbury, corria o risco de ter a sua decisão desrespeitada e a Suprema Corte ser desmoralizada. Por outro, se optasse por dar razão à Jefferson, passaria a imagem de fraqueza e deslealdade, já que o presidente eleito não chegou a se defender durante o processo. Além disso, Marshall foi indicado por Adams ao cargo de *Chief Justice* após ter atuado como Secretário de Estado do presidente derrotado. Ironicamente, foi *Marshall* quem assinou a certificação para que Marbury tomasse posse como juiz de paz, embora não tenha conseguido entregá-la antes que a nova gestão fosse empossada (SANTIAGO, 2015, p. 288).

Em sua decisão, Marshall argumentou que Marbury tinha direito de receber a sua certificação, já que todos os procedimentos necessários à indicação tinham sido cumpridos e a recusa em empossá-lo juiz de paz feria seus direitos individuais.

“Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the president and sealed by the secretary of state, was appointed; and as the law creating the office gave the officer a right to hold for five years independent of the executive, the appointment was not revocable, but vested in the officer legal rights which are protected by the laws of his country. To withhold the commission, therefore, is an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested legal right” (MADISON, 1803, p. 2).

Apesar disso, a Suprema Corte se negou a julgar o caso por considerar que a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, - que concedeu jurisdição originária à Suprema Corte para expedir *writ mandamus* para membros do Executivo -, era inconstitucional (SANTIAGO, 2015, p. 290).

Para Marshall, o poder concedido pela lei à Suprema Corte não deveria existir já que estava em desacordo com a Constituição dos Estados Unidos, que serve como Lei Fundamental daquele país. Dessa forma, a Corte decidiu que não poderia expedir o *writ of mandamus*, já que a lei que fundamenta a prerrogativa é contrária ao próprio texto constitucional (SANTIAGO, 2015, p. 290).

“The authority, therefore, given to the Supreme Court, by the act establishing the judicial courts of the United States, to issue writs of mandamus to public officers, appears not to be warranted by the constitution; and it becomes necessary to inquire whether a jurisdiction so conferred can be exercised” (MADISON, 1803, p. 4).

Assim, Marshall se esquivou de uma decisão polêmica, e que poderia desmoralizar e abalar a reputação da Suprema Corte por envolver uma disputa entre o partido federalista, encabeçado por Adams, e o antifederalista, comandado por Jefferson. A parte mais importante da decisão, no entanto, consistiu na declaração de nulidade de uma lei contrária à Constituição, e que na prática consistiu em um precedente judicial que pavimentou as bases para o *judicial review* defendido por Hamilton no artigo nº 78 dos Federalistas (1788), mas que não estava presente na Constituição de 1789. Segundo Marshall,

*“(...) if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, **the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they may both apply**”* (MADISON, 1803, p. 4, grifo meu).

É importante pontuar que nos países que adotam a *common law*, a modalidade de controle de constitucionalidade adotada é o difuso incidental, que tem como principal característica a prerrogativa de qualquer juiz se negar a aplicar uma lei ou norma que pareça em desacordo com a Constituição. É incidental porque ocorre de maneira indireta, já que não se questiona a lei em si, mas a sua aplicação em um caso concreto. Nesse caso específico, um

tema que parecia “inofensivo” levou à inconstitucionalidade do *Judiciary Act* de 1787, bem como deu início ao *judicial review* nos Estados Unidos (SANTIAGO, 2015, p. 290-294).

Já no século XX, em 1932, a Prússia foi palco de confrontos violentos entre comunistas, nazistas e a polícia. A Prússia, maior estado da República de Weimar à época, era governada pelos sociais-democratas, o que contrariava os interesses do *Reich* (governo federal), que era comandado pelo chanceler ultraconservador Franz von Papen. Com a justificativa de restaurar a paz social na Prússia, von Papen fez uso de um decreto formulado dias antes pelo presidente Paul von Hindenberg e que autorizava o chanceler a declarar estado de emergência e depor o governo social-democrata liderado por Otto Braun, além de permitir que o *Reich* formasse um gabinete de crise, substituindo os ministros nomeados por Braun (VINX, 2015, p. 1).

É preciso salientar que os confrontos violentos foram precipitados pela suspensão do banimento da SA (organização paramilitar do partido nazista), autorizada por von Papen, numa tentativa de obter o apoio do partido nazista à sua administração. A SA havia sido banida pelo centrista Heinrich Brüning, que foi chanceler da República de Weimar entre os anos de 1930 e 1932, antes de ser dispensado por Hindenberg. O decreto que permitiu a dissolução do governo prussiano era baseado no art. 48 da Constituição de Weimar (VINX, 2015, p. 1-2).

*“That article gave the president the power, in its first paragraph, to compel the states of Germany, if need be by the use of armed force, to fulfil their obligations towards the Reich under the federal constitution and under federal laws. Moreover, it authorized the president, in its second paragraph, to take all necessary measures to restore order in case of a severe threat to public security. **The president’s decree appealed to both of these provisions**”* (VINX, 2015, p. 1, grifo meu).

O último parágrafo do art. 48 da Constituição de Weimar requisitava que o Reich informasse ao *Reichtag* (parlamento federal) sobre a declaração do estado de emergência, bem como obrigava o presidente a suspender as medidas de emergência caso solicitado pelo parlamento federal. Desde 1930, a Alemanha estava sendo governada através de decretos presidenciais de emergência, já que o *Reichtag* não conseguia formar maioria parlamentar para eleger um governo. Dessa forma, a manutenção do estado de emergência e o apoio à administração von Papen dependiam mais do presidente que do parlamento federal (VINX, 2015, p. 2).

O governo prussiano decidiu então contestar as ações do *Reich* judicialmente através de um tribunal especial chamado “*Staatsgerichtshof*”, responsável por mediar os conflitos entre estados e o governo federal. Em sua decisão, o tribunal decidiu que o governo prussiano não havia violado nenhum compromisso com o *Reich*, negando a possibilidade de que o governo federal pudesse tomar controle sobre os governos locais, uma vez que a Constituição de Weimar previa independência administrativa aos estados. Apesar disso, entendeu que o estado de emergência era justificado momentaneamente para reestabelecer a ordem pública, tarefa que o governo prussiano parecia incapaz de realizar (VINX, 2015, p. 3-4).

A Constituição da República de Weimar, promulgada em 11 de agosto de 1919, não previa a existência de uma Corte Constitucional. Em vez disso, previa que juízes pudessem não aplicar estatutos considerados inconstitucionais em casos concretos, de forma semelhante ao processo de *judicial review* adotado pelos países de tradição jurídica anglo-saxã, como é o caso dos Estados Unidos e do Reino Unido (VINX, 2015, p. 6).

Nesse cenário, Hans Kelsen defendia a existência de uma Corte Constitucional “*endowed with a non-incidental and exclusive authority to review and to annul unconstitutional legislation and acts of government*” (VINX, 2015, p. 4). Kelsen se inspirava na Corte Constitucional austríaca, onde serviu como juiz entre 1920 e 1929. Além disso, participou da construção da Constituição Austríaca de 1920, e, por extensão, da criação do controle concentrado direto, ou abstrato, de constitucionalidade existente no país (VINX, 2015, p. 7).

Diferente do controle difuso de constitucionalidade, que depende da análise de um caso concreto, o modelo concentrado prevê a possibilidade de uma instituição atestar a inconstitucionalidade de uma lei, em tese, sem a necessidade de um caso concreto. O controle de constitucionalidade “não-incidental” é largamente adotado no continente europeu e em países que adotam a *Civil Law*, mas pouco relevante para os países que adotam a *Common law*, onde a revisão incidental ainda continua sendo a regra (ARANTES, 1994).

Kelsen (2007) compreende que o processo de criação de leis deve respeitar uma hierarquia legal, onde leis infraconstitucionais devem estar de acordo com as normas originárias da Constituição, que tem um valor substantivo maior do que normas oriundas de poder derivado, conforme abordado no texto de Vinx (2015):

“If there are no guarantees of constitutional legality, Kelsen argues, then the constitution, as the highest and most important level of legal order, will remain a form of second-rate law that lacks full legal force. And a sufficient guarantee of constitutional legality (...) can only be provided by a constitutional court endowed with the power to annul unconstitutional legislation as well as unconstitutional acts of government” (VINX, 2015, p. 8).

Para Kelsen, então, a inexistência de uma Corte Constitucional está diretamente ligada à ascensão e consolidação do regime nazista na Alemanha. A ideia mobilizada aqui é a de que juízes de uma autêntica Corte Constitucional estariam menos propensos a admitir a legitimidade de uma lei que certamente contrariava fundamentos básicos da Constituição da República de Weimar, ao desrespeitar o modelo federativo de Estado (VINX, 2015).

2.2 Jurisdição Constitucional e a proteção de Direitos Fundamentais

A jurisdição constitucional, quando analisada junto aos princípios basilares da democracia, ou seja, da autodeterminação coletiva exercida através do processo legislativo, se mostra paradoxal, já que impõe limites ao exercício da autonomia pública na medida em que determina a inconstitucionalidade de alguma norma que esteja em desacordo com a Constituição, mesmo que o processo deliberativo que originou a lei tenha sido procedimentalmente legítimo (HABERMAS, 2001, p. 766).

Isso ocorre porque o aspecto constitucional do regime democrático é frequentemente negligenciado ou desconhecido por parte considerável da população. É comum que a análise acerca da legitimidade de uma decisão em um contexto democrático só leve em conta o resultado da agregação de preferências individuais, e não o pacto “originário” que resultou na promulgação da Constituição e dos direitos fundamentais nela contidos (ZURN, 2007).

A jurisdição constitucional é, em alguma medida, um debate sobre a própria concepção de democracia constitucional (HABERMAS, 2001), ou seja, onde o processo de autodeterminação coletiva está ligado à observância dos limites impostos pela doutrina dos

direitos humanos. Dito de outra forma, a alienação desses direitos básicos associados ao exercício da autonomia privada durante a produção de leis não é somente um atentado contra a Constituição em si, mas também contra a própria democracia (HABERMAS, 2001, p. 767).

Para uma corrente de pensadores denominados por Zurn (2007) como “substantivistas”, a jurisdição constitucional é fundamental para assegurar direitos fundamentais presentes na Constituição e que exercem papel essencial para a legitimação de todo o sistema político. Os substantivistas ressaltam a importância de mecanismos de manutenção e perpetuação de um núcleo mínimo de direitos a serem protegidos pela Constituição, e que emanam de princípios fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade humana, que são a base do regime democrático-liberal. Para uma melhor compreensão sobre o assunto, desenvolvo brevemente os argumentos dos autores dessa corrente abaixo.

Bickel afirma que a função da Constituição é promover restrições nos resultados políticos provenientes de decisões majoritárias, já que há uma série de resultados indesejáveis e injustificáveis do ponto de vista democrático que devem ser evitados. Segundo o autor, a Corte Constitucional constitui espaço singular de deliberação, onde “questões de princípio” têm maior valor do que questões relativas à política cotidiana, e onde decisões de longa duração ligadas a um interesse geral se sobrepõem ao fisiologismo político. Juízes têm, ou deveriam ter, o tempo, o treinamento e o insulamento para chegar à resposta correta, sem as pressões ou restrições impostas ao Executivo e ao Legislativo (ZURN, 2007, p. 44).

O autor também argumenta que Cortes Constitucionais exercem função pedagógica ao sinalizar para as instituições representativas os limites que não podem ser ultrapassados pelos legisladores. O argumento se desenvolve no sentido de que, estando ciente da possibilidade de veto judicial, atores políticos estariam menos propensos a criar leis absurdas ou contrárias ao interesse geral (ZURN, 2007, p. 45).

Curiosamente, Bickel endossa o argumento de que o processo de jurisdição constitucional é antidemocrático, porque é contramajoritário, isto é, contrário ao interesse da maioria, manifestado via processo legislativo. As decisões relativas a políticas públicas devem ser prerrogativa da maioria da população (ZURN, 2007, p. 3).

Além disso, aponta que o exercício frequente da jurisdição constitucional pode influenciar no aumento da taxa de desinteresse popular em relação à fiscalização do processo decisório que ocorre no Legislativo, já que a certeza da judicialização de um determinado tema pode influenciar de forma negativa o processo de deliberação entre os parlamentares e a qualidade das leis produzidas (ZURN, 2007, p. 42).

A despeito das objeções levantadas, Bickel afirma que a jurisdição constitucional é justificada em nome da proteção de valores fundamentais, contidos na Constituição, que representam a manifestação do interesse geral, de longo prazo, e baseada em questões de princípios. É um mal necessário para o bom funcionamento democrático, por mais contraditório que pareça (ZURN, 2007, p. 46).

O pensamento de Choper está alinhado com Bickel ao enfatizar o controle de maiorias eleitorais sobre os representantes políticos responsáveis pela implementação de políticas públicas. Dessa forma, a regra da maioria é essencial para o funcionamento de regimes democráticos, e o poder contramajoritário representado pelo processo de jurisdição constitucional é antidemocrático por esse motivo (ZURN, 2007, p. 47-48).

Esse autor entende constitucionalismo e democracia como princípios políticos opostos: enquanto o primeiro estabelece certos valores morais substantivos que restringem determinados resultados, o último estrutura um procedimento político onde o maior número de desejos e interesses da maioria podem ser identificados e satisfeitos através do processo legislativo de autodeterminação coletiva (ZURN, 2007, p. 47-48).

Não obstante, Choper defende que a função da jurisdição constitucional é de proteger e resguardar os direitos das minorias, que não se espera serem respeitados em um ambiente político dominado pelo interesse majoritário. A função da Constituição e da jurisdição constitucional, portanto, é de se certificarem de que, ao mesmo tempo em que reconhecem o valor substantivo de certos direitos inalienáveis, como a dignidade e a liberdade, haja respeito e deferência pelo interesse da maioria em relação às políticas públicas a serem implementadas (ZURN, 2007, p. 47-48).

Nesta mesma toada, Dworkin afirma que a democracia não pode ser entendida simplesmente como o governo da maioria. Os interesses majoritários precisam ser estruturados de modo que respeitem os resultados políticos resultantes do processo legislativo, ao mesmo tempo em que essas decisões estejam de acordo com princípios básicos dos direitos humanos. Dito de outra forma, os resultados políticos não podem representar apenas a simples agregação estatística de votos, principalmente quando as decisões resultantes de votações majoritárias ferem direitos fundamentais de minorias (ZURN, 2007, p. 124-126).

“Thus, the core of democratic self-government cannot be thought of as simply rule by a majority, as this is a statistical notion of collective action. Rather, majority rule must be structured so that it meets the principled conditions of communal collective action, and this is precisely the function of constitutional structures that set limits on how members of a political community may be treated” (ZURN, 2007, p. 116).

Assim, todos os cidadãos deveriam ter a oportunidade de influenciar em decisões que lhes digam respeito, em que as suas considerações são levadas em conta e em que não haja nenhum tipo de discriminação que afaste minorias da realização dos seus direitos constitucionalmente estabelecidos.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Corte Constitucional é o espaço ideal para revisão constitucional e proteção de direitos de minorias, já que o exercício dessa função por parte do Legislativo pode deturpar os resultados do controle de constitucionalidade. A ideia caminha no sentido de que se o Legislativo fosse fórum deliberativo capaz de resolver dilemas que envolvam questões de princípios, eles não teriam produzido leis inconstitucionais em primeiro lugar (ZURN, 2007, p. 127-128).

Além disso, Dworkin entende que a sociedade se beneficia do processo de deliberação que ocorre em Cortes Constitucionais, já que a discussão de determinados temas pode chamar a atenção da sociedade civil para assuntos esquecidos ou negligenciados pelo Legislativo e pelo Executivo, e que precisam ser solucionados de alguma forma (ZURN, 2007, p. 128-129).

“When a constitutional issue has been decided by the Supreme Court, and is important enough so that it can be expected to be elaborated, expanded, contracted, or even reversed, by future decisions, a sustained national debate begins, in newspapers and other media, in law schools and classrooms, in public meetings and around dinner tables” (ZURN, 2007, p. 118).

Por fim, Perry acredita no controle de constitucionalidade realizado por juízes indicados, que devem determinar os limites que não podem ser ultrapassados na criação de leis e normas. Para o autor, a Corte Constitucional possui maior discernimento para tratar sobre esses temas relativos a direitos fundamentais e princípios. O argumento se desenvolve no sentido de que, quando o assunto é a defesa de direitos fundamentais, existem respostas corretas e erradas, e que o Legislativo nem sempre consegue equacioná-las de forma adequada à preservação dos direitos fundamentais (ZURN, 2007, p. 117-123).

A melhor forma de alcançar esses objetivos é através do processo deliberativo de qualidade exercido por Corte Constitucional, considerando que juízes estão, ou deveriam estar, menos propensos a considerar questões de política “cotidiana”, e mais interessados em preservar interesses fundamentais de longo prazo. Ainda segundo essa perspectiva, a doutrina dos direitos humanos precisa ser entendida como universal, vinculante e transcendental (ZURN, 2007, p. 117-123).

2.3 O Supremo Tribunal Federal

No Brasil, apesar da óbvia corresponsabilidade entre os Poderes em zelar pela manutenção da Constituição, foi ao STF que o legislador originário concedeu a responsabilidade de “guardião máximo” da Carta. No art. 102 da Constituição de 1988, o constituinte decidiu que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...) julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (...) a) contrariar dispositivo desta Constituição (...) e b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (BRASIL, 1988).

No § 3º do art. 102, o legislador define acerca do Recurso Extraordinário, definindo que o “recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas

no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL, 1988).

O STF adota o controle híbrido de constitucionalidade, mesclando elementos dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade. Isso é fruto da indecisão entre qual sistema de controle de constitucionalidade escolher. Em 1890, decidiu-se por adotar o modelo difuso de controle de constitucionalidade. Em 1965, foi adotado o modelo concentrado direto, onde o que está em discussão é a própria lei. Na Constituição de 1988, optou-se por manter os dois modelos, fazendo com que o Brasil adotasse o controle híbrido de constitucionalidade (ARANTES, 1994).

A Constituição de 1988 também ampliou o rol de legitimados a propor ações de controle de constitucionalidade no STF, o que aprofundou a centralização do sistema jurídico na figura do STF. Na Constituição de 1967, somente o Procurador-Geral da República (PGR) poderia propor ações de controle de constitucionalidade (SADEK, 2004).

Os constituintes optaram pelo detalhamento e rigidez da Constituição de 1988. O detalhamento excessivo foi uma saída encontrada pelos constituintes, que possuíam incertezas sobre o futuro social, político e econômico da nação, e que pretendiam assegurar a preservação de um núcleo essencial de direitos (PAIXÃO, 2004). Na Constituição de 1988, essas garantias estão dispostas no artigo 60, § 4º, que trata sobre (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) **os direitos e garantias individuais** (BRASIL, 1988; grifo meu). Nesse sentido,

“(...) as Constituições são dispositivos antimajoritários, e por isso sua preservação equivale à própria salvaguarda da democracia. Ou seja, é preciso proteger a democracia da própria democracia: ao garantir a liberdade de agentes que buscam a destruição da própria democracia, a democracia contém potencialmente um elemento de autodestruição. A introdução de barreiras contra a mudança é um mecanismo de autodefesa. A inércia constitucional é também um mecanismo de preservação da imunidade e da inviolabilidade dos direitos de minorias” (MELO, 2013, p. 190).

A Constituição de 1988 segue a tendência das Constituições que surgiram na segunda metade do século XX no continente sul-americano, como forma de prevenir a ascensão de regimes autoritários em democracias recentes (como Argentina e Chile), e pode ser classificada como “constitucionalismo democratizante”. Esse processo teve origem no continente europeu,

como resposta dos países daquela região à ascensão de regimes nazifascistas durante a primeira metade do século passado (PAIXÃO, 2014, p. 421).

É preciso pontuar que a reforma promovida pelos constituintes não foi unanimidade dentro da Corte. À época, alguns ministros achavam que o empoderamento que o STF vinha adquirindo não era compatível com as atribuições da instituição. Como exemplo disso, é possível citar o Mandado de Injunção (MI) 107, julgado em 1989, que tratava sobre estabilidade de servidor público militar, em que o alegou falta de legitimidade para decidir. O entendimento à época, expressado pelo ministro Moreira Alves, era de que o MI só poderia servir para notificar as autoridades competentes da omissão praticada (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016).

“Em seu voto vencedor, o Ministro Moreira Alves defendeu a tese de que qualquer outra interpretação deste instituto significaria conceder ao Supremo (i) poderes legislativos (caso se criasse a regra faltante, ainda que provisoriamente, até a manifestação do Congresso); ou (ii) o poder de sancionar o Congresso por não ter legislado. Nenhum desses dois tipos de poderes, segundo a perspectiva de Moreira Alves, poderia ser atribuído ao tribunal”. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 422).

No mesmo sentido, o STF também criou a distinção entre legitimados universais, que poderiam impetrar Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), e legitimados especiais, representados por confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, que só poderiam utilizar o mesmo tipo processual em ações que envolvessem leis que afetassem sua esfera de atuação, restringindo os canais de acesso a partir de uma interpretação da Corte e que não constava na Constituição (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 421).

Uma explicação para a atuação auto restritiva do STF se deve ao fato de que os ministros eram indicados pelo regime autoritário, o que dificultava o florescimento de uma atuação judicial mais garantista, em sintonia com a recente Constituição e com o regime democrático, já que existe correlação entre a atuação dos ministros e as preferências políticas de quem os indicou (DAHL, 1957).

A junção entre controle híbrido de constitucionalidade, amplo rol de legitimados a propor ações de constitucionalidade e uma constituição ampla e detalhada, ampliou de forma significativa o fluxo de processos na Corte, agravando um problema já existente há décadas no

STF, sobrecarregando a instituição com processos que, geralmente, não costumam tramitar por Cortes Constitucionais mundo afora (ARGUELHES; RIBEIRO; 2018).

Antes da Constituição de 1988, muitos processos já tramitavam no STF. Segundo Verissimo (2008), observou-se um aumento de 4,5% ao ano no número de processos em tramitação no Supremo entre os anos de 1940 e 1980. Com a promulgação da Constituição de 1988, houve uma explosão desses mesmos processos, em decorrência da missão institucional do STF e da ampliação do rol de legitimados a propor ações de controle de constitucionalidade. Assim, após a

“(…) Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 15 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano” (Verissimo, 2008, p. 413).

A preocupação com a falta de eficiência do Judiciário, aliás, é bem anterior ao aumento do fluxo de processos causados pela redemocratização e consequente expansão do número de ações ajuizadas, sendo anterior, inclusive, à criação da própria República. A morosidade no andamento dos processos é herança da tradição jurídica lusitana, como é possível observar com a Lei portuguesa da Boa Razão, de 1769, que impedia que advogados atrasassem processos através de subterfúgios jurídicos, sob pena de multa. Anterior a isso, ainda, é a Lei de 23 de Agosto, que em 1341 já impedia que promotores recebessem seus honorários antes do encerramento dos processos pelos quais estavam responsáveis (FECCHIO, 2006).

Apesar de trabalhar muito e contar com independência financeira, os magistrados sofrem com o déficit de profissionais e a morosidade na prestação jurisdicional. A Constituição de 1988, para além de promover o fortalecimento do STF, intensificou a constitucionalização da vida cotidiana, de forma que o Judiciário é responsável por resolver boa parte desses conflitos (SADEK; ARANTES, 1994).

Nesse sentido, o Judiciário se vê sobrecarregado com o imenso volume de processos que chegam aos tribunais do país, sendo o principal motivo para a lentidão da prestação jurisdicional brasileira (ZANFERDINI, 2012), além de estar em desacordo com o inciso

LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988, no qual é previsto a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Como forma de amenizar esse problema, foi aprovada a Lei nº 9.756/98, que introduziu mudanças significativas no sistema recursal do STF ao ampliar os poderes do relator e impor limites aos inúmeros recursos protelatórios impetrados na Corte. A referida lei também aumentou a eficiência do tribunal ao valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante, bem como simplificou o controle de constitucionalidade, concedendo efeito vinculante de forma extraoficial às suas decisões, de forma similar ao que ocorre na Suprema Corte estadunidense. A Lei foi uma resposta às demandas de morosidade na prestação jurisdicional por parte da sociedade civil, e às frequentes reclamações de excesso de trabalho por parte dos magistrados (TEIXEIRA, 1999).

Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional (EC) 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, que foi regulamentada dois anos depois, através da Lei 11.418/2006, que foi responsável pela criação de um filtro de admissibilidade de RE no STF, de modo a diminuir a sobrecarga de trabalho dos ministros e seus gabinetes, restringindo o acesso a Corte apenas a processos que tratem sobre temas de grande relevância social, econômica e política (HARTMANN, 2015).

O que essas reformas têm em comum é a tentativa de diminuir o fluxo de processos que tramitam no STF e uniformizar o entendimento jurisprudencial acerca de temas já pacificados na instituição, em acordo com o princípio da celeridade da prestação jurisdicional, mas elas tiveram como consequência a ampliação das prerrogativas institucionais dos ministros, levando a um empoderamento tanto do Supremo enquanto instituição, quanto dos ministros individualmente. Esse processo ficou conhecido como “as 11 ilhas”, em referência ao paulatino processo de individualização das decisões tomadas na Corte (NETO, 2018).

Para além da ampla variedade de temas que podem ser objeto de controle de constitucionalidade, o STF ainda possui uma particularidade que amplia seus poderes: embora tenha de apreciar todas as ações ajuizadas na Corte, não há um tempo estabelecido para que isso ocorra. Como já mencionado, o tribunal possui umas das maiores taxas de produtividade do mundo, recebendo e julgando milhares de processos todos os anos. Apesar disso, nem todos

os julgamentos recebem o mesmo tipo de interesse popular ou de cobertura midiática, o que pode responder à demora em julgar determinados temas. Sendo assim, os ministros têm a possibilidade de simplesmente não apreciar algum caso. Isso não é exclusividade do Supremo brasileiro, mas, em outras localidades é necessário que a Corte indique que não irá decidir, podendo gerar descontentamento e discussões em torno dessa decisão (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 18-20).

2.4 A Suprema Corte de Justicia de la Nación

A SCJN tem sido historicamente caracterizada pelo seu papel de submissão em relação ao Poder Executivo mexicano, mas nas últimas décadas esse cenário tem mudado, sobretudo por causa da liberalização econômica e fortalecimento das instituições democráticas observadas durante as últimas três décadas, que teve como resultado a promoção de pautas ligadas à proteção de direitos individuais, como ocorre em larga escala em democracias consolidadas (DOMINGO, 2000, p. 706).

Na metade do século XIX, o Poder Judiciário mexicano passou por mudanças estruturais, tanto no que diz respeito ao desenho institucional da Suprema Corte, como em relação a aspectos administrativos levando, assim, a centralização do sistema judiciário no país. O mecanismo jurídico do *Amparo* foi adicionado à Constituição de 1857, servindo como ferramenta de revisão judicial voltado à proteção de direitos fundamentais (DOMINGO, 2000, p. 708-710). Não obstante, o Poder Judiciário ainda seguia subordinado ao Poder Executivo, tendência que se aprofundou com o chamado porfirismo, período que o país foi governado por Porfírio Díaz, entre os anos de 1876 e 1910 (DOMINGO, 2000, p. 711).

A Revolução Mexicana e consequente promulgação da Constituição de 1917 teve como um dos seus objetivos o fortalecimento do Poder Judiciário, entendido pelos revolucionários como pouco independente. Como forma de resolver esse dilema, alterações constitucionais foram promovidas para alterar o processo de indicação de juízes a Corte, e permitir mandato vitalício, a exemplo dos EUA (DOMINGO, 2000, p. 712).

Durante o século XX, no entanto, foi possível observar que as reformas ocorridas durante a revolução não alteraram a subordinação do SCJN ao Poder Executivo. Isso porque o Partido Revolucionário Institucional (PRI), fundado em 1929, e que foi o único partido a governar o país desde a sua fundação até o início do século XXI, promoveu uma série de reformas que tinham como objetivo alinhar a atuação da SCJN aos ideais revolucionários, através do processo conhecido como *Court Packing* (empacotamento da Corte), em que reformas são promovidas de modo a minar independência da Corte, com a remoção de juízes, mudança da composição do Tribunal e alteração do tempo de mandato (DOMINGO, 2000, p. 712-713).

Em 1994, uma reforma foi aprovada com o objetivo de limitar a influência do Poder Executivo sobre as indicações dos juízes, reduzindo o caráter político dessas indicações. Segundo o art. 96 da Constituição de 1917, que foi modificada com a reforma de 1994, o Senado Federal precisa escolher o juiz de acordo com uma lista tríplice elaborada pelo Executivo Federal. Além disso, criou-se o *Consejo de Judicatura* (Conselho Judicial), de modo a desafogar a SCJN com demandas, sobretudo administrativas, que desviavam o Tribunal de atribuições consideradas mais relevantes, como o exercício da jurisdição constitucional (DOMINGO, 2000, p. 714-715).

O controle concentrado de constitucionalidade só foi adicionado ao arcabouço institucional da SCJN na segunda metade do século XX, exercido através de *Acción de Inconstitucionalidad* (Ação de Inconstitucionalidade), criada para resolver os conflitos entre a federação, estados, municípios e os Poderes, e possui efeito erga omnes, ou seja, vincula os tribunais inferiores à decisão tomada pela SCJN (GIMÉNEZ, 2018, p. 237-241).

O Amparo é a ferramenta mais utilizada pela SCJN na jurisdição constitucional. Essa ferramenta foi incluída na Constituição do Estado de Yucatán em 1847, adotada pela Constituição Federal de 1857 e continuada na Constituição de 1917. As ações de amparo podem ser submetidas a juízes federais contra atos públicos considerados autoritários, incluindo atos administrativos, estatutários, regulatórios, e decisões judiciais (GIMÉNEZ, 2018, p. 242-243), estabelecida nos arts. 103 e 107 da Constituição, sendo um “*medio de control concentrado que el poder constituyente diseñó para atender temas constitucionales*” (HERRERA GARCÍA, 2016, p. 495).

Por fim, o controle difuso de constitucionalidade está previsto no art. 133 da Constituição de 1917, embora a SCJN tenha montado uma jurisprudência restritiva quanto a essa ferramenta até o início do século XXI. Em 2011, uma reforma constitucional provocada por sanção da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Radilla Pacheco contra o Estado Mexicano, ficou decidido que qualquer juiz pode determinar a inconstitucionalidade, ou não aplicar lei interpretada como contrária à Constituição, dando início a uma era de verdadeiro controle híbrido de constitucionalidade pela SCJN (MARINERO, 2020, p. 95-97).

3. METODOLOGIA

A pesquisa se caracteriza como de abordagem qualitativa, através de Estudo de Caso Comparado (ECC), com a utilização de análise documental do acórdão resultante do processo deliberativo do AR 548/2018, e dos votos já proferidos no julgamento do RE 635.659.

A pesquisa será orientada em direção à "identificação das redes históricas e contemporâneas de atores, instituições e políticas que produzem algum sentido acerca de um lugar delimitado para finalidades específicas", no caso em questão, o processo deliberativo em relação à garantia de direitos fundamentais. O ECC foi realizado de maneira horizontal, ou seja, analisando políticas ou fenômenos similares que se desenrolaram em locais diferentes que são socialmente produzidos e complexamente conectados (BARTLETT, 2017, p. 912). Isso significa que a pesquisa analisou decisões de ambas as Cortes Constitucionais sobre a mesma matéria e em contextos muito semelhantes, apesar de serem dois Estados diferentes.

Por fim, é preciso salientar que a pesquisa é de caráter puramente descritivo, já que a questão da descriminalização das drogas para consumo pessoal, e especificamente da cannabis, é um assunto relativamente novo em Cortes Constitucionais mundo afora, com poucos estudos dedicados à comparação entre contextos nacionais distintos.

Dessa forma, a presente pesquisa objetiva compreender como o processo deliberativo se desenvolveu nos dois países, tendo em vista que isso pode ajudar a compreender melhor o papel de Cortes Constitucionais nesse processo cada vez mais recorrente de judicialização do uso da cannabis para uso adulto.

4. ESTUDO DE CASO COMPARADO

4.1 Contextualização

Segundo estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS), 269 milhões de pessoas usaram drogas² em 2018 em todo o mundo, o que representa 5,4% da população global. Desse total, 192 milhões são usuários de *cannabis*, o que corresponde a 3,9% da população mundial, com 11,6 milhões, ou seja, 4,7% do total de usuários de *cannabis* fazendo uso diário ou quase diário da substância (UNODOC, 2020, p. 10).

Ainda, estima-se que 13 milhões de adolescentes entre 15-16 anos usaram algum tipo de droga, sendo 11,6 milhões, usuários de *cannabis*. Esses números mostram que o consumo de *cannabis* é expressivamente maior do que de outras drogas. A título de comparação 57,8 milhões de pessoas utilizaram algum tipo de opioide em 2018 no mundo, o que representa 1,2% da população global; 27 milhões (0,5%) anfetaminas; 20,5 milhões (0,4%) "ecstasy"; e 19 milhões (0,4%) cocaína (UNODC, 2020).

No Brasil, segundo dados de 2017, a *cannabis* é a substância ilícita mais utilizada, com 2,2 milhões de usuários, sendo consumida pelo menos 5 vezes mais do que outras drogas. O segundo e terceiro lugar são ocupados por cocaína e *crack*, respectivamente. A *cannabis* também é caracterizada como tendo prevalência moderadamente elevada entre a população, diferenciando-se de substâncias que possuem um padrão de consumo abusivo, sendo utilizada, proporcionalmente, por uma parcela pequena da população. O levantamento indica que o uso de drogas se concentra em faixas etárias intermediárias, o que compreende adultos entre 25-34 anos, sendo utilizada por indivíduos de maior escolaridade. Por fim, é preciso ressaltar que os dados são referentes ao uso de drogas nos últimos 12 meses e que o nível de escolaridade diz respeito às drogas em geral, e não apenas da *cannabis* (FIOCRUZ, 2017, p. 109-113).

² All uses of the word "drug" and the term "drug use" in the World Drug Report refer to substances controlled under the international drug control conventions, and their non-medical use. World Drug Report 2020 (United Nations publication, 2016, p. 5).

Já no México, segundo dados de 2016, 2,5 milhões de pessoas usaram alguma droga nos últimos 12 meses, o que representa 2,9% da população. A *cannabis* também foi a droga mais consumida, com pouco mais de 1,8 milhão de usuários, representando 2,1% da população. A cocaína é a segunda droga mais utilizada, com pouco mais de 573 mil usuários, correspondendo a 1,4% da população. Em relação à oferta de drogas, o território mexicano apreendeu 4.300 toneladas, entre dezembro de 2012 e 30 de junho de 2018. As metanfetaminas aparecem em segundo lugar, com 123 toneladas, seguida por cocaína com pouco mais de 52 toneladas apreendidas (GUERRERO, 2020, p. 21-26).

Os números apresentados acima dão a dimensão da discrepância entre o uso de *cannabis* em relação a outras drogas ilícitas, o que certamente tem efeito sobre a percepção social acerca do uso da *cannabis*. Nesse sentido, o Poder Judiciário parece ter papel de destaque na interlocução dos interesses dos usuários, que geralmente tem conseguido pouco ou nenhum êxito em mobilizar essa questão nas instâncias político-representativas, achando no Poder Judiciário e na litigância estratégica uma forma de alterar o panorama legal acerca do uso dessa substância.

Na África do Sul, Alemanha, Bélgica, Brasil, Canadá, Colômbia e México, a questão foi judicializada, prevalecendo em alguns casos o entendimento restritivo quanto a descriminalização, separando a *cannabis* das demais drogas, por considerar que o seu uso não representa um risco maior do que o observado com outras substâncias e por estar em desacordo com princípios constitucionais como o direito à privacidade, liberdade e livre desenvolvimento da personalidade (STF, 2018, p. 1-11).

4.2 Dados Gerais (México)

Processo: AR 548/2018. Relator: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Órgão julgador: Primeira Sala da *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Decisão: por maioria. Resultado do julgamento: Declarou a inconstitucionalidade integral dos artigos 237 e 248 e parcial dos art.

235, 245, 247 da *Ley General de Salud*, determinando a emissão de autorização sanitária exclusivamente para a substância *cannabis*. Data do julgamento: 31/10/2018.

4.2.1 A decisão do Amparo em Revisão 548/2018

A controvérsia em relação à descriminalização da *cannabis* para uso adulto ganhou força durante o mandato do ex-presidente Felipe Calderón (2006-2012), que foi o segundo presidente eleito após sete décadas de hegemonia do PRI no poder, em meio ao debate público acerca da violência e mortes decorrente da guerra às drogas, com diversas organizações da sociedade civil questionando a eficácia de leis que proibiam a posse, porte, plantio, e transporte da planta.

Em 2013, quatro cidadãos mexicanos solicitaram a Comissão Federal para a Proteção Contra Riscos Sanitários - COFEPRIS, órgão vinculado à *Secretaría de Salud* (Secretaria de Saúde), a emissão de autorização que permitisse o consumo adulto de *cannabis* (DOMINGO, 2015, p. 2). A solicitação foi feita pela *Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante* (SMART). Os membros se definem como “*no consumidores ni promotores de la droga (...) pero sí a favor de que los adultos puedan decidir al respecto*” (GARCÍA, 2016, p. 146).

A SMART peticionou “*ejercer los derechos correlativos al ‘autoconsumo’ de marihuana, tales como la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, uso y, en general, todo acto relacionado con el consumo lúdico y personal*” (GARCÍA, 2016, p. 146). A COFEPRIS negou o pedido da SMART, sob a alegação de que os atos peticionados eram proibidos pela *Ley General de Salud* (Lei Geral de Saúde). A SMART recorreu à instância superior, alegando a inconstitucionalidade integral dos

artigos 237³ e 248⁴ e parcial dos art. 235⁵, 245⁶, 247⁷ da referida lei, através de um *amparo de juicio* (juízo de amparo) (GARCÍA, 2016, p. 147).

A solicitação foi negada novamente, dessa vez pelo juiz do Décimo Primero Distrito em Matéria Administrativa do Distrito Federal. A SMART, então, recorreu uma segunda vez, ocasião em que a petição chegou à SCJN, sob a relatoria do ministro Arturo Zaldívar, no AR 237/2014 (GARCÍA, 2016, p. 147).

A Primeira Sala da SCJN, que é um equivalente do sistema de “turmas” do STF, decidiu em 2015 pela inconstitucionalidade, total ou parcial, dos artigos citados anteriormente, exclusivamente em relação à *cannabis*, com efeito *interpartes* (entre as partes), e excluindo todos os atos relacionados a comercialização ou distribuição da substância, no julgamento do AR 237/2014 (MARINERO, 2020, p. 96).

Entre 2015 e 2018, a SCJN julgou cinco amparos indiretos relacionados à proibição do uso de *cannabis*, que é um dos requisitos para que a Corte estabeleça jurisprudência com efeito *erga omnes* a partir da revisão de um amparo. São eles: 237/2014, de 4 de novembro de 2018; 1115/2017, de 11 de abril de 2018; 623/2017, de 13 de junho de 2018; 547/2018, de 31 de junho 2018; e o 548/2018, de 31 de junho de 2018 (MARINERO, 2020, p. 95-97).

Em cada um dos precedentes, a SCJN abordou as seguintes questões: (i) o marco regulatório das substâncias contidas da Lei Geral de Saúde; (ii) a compatibilidade da medida legislativa e o direito fundamental em disputa (livre desenvolvimento da personalidade); e (iii)

³ *El artículo 237 prohíbe en todo el territorio nacional las acciones antes mencionadas respecto de diversas sustancias y vegetales, entre las que se encuentra la cannabis sativa, índica y americana o marihuana* (ZALDÍVAR, 2015, p. 3)

⁴ *El artículo 248 reitera la prohibición general de producir, comercializar y consumir diversas sustancias psicotrópicas, entre las que se encuentra la marihuana* (ibidem, p. 3).

⁵ *El último párrafo del artículo 235 indica que se requerirá autorización de la Secretaría de Salud para la “siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con estupefacientes o con cualquier producto que los contenga”* (ibidem, p. 3).

⁶ *El artículo 245, fracción I, ubica a la marihuana en el grupo de las sustancias psicotrópicas de “valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública* (ibidem, p. 3).

⁷ *El último párrafo del artículo 247 restringe al uso para fines médicos y científicos de las sustancias psicotrópicas como la marihuana bajo autorización de la Secretaría de Salud* (ibidem, p. 3).

o cumprimento do teste de proporcionalidade, ou seja, se a medida atende a um objetivo constitucionalmente válido e se cumpre os parâmetros de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como todos os processos tratam sobre o mesmo tema, optou-se pela análise do último processo a ser julgado, o amparo em revisão 548/2018.

O AR 548/2018 foi interposto contra a sentença de 22 de novembro de 2018, pela Juíza do Sétimo Distrito em Matéria Administrativa da Cidade do México, dentro do juízo de amparo indireto 1050/2017. A ação foi movida pela SMART, numa clara utilização da litigância estratégica como ferramenta de promoção dos direitos humanos, no caso específico, em prol da descriminalização do consumo de *cannabis* para uso adulto.

Assim como na primeira solicitação, questionou-se a constitucionalidade integral dos artigos 237 e 248 e parcial dos art. 235, 245, 247 da Lei Geral de Saúde. Os argumentos mobilizados pela SMART foram separados em sete partes, chamadas de conceitos de violação, a saber:

- **Primeiro conceito de violação:** o primeiro argumento defendia que a legislação em questão fere os direitos à identidade pessoal, assim como os princípios de pluralismo e dignidade humana. Argumentou que o uso adulto de *cannabis* deveria ser compreendido na esfera das preferências individuais que singularizam um indivíduo em relação ao demais. Nesse contexto, “*la prohibición de autoconsumo es una forma inequívoca de apagar, silenciar y desconocer el ser social, neutralizando el derecho a la diferencia*” (ZALDÍVAR, 2018, p. 4-5).
- **Segundo conceito de violação:** a SMART argumentou que as proibições administrativas relacionados ao consumo de *cannabis* contidas na Lei Geral de Saúde ferem o direito à personalidade, que por sua vez concentra os direitos à imagem, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana. Esses direitos se referem à “*obligación del Estado de abstenerse de imponer modelos y estándares de vida buena ajenos a los particulares, pues el Estado no puede intervenir en asuntos de trascendencia personal y privada*” (ZALDÍVAR, 2018, p. 5).

- **Terceiro conceito de violação:** a política proibicionista contida nos artigos questionados fere o direito à saúde em seu aspecto negativo, ou seja, entendida como a prerrogativa individual à saúde pessoal, ou a falta dela. Não cabe ao Estado ser paternalista, e interferir na liberdade dos indivíduos para controlar seu corpo e sua saúde (ZALDÍVAR, 2018, p. 5 e 6).
- **Quarto conceito de violação:** os artigos da Lei Geral de Saúde que proíbem o plantio, cultivo, colheita, preparação, armazenamento, posse e transporte de *cannabis* são inconstitucionais porque ferem os direitos à autodeterminação, liberdade individual e dignidade. Com a proibição, o Estado “*asume que el individuo no tiene capacidad racional para disponer de su cuerpo, mente y persona*” (ZALDÍVAR, 2018, p. 6).
- **Quinto conceito de violação:** a proibição do plantio, cultivo, colheita, preparação, armazenamento, posse e transporte de *cannabis* não satisfaz o escrutínio de **proporcionalidade** utilizada pela SCJN para analisar restrições a direitos fundamentais, já que o Estado não pode proteger a saúde dos indivíduos contra a sua vontade. A medida não é **idônea** porque não é capaz de melhorar a saúde da população, não diminui o consumo e não gera prejuízo concreto à saúde coletiva, existindo apenas o risco de se causar dano. A proibição também não é **necessária**, porque existem outras alternativas menos restritivas, como o modelo holandês (restrição dos lugares onde é possível consumir e comprar), o modelo uruguaio (modelo misto de produção e inspeção estatal) e o modelo de tabaco e álcool (regime de permissão controlada). Por fim, a proibição não é **proporcional em sentido estrito**, já que gera prejuízos individuais e sociais maiores que o malefício potencial do uso adulto de *cannabis* (ZALDÍVAR, 2018, p. 7).
- **Sexto conceito de violação:** os atos administrativos da COFEPRIS ferem o direito à igualdade, porque se tratou de forma desigual, sem justificação alguma, sujeitos na mesma situação jurídica (ZALDÍVAR, 2018, p. 7-8).
- **Sétimo conceito de violação:** A COFEPRIS feriu o direito ao devido processo legal, competência e segurança jurídica, ao solicitar aos “*quejosos el desahogo de una nebulosa prevención y posteriormente desechó la solicitud, sin tomar en cuenta que la ley no prevé los requisitos que la autoridad administrativa le exigió*” (ZALDÍVAR, 2018, p. 8).

Para resolver essa questão, a SCJN considerou os seguintes pontos: (i) o marco regulatório dos narcóticos e substâncias psicotrópicas previstas na Lei Geral de Saúde; (ii) a compatibilidade da medida legislativa e o direito fundamental em análise (livre desenvolvimento da personalidade); (iii) determinar se a medida satisfaz o teste de proporcionalidade nos seguintes pontos: a) constitucionalidade dos fins perseguidos com a medida adotada; b) idoneidade; c) necessidade e; d) proporcionalidade em sentido estrito (ZALDÍVAR, 2018, p. 22).

Em relação ao primeiro ponto, a Primeira Sala entendeu que as normas impugnadas fazem parte de um **sistema de proibições administrativas**, que é parte do marco regulatório previsto na Lei Geral de Saúde sobre o controle de narcóticos e psicotrópicos, que pode ser compreendido como obstáculo jurídico para o uso adulto de *cannabis*. Os arts. 235 e 247 estabelecem que apenas as substâncias que tenham fins médicos e científicos podem receber autorização da COFEPRIS, excluindo a *cannabis*. Já os arts. 237, 245 e 248 estabelecem uma proibição expressa que impede que a Secretaria de Saúde emita as autorizações solicitadas pela SMART. A Primeira Sala também entendeu que os direitos de imagem, privacidade e dignidade humana podem ser compreendidos como parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo esse o direito a ser analisado para que se estabeleça a limitação do direito tutelado (ZALDÍVAR, 2018, p. 23-29).

Para responder à segunda pergunta, ou seja, se o sistema de proibições administrativas incide sobre o bem jurídico tutelado, é preciso compreender o que esse direito representa. A SCJN entende que o livre desenvolvimento da personalidade é derivado do direito à dignidade, contido tanto na Constituição de 1917, como em tratados internacionais dos quais o México é signatário. Está atrelado a um tipo de liberdade indefinida, que complementa outros direitos específicos, como a liberdade de crença e expressão, tendo como objetivo salvaguardar ações que não estejam protegidas pelos direitos tradicionais. Dessa forma, é um direito importante para enfrentar novas ameaças a liberdade que surgem a todo momento (S ZALDÍVAR, 2018, p. 34).

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad permite “la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo”, de tal manera que supone “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser

individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera” (SCJN, 2018, p. 34).

No caso em análise, a Primeira Sala considerou que as normas questionadas da Lei Geral de Saúde incidiam sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao impedir que os reclamantes pudessem fazer uso adulto de *cannabis*, ação essa que deveria estar na esfera na autonomia individual.

No terceiro ponto, a SCJN buscou responder se a lei em questão perseguia uma finalidade constitucionalmente válida, através do escrutínio da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A intervenção estatal é fundamentada e legitimada em prol da proteção de bens coletivos, jurídicos e direitos fundamentais. No caso específico, a Primeira Sala entendeu que o bem tutelado pela lei questionada era a saúde e ordem pública, e por isso consideraram a norma constitucionalmente válida. No entanto, os magistrados ressaltaram que a intervenção estatal não encontra respaldo na promoção de valores morais, uma vez que o Estado não pode exigir que os indivíduos vivam de acordo com um determinado modelo de virtude (ZALDÍVAR, 2018, p. 45-51).

Em seguida, a Primeira Sala procurou determinar se a Lei Geral da Saúde constitui o meio adequado para alcançar os fins perseguidos pelos legisladores, a saber, “*la promoción del bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades*” (p. 46), através do escrutínio de idoneidade. Essa etapa tem como objetivo examinar a existência de relação empírica entre a intervenção ao direito e o fim perseguido pela lei, sendo suficiente que a medida contribua de alguma forma para alcançar os objetivos almejados pelos legisladores. Com esse fim, a Primeira Sala procurou analisar a existência de evidências que liguem o uso adulto de *cannabis* a riscos à saúde, dependência, propensão a utilizar drogas mais pesadas e ao cometimento de outros delitos (ZALDÍVAR, 2018, p. 51).

Em relação aos riscos à saúde, a Corte entendeu que o uso adulto de *cannabis* não pressupõe um risco importante para a saúde, exceto quando é crônico e excessivo. A substância pode gerar pânico, redução da ansiedade, estado de alerta, aumento da sociabilidade, redução gradual das funções cognitivas e motores, percepção intensificada da realidade, e alucinações

visuais e auditivas, a depender do nível de intoxicação a qual o usuário está submetido. A Primeira Sala também entendeu que a correlação entre problemas de saúde crônicos causados pelo consumo da planta não é tema pacífico na literatura especializada. Exemplo disso é a correlação entre fumar *cannabis* e cânceres respiratórios, que pode ser explicada em grande parte pelo uso simultâneo de *cannabis* e tabaco. Também é incerta a relação entre *cannabis* e transtornos mentais e psicóticos, com exceção dos usuários que são biologicamente suscetíveis a esses problemas. Não obstante, o Tribunal entendeu que existem evidências sólidas que ligam o uso da substância na adolescência com uma maior probabilidade de sofrer esquizofrenia e depressão na fase adulta. Por fim, a Primeira Sala entendeu os riscos à saúde ocasionados pela *cannabis* não podem ser considerados graves, exceto quando se trata de menores de idade (ZALDÍVAR, 2018, p. 56-59).

No que diz respeito ao uso adulto de *cannabis* e o desenvolvimento de dependência, a Corte achou necessário fazer uma distinção entre abuso contínuo de drogas e dependência. Enquanto o primeiro necessita apenas do uso contínuo de uma droga, o segundo pressupõe o desenvolvimento de tolerância, síndrome de abstinência, e a interferência do consumo com o desenvolvimento de outras atividades desempenhadas pelos usuários. A SCJN entendeu que não há evidências conclusivas no sentido de afirmar que a *cannabis* causa farmacodependência, e os estudos que relacionam *cannabis* e o desenvolvimento de dependência psicológica indicam que ela só pode ser compreendida aliada a fatores pré-existentes, que envolvem questões biológicas e sociais. Além disso, a Corte entendeu que existem evidências sólidas que demonstram que a dependência em *cannabis* se manifesta de maneira menos severa se comparado a outras drogas como o ópio e o álcool (ZALDÍVAR, 2018, p. 59-61).

No ponto seguinte, que questiona a propensão dos usuários de *cannabis* para usar outras drogas mais pesadas, a Primeira Sala entendeu que existe correlação baixa, já que os estudos indicam a existência de uma pluralidade de razões para o fato, que incluem fatores sociais, econômicos, psicológicos e fisiológicos (ZALDÍVAR, 2018, p. 61-63).

No que diz respeito ao uso adulto de *cannabis* e o cometimento de outros delitos, a SCJN entendeu que não existem estudos conclusivos que confirmem este ponto, porque a correlação é estatisticamente pequena para ser considerada significativa. Ainda, a Corte argumentou que o consumo de *cannabis* e o cometimento de delitos podem ter as mesmas

origens sociais. Os estudos apontam também que os efeitos causados pela *cannabis* desestimulam o cometimento de crimes violentos, já que as principais características do uso indicam estado letargia, sonolência e timidez. Por fim, a Corte afirmou que existe correlação a ingestão de *cannabis* e acidentes automobilísticos (ZALDÍVAR, 2018, p. 63-65).

Diante do exposto, a Primeira Sala entendeu que o uso adulto de *cannabis* afeta a saúde das pessoas, a despeito de considerarem os danos causados pequenos em comparação às outras drogas. Dessa forma, entendeu-se que os artigos questionados da Lei Geral da Saúde constituem medida idônea para proteger a saúde das pessoas, uma vez que há relação empírica entre a lei e o objetivo perseguido por ela, sendo suficiente que a medida contribua de algum modo e em algum grau para se alcançar o objetivo do legislador, não importando, nessa fase específica, a real efetividade de medida (ZALDÍVAR, 2018, p. 65-66).

Findado o exame de idoneidade, a Corte passou a analisar se o sistema de proibições administrativas era uma medida legislativa necessária à proteção da saúde e ordem pública, procurando determinar a existência de medidas alternativas e igualmente idôneas, que afetem em menor grau o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O escrutínio de necessidade consiste em avaliar o nível de eficácia, rapidez, probabilidade e afetação material do seu objeto, de modo a dimensionar o universo de alternativas que o legislador pode considerar no momento de afetar o direito em questão (ZALDÍVAR, 2018, p. 66-68).

A primeira parte desta etapa se deu partir da análise da regulação existente para o álcool e o tabaco, chamada de regime de permissão controlada. No entendimento da SCJN, essas drogas oferecem risco à saúde similar ao da *cannabis*. De acordo com a Lei Geral para o Controle de Tabaco, é proibida a venda, distribuição e fornecimento de tabaco à menores de idade, bem como o consumo em instituições de educação pública e privada. Em relação ao álcool, o cenário é similar, com a proibição da venda e consumo de bebidas alcoólicas por menores (ZALDÍVAR, 2018, p. 68-70).

Já numa análise de direito comparado, a Corte citou os exemplos dos Estados Unidos, Holanda e Uruguai. No primeiro, a regulação da *cannabis* varia de acordo com o estado da federação. No Colorado, por exemplo, o uso adulto de *cannabis* é restrito a maiores de vinte e

um anos de idade, com a venda limitada a 28 gramas para residentes, e 7 para não residentes, mediante emissão de autorização pelos órgãos competentes (ZALDÍVAR, 2018, p. 71).

Na Holanda, a *cannabis* nunca foi legalizada, mas é tolerada pelo governo. O comércio da substância está restrito aos *coffe shops* que estão sujeitos a regras muito específicas em relação as restrições nas quantidades que podem ser comercializadas. Já no Uruguai, o Estado assume o controle e regulação da comercialização, produção e distribuição da *cannabis*. O país permite o auto cultivo individual e coletivo da planta, e a venda de até 40 gramas por mês, mediante registro perante o governo tanto de produtores como de consumidores (ZALDÍVAR, 2018, p. 72-73).

Em seguida, a SCJN se pôs a analisar medidas alternativas à proibição absoluta do uso adulto de *cannabis*, como a (i) limitação dos lugares de consumo; (ii) proibição de conduzir veículos ou manejar certos instrumentos sob o efeito da substância; (iii) proibições em relação à publicidade da planta e; (iv) restrição de idade para o consumo. No entendimento da Corte, as possibilidades acima representam medidas menos restritivas à proibição total, já que não vetam o consumo de forma absoluta e só limitam as atividades relacionadas ao autoconsumo a situações específicas (ZALDÍVAR, 2018, p. 73).

Por fim, a Primeira Sala entendeu que o sistema de proibições administrativas representado pelos artigos questionados constitui medida inecessária, uma vez que existem alternativas igualmente idôneas para proteger a saúde e a ordem pública, que interferem em menor grau no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, a Corte entendeu ser inconstitucional a proibição do uso adulto de *cannabis*, já que os artigos em questão não passaram no teste de proporcionalidade (ZALDÍVAR, 2018, p. 75-78).

Na última etapa, a SCJN decidiu sobre a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em realizar um balanço entre os princípios que dizem respeito a um caso concreto. Esse balanço requer comparar o grau de intervenção no direito fundamental que a lei em questão exerce, em relação ao grau de realização do objetivo perseguido. Dito de outra forma, é preciso analisar os pontos positivos e negativos da lei para determinar se a sua existência se justifica. Nesse ponto, a Corte entendeu que a restrição ao direito de livre desenvolvimento da personalidade representado pelos artigos da Lei Geral de Saúde só seria justificável se os danos

associados ao uso adulto de *cannabis* fossem elevados, o que não se observou durante as etapas descritas anteriormente. Sendo assim, entendeu-se que a lei também não era proporcional (ZALDÍVAR, 2018, p. 79-81).

Dessa forma, a SCJN considerou os artigos 237 e 248 (integral) e 235, 245, 247 (parcial) da Lei Geral de Saúde inconstitucionais. Embora a lei tenha sido considerada idônea, ela não se mostrou necessária e proporcional, restando provado a existência de outras medidas que limitam em menor grau o direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade e que respeitam a autonomia individual, ao mesmo tempo em que atuam para amenizar as externalidades negativas derivadas do uso adulto de *cannabis* (DOMINGO, 2018, p. 84-85).

“En conclusión, y a diferencia de lo resuelto en el amparo en revisión 237/2014, en la presente ejecutoria se declara la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, incluyendo las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para adquirir la semilla de cannabis en los términos señalados, por ser una medida desproporcionada y constituir el presupuesto necesario para que la cadena de autoconsumo de marihuana con fines lúdicos y recreativos amparada por el libre desarrollo de la personalidad de los quejosos pueda completarse” (ZALDÍVAR, 2018, p. 88-89).

4.3 Dados Gerais (Brasil)

Processo: RE 635.659/2015. Relator: Gilmar Mendes. Órgão julgador: Plenário. Decisão: pendente. Resultado parcial do julgamento: dois votos a favor da descriminalização apenas da *cannabis* para consumo pessoal, e um voto a favor da descriminalização de todas as drogas para consumo pessoal. Data do julgamento: pendente.

4.3.1 A não-decisão do Recurso Extraordinário 635.659/2015

No Brasil, a legislação que regulamenta a política de drogas vigente é a Lei nº 11.343/2006, de 23 agosto de 2006, que foi aprovada após quatro anos de tramitação no

Congresso Nacional, com mobilizações importantes da sociedade civil e de movimentos sociais, com o propósito de alterar a política de drogas em direção a um modelo de gestão que respeitasse a doutrina dos direitos humanos, ao tratar os riscos associados ao uso de drogas no âmbito da saúde, e não da segurança pública (CAMPOS, 2015, p. 167). No artigo nº 28 da referida lei, os legisladores estabeleceram que

“quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas em autorização em desacordo com a determinação legal ou regulamentar será submetido à (...) advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo” (BRASIL, 2006).

É possível observar que o legislador tentou afastar do usuário e do dependente de drogas qualquer sanção de caráter penal, pela desproporcionalidade e ineficácia dessas medidas em resolver os problemas decorrentes do uso de drogas. Essa medida foi um claro esforço de alinhamento da política nacional de drogas à doutrina dos direitos humanos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição (CAMPOS, 2015, p. 158).

Em nenhum momento o art. 28 proíbe o consumo de drogas. Em vez disso, proscreeve todos os atos relacionados à aquisição, transporte, posse e porte dessas substâncias. Isso ocorre porque o ato de consumir drogas pode ser considerado autolesão que, segundo o nosso ordenamento jurídico, é fato atípico e não pode ser punido com sanções penais. A solução encontrada foi criminalizar todas as formas de acesso a essas substâncias, de forma que o consumo não possa ser concretizado sem que antes haja uma das condutas criminalizadas acima (RUIVO, 2016, p. 12).

O § 1º do art. 28 define que quem, “para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica” (BRASIL, 2006) também está sujeito às mesmas penas alternativas. Isso significa que o auto cultivo de drogas para consumo pessoal também foi despenalizado.

Ocorre que os legisladores não definiram critérios claros de distinção entre usuários e traficantes. A responsabilidade ficou à cargo da discricionariedade do juiz, que “atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se

desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (BRASIL, 2006).

O art.33 representa o contraponto à política de despenalização, já que pune com pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos quem

“(...) importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal” (BRASIL, 2006).

A redação do art. 33 permitiu que os condenados com base nesse artigo cumprissem pena em regime fechado, o que intensificou o processo de encarceramento em massa, sobretudo da juventude negra. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 40% dos mais de 750 mil presos no país estão enquadrados no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o crime de tráfico de drogas. E 64% da população prisional é composta por pessoas negras, que estão sobrerrepresentadas dentro do sistema prisional. Como a pena prevista para o crime é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, réus primários acabam sendo encarcerados mesmo sem o cometimento de crime violento ou a presença de quantidade significativa de droga apreendida (MOURA, 2019).

A questão a ser pensada aqui é o papel desempenhado pelo Poder Judiciário nessa questão, especificamente, pelo STF. Isso porque essa instituição vem alterando de maneira significativa a jurisprudência estabelecida desde a aprovação da Lei nº 11.343/2006, com decisões que foram pouco exploradas pela “grande mídia”, mas que desempenham papel primordial na discussão acerca da descriminalização do uso adulto na cannabis.

O caso mais relevante a esse respeito foi o julgamento acerca da constitucionalidade da “Marcha da Maconha”. Em 2010, o evento sofreu forte repressão policial do governo do Estado de São Paulo, o que suscitou um grande debate na sociedade civil acerca dos limites do direito à reunião, manifestação e liberdade de expressão.

De um lado, estavam defensores da ideia de que a passeata pró-legalização configurava apologia ao crime de porte e tráfico de drogas, sendo um atentado ao bem jurídico da saúde

pública. Do outro, quem argumentava que a proibição da passeata configurava censura, contrariando direitos fundamentais previstos na Carta de 1988 e em diversos protocolos de direitos humanos vigentes no ordenamento jurídico (GOMES, 2012, p. 151).

O STF foi provocado a se posicionar acerca do tema através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, ajuizada pela PGR, que questionou se a proibição da Marcha não contrariava garantias individuais, como a liberdade de manifestação e a liberdade de reunião, contidas, respectivamente, no art. 5º, incisos IV e XVI da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

A Corte seguiu a tese proposta pela PGR e permitiu a realização do evento, o evento em todo o país, ao argumentar que a simples manifestação de pensamento não poderia ser equiparada ao crime de apologia ao uso ou tráfico de drogas. Assim, não permitir à minoria reivindicar mudanças na legislação de drogas poderia significar censura, e um atentado ao processo de autodeterminação individual e coletiva (MELLO, 2011, p. 59).

O curioso a se pensar é que o julgamento da ADPF 187 teve um efeito muito mais amplo do que o que foi peticionado inicialmente pela PGR. Isso porque, para além de autorizar a realização da passeata, permitiu o florescimento de organizações da sociedade civil mais engajadas com a agenda da descriminalização e da legalização da cannabis. Além disso, permitiu que se criasse toda uma indústria relacionada ao uso da substância, seja com a venda legal de instrumentos para o uso da planta, seja com materiais que permitem o auto cultivo indoor da cannabis para consumo pessoal.

Outra decisão que precisa ser destacada é o Habeas Corpus (HC) 143.890, onde se decidiu que é atípica a importação de pequena quantidade de sementes de cannabis, ou seja, isso não gera mais processo criminal automático, como costumava acontecer (MACHADO, 2019, p. 2191).

Essas duas decisões podem ter contribuído de maneira significativa para o florescimento do debate sobre auto cultivo de cannabis no Brasil para uso adulto. Os usuários encontram no art. 28 da Lei 11.343/2006, e na jurisprudência definida pelo STF, brechas legais para o auto

cultivo, considerando que a despenalização é um cenário muito mais próximo da descriminalização do que em relação à proibição.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o STF parece firme no propósito de defender a liberdade de manifestação dos usuários, não parece inclinado a concluir o julgamento do RE 635.659, justamente o processo que pode levar um pouco de ordem ao caos que é a política de drogas e seus efeitos problemáticos para o país.

Dessa maneira, parece que o processo de “descriminalização silenciosa” que vem ocorrendo é direito de poucos indivíduos privilegiados, que conseguem transitar por esse cenário de indefinição legal de maneira mais segura. Isso porque é sabido que a lei de drogas é aplicada de maneira racista e classista, onde as regras não parecem ser aplicadas de maneira uniforme para o conjunto da sociedade (CAMPOS, 2015).

É exatamente esse dilema que está em discussão no julgamento do RE 635.659. De um lado, existem defensores da constitucionalidade e manutenção do art. 28 da Lei de Drogas, que consideram que o usuário dissemina o uso de substâncias ilícitas no meio social, ferindo o bem-jurídico da saúde pública, além de causar diversos outros transtornos oriundos do uso de drogas. Por isso, acreditam que a manutenção – ou até mesmo o recrudescimento – da legislação de drogas é o caminho correto a ser trilhado, em face dos problemas gerados pelo tráfico e pelo consumo de drogas (ALVES, 2015, p. 30-32).

Do outro, os partidários da ideia de que o art. 28 é inconstitucional por ferir os bens jurídicos da liberdade e da intimidade da vida privada, além de representar um empecilho ao processo de autodeterminação individual, fundamental à própria ideia de democracia constitucional. Além disso, argumentam que o encarceramento em massa produzido pela lei gera malefícios muito maiores do que os causados pelo uso de drogas, como a superlotação dos presídios, que fortalece organizações criminosas, bem como a criminalização e genocídio da juventude negra (MEDEIROS FILHO, 2015, p. 77-82).

4.3.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes começa o seu voto tratando sobre o controle de constitucionalidade de normas penais, seus parâmetros e limites. Nesse sentido, ele discorre sobre a obrigação do Estado de não apenas observar os direitos em face do Poder Público, como, também, garantir os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros. Assim, o Estado tem o dever de propiciar a concretização de direitos fundamentais, com ampla discricionariedade concedida pela Constituição de 1988 aos legisladores para decidir sobre o melhor caminho para promover bens jurídicos fundamentais, inclusive através de medidas de natureza penal (MENDES, 2015, p. 3-5).

A ampla discricionariedade já citada não constitui carta branca para os legisladores fazerem tudo, uma vez que precisam observar os princípios da proporcionalidade para não criar leis que sejam contraditórias, incongruentes ou irrazoáveis, de modo a compatibilizar a necessidade e a adequação da providência adotada. A função do Tribunal é “examinar se o legislador utilizou sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar” (MENDES, 2015, p. 6).

O Ministro recorreu ao direito comparado, especificamente à jurisprudência sedimentada pela Corte Constitucional alemã, para tratar sobre os três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais, separados por (i) controle de evidência; (ii) controle de justificabilidade e; (iii) controle material de intensidade (MENDES, 2015, p. 7).

O controle de evidência reconhece que o legislador possui ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto as medidas adotadas, e somente poderá ser declarada inconstitucional as medidas que não se mostrarem idôneas para a efetiva proteção do bem jurídico tutelado (MENDES, 2015 p. 7).

Já no controle de justificabilidade, é preciso conferir se o legislador considerou todas as informações disponíveis e refletiu sobre as consequências da aplicação da norma. Assim, os fatos legislativos constituem parte essencial do controle de constitucionalidade exercido pelo

Poder Judiciário, uma vez que é daí que os juízes poderão julgar se a medida e ou não justificável (MENDES, 2015 p. 8-9).

Por fim, no controle material de intensidade, a Corte examina se a medida legislativa que intervém em direitos fundamentais é obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos de igual relevância, através de avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para fiscalizar se a intervenção no direito fundamental está devidamente justificada por singular importância. Dito de outra forma, é preciso equilibrar entre o significado da intervenção e os objetivos perseguidos (proporcionalidade em sentido estrito) (MENDES, 2015 p. 9-11).

Em seguida, o Ministro trata sobre os chamados crimes de perigo abstrato para falar sobre o risco potencial representado pelo uso adulto de *cannabis*, que pode ser definido como “aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico” (MENDES, 2015 p. 12). Assim, não é necessário que, no caso concreto, a existência de lesão ou perigo de lesão se efetive, bastando que o delito esteja descrito na lei penal. Por isso, é necessária uma rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade, de modo a impedir que se traduza em injustiças.

Na análise sobre controle de evidência, que trata sobre a idoneidade da proteção ao bem jurídico tutelado, o Ministro ressaltou que apesar da despenalização, muitos usuários de drogas acabam enquadrados no crime de tráfico de drogas, já que existe ampla discricionariedade tanto da autoridade policial, quanto da autoridade judiciária para determinar a existência ou não do crime tipificado pelo art. 33 da Lei de Drogas, pela falta de critérios mais objetivos por parte dos legisladores. Sendo assim, é possível dizer que condenações pelo crime de tráfico dizem menos sobre a quantidade de droga apreendida, e mais sobre quem foi abordado e onde a abordagem foi realizada, tendo a seletividade penal papel central do encarceramento em massa de jovens e periféricos (MENDES, 2015 p. 16-20).

Assim, Mendes entendeu haver “incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes” (MENDES, 2015 p. 21), significando violação ao princípio da proporcionalidade nesse aspecto.

Em relação ao controle de justificabilidade, que tenta determinar se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento disponíveis, o Ministro entendeu que não foi o caso. Segundo ele, não existem estudos sólidos que liguem a chamada “guerra às drogas” à diminuição do uso e do tráfico de entorpecentes, havendo, ao contrário, aumento do tráfico nas últimas décadas. Mendes destacou também a tendência observada nas últimas décadas de descriminalização ou despenalização das drogas ao redor do mundo, tendo em vista as externalidades negativas que a repressão às drogas causa a nível global (MENDES, 2015 p. 21-22).

O Ministro concluiu que a construção do Projeto de Lei (PL) 11.343/2006 não observou de maneira criteriosa os dados técnicos que relacionam o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos tutelados, e nem concedeu justificativa razoável para a limitação do direito à privacidade e intimidade dos usuários de drogas. Assim, Mendes entendeu que a criminalização está em desacordo com o princípio da proporcionalidade (MENDES, 2015 p. 22-25).

Na parte seguinte, o juiz procurou examinar o controle material de intensidade, que tem por objetivo observar se a medida interventiva sobre o direito fundamental é necessária, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos de igual relevância. Dessa forma, é preciso sopesar o direito à privacidade e intimidade, com o perigo abstrato à saúde representado pelas drogas, procurando evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais no núcleo essencial da Constituição (MENDES, 2015 p. 25-29).

Nesse sentido, Mendes ressaltou que, quando se trata sobre o núcleo essencial da Constituição e medidas legislativas que a restringem, existem duas correntes em jogo: a teoria absoluta e a teoria relativa. A primeira entende os direitos fundamentais como “unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa” (MENDES, 2015 p. 29). Já a segunda compreende que “o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo, mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade” (MENDES, 2015 p. 30).

Em seguida, o Ministro tratou sobre os bens jurídicos tutelados pela Lei de Drogas, a saber, o direito à saúde e segurança pública. Nesse ponto, tentou-se demonstrar a “valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal, onde se exige a demonstração do dano potencial associado à conduta objeto de incriminação” (MENDES, 2015 p. 33). Assim, Mendes utiliza o exemplo do álcool e tabaco para demonstrar que, apesar dos problemas de saúde coletiva associados a esses hábitos, eles não parecem ser relevantes o suficiente para legitimar a proibição da venda e do consumo.

Não basta, portanto, constatar a importância do bem jurídico da saúde pública, mas sim relacionar o consumo de drogas a uma real afetação do direito tutelado. Sendo assim, o juiz passou a examinar o grau de interferência nos direitos individuais afetados, de modo a aferir a necessidade da intervenção (MENDES, 2015 p. 34-35).

A exemplo do decidido no contexto mexicano, o Ministro entendeu que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o da autodeterminação. Ambos estão atrelados, no ordenamento jurídico brasileiro, ao direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem (p. 46). Sendo assim, entendeu-se que a despeito dos prejuízos físicos e mentais que as drogas podem causar, a legislação aplicada ao caso fere de maneira desproporcional os direitos citados acima. Ainda que o consumo de certas substâncias pressupõe o contato com traficantes, não é possível responsabilizar os usuários por causa disso (MENDES, 2015 p. 36-37).

Ainda nesta toada, o Ministro argumentou que a lei em questão desrespeita a esfera da autonomia individual, ao tentar impedir que os indivíduos possam colocar a sua própria saúde em risco, principalmente se considerarmos outras medidas menos lesivas dos direitos fundamentais citados acima. Assim, Mendes entendeu que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir desnecessariamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de forma desproporcional (MENDES, 2015 p. 38-40).

Após o escrutínio de proporcionalidade, o Ministro passou a tratar sobre alternativas a criminalização a partir de exemplos de outros países. Trazendo uma perspectiva internacional, tratou sobre a mudança de paradigma no que diz respeito às políticas de drogas em países como Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, que fizeram, em maior ou

menor grau, reformas que desafiaram a lógica proibicionista em voga há várias décadas, substituindo as sanções penais por administrativas em relação a posse para consumo pessoal (MENDES, 2015 p. 40-41).

Além disso, ressaltou que em alguns países como Argentina e Colômbia, a descriminalização ocorreu após decisão judicial de suas Cortes Constitucionais. Essas reformas trouxeram consigo definições mais nítidas no que diz respeito à distinção entre usuários e traficantes, diferente do observado no Brasil, como já citado anteriormente. Sendo assim, Mendes decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, para todas as drogas, por entender que a criminalização restringe em grau máximo e desnecessariamente a garantia da intimidade, vida privada e da autodeterminação, ao reprimir a autolesão em detrimento de políticas regulatórias de menor gravidade (MENDES, 2015 p. 41-49).

4.3.3 Voto do Ministro Edson Fachin

Diferente do Ministro Gilmar Mendes, que decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 28 para todas as drogas, Fachin fez questão de reafirmar que a sua decisão diz respeito exclusivamente à *cannabis*, por causa da inegável relevância jurídica, social, política e econômica do tema. Para ele, tratar sobre a questão da descriminalização da *cannabis* para uso adulto é paradoxal, já que ao mesmo tempo em que permite a reorientação de políticas públicas em prol dos usuários e dependentes de drogas, permite também agravar o problema do tráfico, já que onde há consumo, existe também comércio (FACHIN, 2015, p. 2).

Dessa forma, a “manutenção da proibição do tráfico de forma conjunta à descriminalização, não obstante a ausência de dados indisputáveis sobre isso, apenas abona estímulo à traficância, seja pela lucratividade, seja por possível ampliação do mercado de consumo (FACHIN, 2015, p. 3). Apesar disso e dos problemas associados ao consumo de drogas, Fachin entende que essa prática está no âmbito da liberdade, da autonomia privada e dos limites de interferência estatal sobre o indivíduo (FACHIN, 2015, p. 3).

Adiante, o Ministro trata sobre três argumentos comumente utilizados para justificar a punição do consumo pessoal de drogas: o perfeccionista, o paternalista e o de defesa da sociedade. O primeiro justifica a proibição com o argumento baseado na reprovabilidade moral da conduta, ao impor um padrão de conduta moral aos indivíduos que se julga ser digno e adequado. Já o segundo ocorre quando se justifica a proibição do consumo com base na reprovação, desincentivo e prevenção geral. Diferente do primeiro, não busca impor um modelo de vida ideal, mas tenta proteger os indivíduos contra os danos que o consumo de drogas pode gerar. Em relação ao terceiro, justifica a proibição visando a proteção dos demais cidadãos, já que, segundo essa visão, usuários e dependentes podem roubar e cometer outros ilícitos para saciar o vício (FACHIN, 2015, p. 3-4). Em resposta a esses argumentos, Fachin entende que

“(...) criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue (correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz) e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar (FACHIN, 2015, p. 5).

No caso em questão, há o *(i)* choque do perigo abstrato versus princípio da ofensividade e; *(ii)* a concepção perfeccionista de proteção social do Estado versus direito constitucional à intimidade e à vida privada. Existe, portanto, um choque entre a autodeterminação individual de matriz kantiana e autodeterminação coletiva, através da criação de uma lei que tem por objetivo, em tese, promover a saúde da população, em detrimento da autonomia do indivíduo de pôr a sua própria vida em risco caso assim deseje (FACHIN, 2015, p. 6).

O juiz argumentou que a criminalização está situada entre o Direito Penal do autor e do fato, considerando que o ato de usar drogas, por vezes, constitui parte essencial da personalidade da pessoa, e só é passível de criminalização se restar provado que a proibição de dada conduta protegerá outro direito fundamental, observando-se aqui o princípio da ofensividade (FACHIN, 2015, p. 7).

O juiz explica que a restrição à autonomia privada, mediante utilização de sanções penais só é legítima quando há dano efetivo na autonomia de terceiros, ocasião em que sanções de caráter penal podem ser empregadas (princípio da ofensividade). É preciso provar, para além

de uma dúvida razoável, que proibição é a melhor estratégia de proteção do bem jurídico tutelado, o que não ocorreu (FACHIN, 2015, p. 8).

Nesse sentido, Fachin afirma que o dependente é vítima e não criminoso, e que por vezes acaba dentro do sistema penitenciário. Encarcerado, o dependente de drogas se afasta do tratamento adequado, que o Estado tem a obrigação de oferecer de acordo o art. 196 da Constituição de 1988 (FACHIN, 2015, p. 12).

Diante do exposto, o ministro decidiu pela (i) inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sem redução do texto e exclusivamente para cannabis; (ii) manutenção da proibição para consumo pessoal de todas as outras drogas; (iii) manutenção da tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e comercialização de cannabis, declarando a inconstitucionalidade progressiva das condutas relacionadas à produção e comercialização, até devida regulamentação legislativa; (iv) declarar como atribuição legislativa estabelecer quantidades mínimas que sirvam para diferenciar usuários e traficantes, bem como incumbir a Secretaria Nacional de Políticas de Drogas (SENAD) e o Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPCCP), no prazo de até 90 dias, a contar da data de julgamento, parâmetro provisórios de diferenciação entre consumo e tráfico; (v) absolver o recorrente por atipicidade da conduta; (vi) criar um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo presidente do STF para: a) diferenciar usuários e traficantes; b) debater sobre regulamentação (FACHIN, 2015, p. 18-19).

4.3.4 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Roberto Barroso introduz seu voto explicando que a interpretação constitucional se situa entre a proteção de direitos fundamentais e o pragmatismo jurídico. Enquanto o primeiro funciona como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas, o segundo é fruto do pragmatismo filosófico. Este último, por sua vez, pode ser dividido em dois: o contextualismo, onde a realidade em que dada situação está sendo decidida tem peso na escolha da solução ideal e; consequencialismo, em que o resultado prático da decisão tem

fundamental importância. A melhor decisão é aquela que explora melhor essas duas características, onde o contexto e os efeitos práticos da decisão são observados (BARROSO, 2015, p. 3).

Dito isso, Barroso passa a tratar sobre algumas premissas fáticas e filosóficas sobre a problemática das drogas. Segundo ele, o consumo de drogas é ruim, e o papel do Estado e da sociedade deve ser o de desincentivo do consumo, tratamento dos dependentes e combate ao tráfico. Sendo assim, o julgamento de tal tema não é um incentivo ao consumo de drogas, mas serve para decidir se sanções de caráter penal são a melhor alternativa para concretizar as ações descritas acima (BARROSO, 2015, p. 3-4).

O ministro também afirma que a guerra às drogas falhou, como mostra o aumento do consumo de substâncias ilícitas, o não tratamento dos dependentes e o aumento do poder do tráfico, além do alto custo político, social e econômico decorrente desse duradouro conflito. A prioridade deve ser a de neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico e impedir a superlotação dos presídios, sobretudo com jovens, pobres e negros. Além disso, o consumidor não deveria ser tratado como criminoso, por assumir, deliberadamente, risco a sua própria saúde ao consumir drogas (BARROSO, 2015, p. 4).

Com os objetivos traçados, Barroso passa a tratar sobre as razões pragmáticas para a descriminalização. Para ele, a criminalização e repressão permitiu o fortalecimento do crime organizado e do consumo de drogas ilícitas. Aliado a isso, o país também observou o aumento do encarceramento por crimes relacionados à Lei 11.343/2006, e o aumento de crimes violentos praticados por egressos do sistema penitenciário encarcerados por condenações, ou acusações relacionadas ao uso de drogas. Por último, afirma também que a criminalização marginaliza e afasta os usuários e dependentes de drogas do sistema de saúde e dos tratamentos adequados para se tratar o vício (BARROSO, 2015, p. 4-6).

A parte seguinte do voto trata sobre as medidas adotadas por outros países para lidar com o mesmo problema. Ele cita que nos Estados Unidos 27 dos 50 estados já descriminalizaram o porte de maconha para uso adulto ou medicinal. Em Portugal, onde o consumo de drogas é descriminalizado, o limite de diferenciação entre usuários e traficantes é de 25 gramas. Ainda, o país não observou o aumento do consumo de drogas, mais dependentes

procuraram tratamento e houve redução da infecção do vírus HIV por usuários de drogas injetáveis. Espanha, Holanda e Uruguai são outros países que passaram por experiências bem-sucedidas de descriminalização da cannabis para uso adulto (BARROSO, 2015, p. 6-7).

Em relação aos fundamentos jurídicos que justificam e legitimam a descriminalização, o ministro entendeu que a lei viola o (i) direito a intimidade e vida privada; (ii) o direito à autonomia individual, e; (iii) fere o princípio da proporcionalidade. Em relação ao primeiro, Barroso afirmou que um indivíduo faça na sua vida privada se encontra na sua esfera de discricionariedade, e que a moral não pode ser confundida com o direito (BARROSO, 2015, p. 7-8).

No segundo ponto, entendeu que a liberdade é um valor essencial nas sociedades, e que esse direito pressupõe certo grau de autonomia individual, de modo que o indivíduo possa se autodeterminar. A limitação do direito à autonomia individual só pode ocorrer em face do prejuízo a bens jurídicos de terceiros (BARROSO, 2015, p. 8-9).

No terceiro ponto, esclarece que a restrição a um direito precisa ser proporcional e a proporcionalidade é atestada após verificação da adequação, necessidade, e proveito da medida restritiva. Em relação a adequação, a criminalização não parece ser a solução ideal para o fim pretendido, que é a proteção da saúde pública. Em relação a necessidade, existem alternativas que não passam pela via penal. Já a respeito da proporcionalidade em sentido estrito, entende que os resultados não justificam a manutenção da criminalização, quando se observa o montante destinado à repressão, a superlotação dos presídios, o empoderamento de organizações criminosas que atuam na venda de drogas e o aumento do consumo de drogas. Por isso, a criminalização não é razoável, nem proporcional para lidar com o problema (BARROSO, 2015, p. 9-10).

Diante do exposto, decide pela “inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 1o do artigo 28 da Lei no 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do caput, ‘quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (BARROSO, 2015, p. 10).

5. CONCLUSÃO

Os dois casos em análise tratam sobre a descriminalização do uso adulto de cannabis fazem parte de um movimento global que ganhou força durante a década passada, a partir da reavaliação dos custos associados à Guerra às Drogas, e capitaneado, sobretudo, por Cortes Constitucionais. Coincidentemente, os dois processos chegaram à instância máxima do judiciário em 2015, através de sucessivos recursos que são parte da chamada litigância estratégica.

Pouco mais de seis anos após início da tramitação na instância máxima do Poder Judiciário, os países parecem ter tomado caminhos diferentes: enquanto no México a questão foi decidida em 2018 a favor da inconstitucionalidade dos artigos da Lei Geral da Saúde que proibiam o plantio para uso adulto e pessoal, no Brasil a questão ainda se arrasta sem nenhuma perspectiva de conclusão. Sendo assim, descrever as consequências da decisão da SCJN no cenário social, político e econômico do México pode ajudar a compreender os efeitos da não decisão do STF.

Antes disso, é preciso tratar sobre a construção argumentativa observada nos votos, similaridades e disparidades entre o debate jurisdicional nos dois países. Em relação as similaridades, observou-se que elas são de ordem institucional e decisional. As duas instituições são compostas por 11 ministros, e situam-se rol de Cortes Constitucionais que ganharam poder e maior relevância nas últimas décadas, sendo responsáveis por decisões relativas à garantia de direitos fundamentais, como nos julgamentos (casos) que declararam a inconstitucionalidade de leis que impediam pessoas do mesmo sexo de se casar. Também é preciso citar que ambos os países adotam, formalmente, o sistema jurídico da *civil law*, mas passaram por reformas judiciais que introduziram instrumentos existentes na *common law*, o que possibilita dizer que possuem um sistema jurídico híbrido.

A questão chegou às Cortes de maneira indireta, no caso Mexicano através da revisão de amparo e no Brasil, pelo Recurso Extraordinário, já que em nenhum dos países, ações de controle abstrato de constitucionalidade que tinham como objeto de debate a descriminalização da *cannabis* para uso adulto prosperaram.

Nos dois casos, o bem jurídico tutelado pela norma objeto de escrutínio é a saúde pública, prevalecendo o entendimento que esse direito é demasiadamente abstrato para que possa justificar a limitação do direito constitucionalmente garantido ao livre desenvolvimento da personalidade, no caso mexicano, e da liberdade, autonomia privada, privacidade, e autodeterminação no caso brasileiro.

Ainda nesse sentido, os argumentos mobilizados pelos queixosos para contestar a constitucionalidade dos artigos que proibiam o plantio e uso adulto de *cannabis* são parecidos, e se baseiam na liberdade, privacidade, autonomia privada e livre desenvolvimento da personalidade.

Outra similaridade possível de ser observada, é em relação ao princípio da ofensividade, citada pelo ministro Barroso e presente no acórdão mexicano. Como não há evidências de que o uso adulto leve ao cometimento de crimes, a proibição se mostra injustificável por não ferir bens jurídicos de terceiros. A autonomia individual, que é uma derivação lógica do direito constitucionalmente garantido à liberdade, deve permitir que o cidadão disponha da sua saúde como bem desejar, mesmo quando o resultado de suas ações for em prejuízo do seu próprio bem-estar.

Todos os votos caminharam no sentido de demonstrar que a proibição, seja ela de caráter administrativa, ou penal, é desproporcional e ineficaz na promoção da saúde coletiva, causando, ao contrário, mais danos ao conjunto da sociedade. Em todos os votos, a situação da superlotação dos presídios foi citada como resultado dos malefícios causados pela repressão às drogas.

É preciso pensar que o perfil dos encarcerados pela repressão às drogas, tanto no Brasil, como no México, é bastante similar, sendo composto sobretudo por jovens e pobres. É preciso também adicionar os negros como principal grupo prejudicado por essa política no Brasil.

Outro argumento que não foi explorado em nenhum dos votos, mas que é representativo da realidade dos dois países e que precisa ser citado, é a baixa qualidade da *cannabis* normalmente comercializada no mercado ilegal de drogas. Isso porque, como a droga é

armazenada e transportada de maneira incorreta, acaba chegando de um estado fora dos padrões ideais de consumo.

Dessa forma, a proibição não somente não ajuda a salvaguardar o bem jurídico da saúde coletiva, como atua em sentido contrário, pondo em risco a saúde e bem-estar dos usuários e dependentes, ao não permitir que esses indivíduos tenham pleno conhecimento do que estão ingerindo. A título de comparação, é possível pensar que, num cenário onde o álcool fosse proibido, haveria inúmeros problemas associados à qualidade do produto comercializado, com efeitos colaterais em virtude da falta de regulamentação e fiscalização da produção desse item.

Outro argumento presente em todos os votos é que a proibição afasta os usuários e dependentes de drogas do sistema de saúde, e do tratamento adequado contra a dependência causada pelas drogas em parte dos consumidores. Políticas de redução de danos, por exemplo, ficam em segundo plano, prejudicando ainda mais os usuários e dependentes que querem parar de fazer o uso, ou diminuir o consumo ou a forma como a droga é consumida.

Um exemplo citado no acórdão do AR 548/2018, e presentes nos votos dos ministros Barroso e Mendes é o fornecimento de agulhas para usuários e dependentes de heroína em Portugal, que ajudou a diminuir o número de infecções causadas pelo vírus HIV. Pensando em estratégias de redução de danos específicas para *cannabis*, é possível citar a vaporização da erva, ou sua utilização em forma de óleo, por exemplo.

Em relação às disparidades, é possível citar o local onde a questão foi julgada: enquanto no México as questões relativas ao precedente iniciado pelo caso SMART foram decididas em turmas, a decisão do caso brasileiro precisa ser decidida no Plenário, o que pode dificultar a formação de maioria em qualquer um dos sentidos.

Além disso, é preciso notar que o *status* das normas impugnadas nos dois casos são diferentes: enquanto no México o caminho encontrado foi determinar que Secretaria Geral de Saúde emitisse autorizações para o plantio de cannabis para uso adulto, ou seja, agindo contra proibições administrativas, no Brasil o que está em questão é a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, tratando, portanto, de uma norma penal, o que pode tornar a decisão mais difícil de ser tomada.

É preciso analisar também as condições geográficas e políticas nos anos que antecederam e sucederam à chegada da questão às respectivas Cortes Constitucionais. No México, a gestão de Felipe Calderón foi marcada pelo conflito entre Estado e narcotráfico, tendo como resultado incontáveis mortos, tanto civis como militares. O próximo presidente eleito, Enrique Peña Neto (PRI) precisava encontrar soluções mais eficazes no combate ao narcotráfico, ao mesmo tempo que procurava diminuir a letalidade resultado da repressão ao consumo de drogas.

Dessa forma, quando a revisão de amparo chegou à SCJN, não havia forte oposição por parte dos outros Poderes ao debate sobre a descriminalização da cannabis para uso adulto. Além disso, os Estados Unidos já começavam a observar mudanças no panorama legal associado ao consumo de cannabis, com a legalização no estado de Washington aprovada em 2014. A proximidade entre os dois países e o intercâmbio cultural fruto dessa proximidade parece ter exercido influência na mentalidade do povo mexicano e de suas autoridades, que começavam a encarar a descriminalização como uma possibilidade viável.

Já no Brasil, no mesmo período, havia um cenário de instabilidade institucional, com a fragilização política da ex-presidente Dilma Rousseff, que no ano seguinte resultaria no seu impedimento. Além disso, esse período também ficou caracterizado pelo fortalecimento político de alas conservadoras, que se opõem fortemente à descriminalização e/ou legalização da cannabis para uso adulto.

Em 2018, com a eleição do presidente Jair Bolsonaro, o STF passou de um cenário onde não havia apoio dos outros Poderes em relação a essa pauta, para outro de oposição ferrenha a qualquer proposta de alteração da Lei de Drogas, o que não se verificava nas gestões anteriores. Além disso, a Corte tem sido lançada constantemente nos últimos anos em temas polêmicos e controversos, em virtude da posição combativa adotada pela gestão Bolsonaro, que obriga a Corte a se posicionar em defesa da Constituição e proteção dos direitos de minorias.

Isso talvez possa explicar o motivo de todos os votos terem sido proferidos em 2015, quando o cenário político e social não era tão hostil como nos últimos cinco anos e porque não existe nenhuma previsão para que o caso seja concluído. Isso, aliado ao fato de que o julgamento

ocorreu em turmas, pode ter facilitado a formação de maioria para que a jurisprudência que permitiu o plantio e consumo de *cannabis* para uso adulto fosse estabelecida.

Além disso, mesmo que Andrés Manuel Lopez Obrador, que é presidente do México desde 2018, seja considerado conservador em questões morais, vem mostrando apoio à decisão tomada pela SCJN, muito diferente do que se desenha no Brasil, onde não existe interlocução a respeito desse tema com o Executivo Federal, e onde o Parlamento só consegue avançar em relação ao uso medicinal da *cannabis*.

Já em relação as consequências da decisão da SCJN, é preciso citar que o Parlamento mexicano aprovou a legalização da *cannabis* para uso adulto tanto na Câmara dos Deputados como no Senado, o que certamente pode ser considerado um julgamento histórico. A decisão do parlamento mexicano foi influenciada pela decisão da Corte, que determinou a emissão de autorizações, por parte da Secretaria Geral de Saúde, aos usuários que desejam fazer uso adulto de *cannabis*, bem como determinou que o Poder Legislativo do país alterasse a legislação em relação à planta.

Dessa forma, o México está prestes a ser tornar o maior mercado legal de *cannabis* no mundo, e existem fortes expectativas que isso venha acompanhado do aumento da arrecadação, e diminuição do número de pessoas encarceradas por crimes relacionados às drogas. Não obstante, a descriminalização e legalização da *cannabis* para uso adulto não pode ser enxergado como a solução de outros problemas, por que as outras drogas continuam criminalizadas, sem previsão para que um debate acerca dessas substâncias ocorra.

Assim, é preciso acompanhar atentamente o cenário mexicano, de modo a observar se a diminuição da receita do tráfico de drogas não irá acentuar as disputas de organizações criminosas que atuam na área. Mesmo que a *cannabis* seja normalmente comercializada a um valor menor do que a cocaína, por exemplo, o volume de comercialização da planta é superior ao observado com essa droga.

É importante ressaltar que a legalização adotada no México permite que o plantio para consumo pessoal, desde que autorizada pela COFEPRIS. Isso significa dizer que o consumo da substância não ficará, necessariamente, restrito a grupos que possuem poder aquisitivo maior

para adquirir e consumir a planta. Isso porque, com a legalização, vem também a regulação do mercado, com o pagamento de impostos e exigências de qualidade mínima para comercialização da planta. Assim, usuários com poucos recursos financeiros não serão, necessariamente, deslocados para o mercado ilegal.

Já em relação ao Brasil, é preciso tratar sobre a não decisão do STF e suas possíveis consequências. A primeira, e mais óbvia, é que há possibilidade da composição interna da Corte ser alterada, com aposentadoria e indicação de novos ministros. Num cenário de manutenção da gestão Bolsonaro, é possível que a decisão seja completamente diferente do que se desenha atualmente, de descriminalização.

Desta forma, aguardar um cenário político e social mais favorável à descriminalização, pode, em verdade, favorecer a manutenção dos problemas associados à repressão às drogas, como a superlotação de presídios e fortalecimento de organizações criminosas que atuam na venda de substâncias ilícitas.

Como no México, a descriminalização da *cannabis* não pode ser vista como a solução de todos os problemas associados à venda ilegal e uso de drogas ilícitas, mas pode ser o início de uma reorientação em prol de uma política de drogas que privilegie a saúde e bem-estar do cidadão em detrimento de estratégias pouco eficazes, desproporcionais e punitivas. Além disso, a queda na receita de organizações criminosas que atuam vendendo *cannabis* ilegal pode representar um golpe ao financiamento dessas organizações, apesar do potencial de disputa de territórios e consequente violência causada por isso.

Outra consequência da não decisão do STF é o cenário de insegurança jurídica imposto pelas decisões contrastantes da Corte. Como já citado anteriormente, existem brechas legais e jurisprudenciais que levam a crer que o Brasil já se encontra num cenário de descriminalização do plantio de *cannabis* para uso adulto, com a despenalização ocorrida com a Lei de Drogas em 2006, e os precedente em relação à importação de semente de *cannabis*.

Essas decisões, no entanto, parecem beneficiar somente grupos e indivíduos que já não enfrentavam problemas relacionados ao plantio e consumo de *cannabis*, como a população com maior nível de educação formal e poder aquisitivo, que consegue tramitar pelo cenário de

incerteza legal de maneira mais fácil, já que existe bastante discricionariedade das políticas e do Poder Judiciário da diferenciação entre o crime de tráfico e o de porte para consumo pessoal.

É dever do STF decidir sobre o assunto, quando as instituições competentes se recusam a fazê-lo. Indo além, também é dever que a decisão final respeite a Constituição e os direitos fundamentais que a instituição foi incumbida de proteger. Qualquer decisão contrária ao que já se desenha, ou seja, em sentido da inconstitucionalidade do art. 28, seria incompatível com o processo de descriminalização da *cannabis* que Cortes Constitucionais mundo afora estão promovendo (EASTWOOD, 2016).

Apesar disso, qualquer decisão é melhor do que nenhuma decisão. Como descreveu Mendes (2012), um dos aspectos constitutivos do processo deliberativo “legítimo” é a compreensão de que as discussões ocorrem em rodadas, e uma decisão não constitui um fim em si mesma, sendo apenas uma etapa constitutiva de um processo decisório mais amplo e que não envolve apenas o STF.

Uma Corte Constitucional não age politicamente apenas quando decide, mas também quando deixa de fazê-lo sem uma justificativa razoável. A omissão, nesse sentido, não é uma prática comum somente dos outros Poderes, mas também do Judiciário, com o agravante de que a Corte Constitucional é o espaço idealizado para mediar os conflitos inerentes à vida em sociedade, principalmente, quando o assunto é a proteção de minorias e de direitos individuais (FONTE, 2015).

A qualquer decisão que se chegue, independentemente de qual seja, precisa ser sopesada e exaustivamente deliberada. A prerrogativa que o STF possui de Corte Constitucional é justificada à luz do desenho institucional e constitucional que privilegia a troca de argumentos na sincera busca para a melhor solução existente para um dilema constitucional, em detrimento da lógica majoritária existente no Legislativo, que nem sempre é competente em prevenir que leis inconstitucionais sejam aprovadas (MENDES, 2012).

REFERÊNCIAS

- ALVES, Débora Cláudia Pereira. Constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. **MPMG Jurídico**, 2015
- ARANTES, Rogério Bastos. **O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a construção de um sistema híbrido**. 1994. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado, Departamento de Ciência Política da USP, São Paulo.
- ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. **O Supremo em**, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto oral no Ministro Luís Roberto Barroso. STF, 2015.
- BARTLETT, Lesley; VAVRUS, Frances. Estudos de caso comparado. *Educação & Realidade*, v. 42, n. 3, p. 899-920, 2017.
- BUNTING, W. C.; GARCIA, Lynda; EDWARDS, Ezekiel. The war on marijuana in black and white. **American Civil Liberties Union, June**, 2013.
- BURGIERMAN, Denis Russo. O Fim da Guerra-A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. Leya, 2014.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **J. Pub. L.**, v. 6, p. 279, 1957.
- MELO, Fonte. Felipe. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no Supremo Tribunal Federal. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 17, n. 67, p. 263-289, 2017.
- BRASIL, Senado Federal. Constituição da república federativa do Brasil. **Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico**, 1988.
- DOMINGO, Pilar. Judicial independence: the politics of the Supreme Court in Mexico. *Journal of Latin American Studies*, p. 705-735, 2000.
- EASTWOOD, Niamh; FOX, Edward; ROSMARIN, Ari. **A Quiet Revolution: Drugdecriminalisation Across the Globe**. Release drugs the law and human rights, 2016.
- FACHIN, Edson. Voto do Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 635.659/2015. STF, 2015.

FECCHIO, Mariceles Cristhina; MUNGO, Marileia Rodrigues. Da evolução histórica do princípio da celeridade processual. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 9, n. 1, 2006.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. Constitutionalism and rights protection in Mexico and Brazil: comparative remarks. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, n. 3, p. 233-255, 2018.

GOMES, Marina Pereira Manoel. A liberdade de expressão no estado democrático de direito: ponderações sobre a repressão estatal aos direitos fundamentais e a ADPF 187/DF. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 1, p. 144-163, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?. **Political theory**, v. 29, n. 6, p. 766-781, 2001.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist: Or, The New Constitution**, by Alexander Hamilton, J. Jay & J. Madison. JM Dent & sons, Limited, 1917.

HELMHOLZ, Richard H. Bonham's Case, judicial Review, and the Law of Nature. **Journal of legal analysis**, v. 1, n. 1, p. 325-354, 2009. HERRERA GARCÍA, Alfonso. Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2015. **OPENAIRE**, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Martins Fontes, 2007.

MADISON, Marbury v. 5 US 137. 1803.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 57, p. 113-133, 2002

MACHADO, Isabel Penido; YOUSSEF, Surrailly Fernandes. *Jurisprudência*, 2019 p. 2191-92.

MARINERO, Carlos Martín Gómez. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, n. 7, 2020.

MEDEIROS FILHO, Delano Benevides de. **Do usuário de estupefacientes e o punitivismo estatal: uma análise da inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06 à luz de critérios criminológicos e dos princípios constitucionais luso-brasileiros**. 2015. Dissertação de Mestrado.

MELLO, Celso. de. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal–ADPF 187. **Brasília: Supremo Tribunal Federal**, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. **Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros**, p. 54-73, 2012.

MENDES, Gilmar. **Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 635.659/2015**. STF, 2015.

MOURA, Marcos Vinícius. Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), atualização junho/2017. 2019.

NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 740-756, 2018.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 43, n. 1, p. 415-458, 2014.

RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de portede drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006). **Boletim IBCCRIM**, v. 281, p. 12-13, 2016.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista Usp**, n. 21, p. 34-45, 1994.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 7, n. 2, p. 277-297, 2015.TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? **The global expansion of judicial power**, v. 27, p. 28-33, 1995.

SILVEIRA, Campos, Marcelo. Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (no 11.343/2006) no Congresso Nacional. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, n. 2, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O judiciário brasileiro e a formação dos seus juízes. 1999.GARCÍA, Jorge Valdivia. La scjn y la marihuana: del temor apocalíptico al debate obligado. 2016.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos aprende depois: suprema corte e ativismo judicial" à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.VINX, L. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, 2015.

ZALDÍVAR, Arturo. Proyecto de sentencia, amparo en revisión 237 / 2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015. ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 237-253, 2012.

ZURN, Christopher F. **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**. Cambridge University Press, 2007.