



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Judicialização da Política e o Recurso Extraordinário n. 635.659: o Poder Judiciário tem legitimidade democrática para descriminalizar o porte de drogas?

Thiago Viana Mothé

Rio de Janeiro

2016

THIAGO VIANA MOTHE

A Judicialização da Política e o Recurso Extraordinário n. 635.659: o Poder Judiciário tem legitimidade democrática para descriminalizar o porte de drogas?

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Fiolho

Rio de Janeiro

2016

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659: O PODER JUDICIÁRIO TEM LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA DESCRIMINALIZAR O PORTE DE DROGAS?

Thiago Viana Mothé

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogado.

Resumo: O Neoconstitucionalismo proporcionou um grande fortalecimento institucional do Poder Judiciário. Não por acaso, constata-se atualmente o fenômeno da Judicialização da Política. No Brasil, não é diferente. O STF passou a ser a principal arena decisória para os temas mais importantes do País. Tal fato pode ser constatado no Recurso Extraordinário n. 635.659, em que o citado Tribunal terá a oportunidade de se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343. Em última análise, o STF poderá descriminalizar o porte de drogas para consumo próprio. A essência do trabalho é abordar tais fenômenos, bem como analisar a legitimação democrática do Poder Judiciário na jurisdição constitucional, especificamente no caso do RE em comento.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Judicialização da Política. RE n. 635.659

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno do Neoconstitucionalismo. 2. A Judicialização da Política e a legitimidade do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. 3. O Recurso Extraordinário n. 635.659 e a defesa de direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o fenômeno da judicialização da política, mormente a questão da legitimidade do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Tal análise terá como pano de fundo o RE n. 635.659, no qual o STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, que dispõe sobre o porte de drogas para consumo próprio.

Inicialmente, não se pode olvidar que o Estado e o Direito, especialmente o ramo do Direito Constitucional, passaram por mudanças profundas a partir da II Guerra Mundial. Esse

conjunto de transformações, que a doutrina conceitua como Neoconstitucionalismo, proporcionou uma crescente constitucionalização do direito. Além disso, O Poder Judiciário foi elevado a um papel de destaque dentro desse novo modelo de Supremacia da Constituição, cabendo a tal Poder ser o seu principal intérprete. Dessa forma, a combinação desses e de outros fatores levou a uma inevitável judicialização da política.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito tem como principal marco a promulgação da Carta Magna de 1988. Além de extremamente prolixa, a citada Constituição tratou, em maior ou menor medida, dos principais temas dos ramos de direito infraconstitucional. Tal fenômeno, naturalmente, acabou servindo como limite à atuação do legislador ordinário. Assim, o Poder Judiciário, cada vez mais, é provocado a se manifestar sobre a compatibilidade entre a atuação, e mesmo a omissão, do legislador e a Constituição.

É nesse contexto que o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio, tem se transformado na principal arena decisória para os temas mais importantes do País. Ocorre que, muitas das vezes, essas decisões exigem não apenas valorações jurídicas, mas, sobretudo, valorações políticas. Ocorre que, como é sabido, o Poder Judiciário não é um órgão representativo. Por conta disso, poderia faltar-lhe legitimidade democrática para tanto.

Tais questões podem ser perfeitamente identificadas no Recurso Extraordinário n. 635659, no qual o STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06. Em última análise, caberá ao Poder Judiciário decidir se o porte de drogas para consumo próprio pode ou não ser um tipo penal.

Assim, o trabalho enfoca a função exercida pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, bem como analisa a legitimidade democrática de tal Poder no exercício da jurisdição constitucional, uma vez que as principais decisões sobre os temas mais importantes do País têm ocorrido no STF, e não no Parlamento.

Inicia-se o primeiro capítulo com uma breve análise sobre o neoconstitucionalismo, de modo a se destacar a ascensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. No caso específico do Brasil, busca-se entender como o STF passou a ser a principal arena decisória do País, sendo provocado a decidir sobre os temas mais emblemáticos nos diversos ramos do Direito, como ocorre no caso do RE n. 635.659.

O segundo capítulo analisa especificamente o fenômeno da judicialização da política e da legitimidade democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, passando-se, necessariamente, pela “dificuldade contramajoritária”. Tal análise será feita a partir da matriz teórica pós-positivista, mais especificamente da sua corrente substancialista, pautada nas lições de Ronald Dworkin, de modo a afastar, em tese, a violação do princípio democrático.

Por fim, no terceiro capítulo, faz-se um estudo mais detalhado sobre o RE n. 635.659 e uma possível invasão, por parte do STF, na discricionariedade dos agentes eletivos em escolher uma determinada política criminal. Busca-se demonstrar que não há qualquer excesso do STF, pois age no exercício do seu papel contramajoritário, objetivando assegurar a supremacia da Constituição, e conseqüentemente a tutela dos direitos fundamentais, sobretudo da vida privada e da igualdade.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Direito Constitucional e o Estado passaram por um conjunto amplo de transformações a partir da segunda metade do Século XX, o que deu origem ao neoconstitucionalismo.

Em meio a tais transformações, é possível se assinalar um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico, segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹.

Como marco histórico, o citado autor identifica o surgimento do Estado constitucional de direito. O fim da II Guerra Mundial e a reconstrução dos países da Europa continental, sobretudo dos que tiveram experiências com regimes totalitários, permitiram uma redefinição do papel da Constituição e da importância do Direito Constitucional sobre as instituições, de modo aproximar as ideias de constitucionalismo e de democracia, o que possibilitou essa nova forma de organização política. Nesse sentido, é de suma importância Lei Fundamental de Bonn (1949) e a Constituição da Itália (1947). No Brasil, a construção desse novo paradigma constitucional ocorreu com a promulgação da Carta de 1988.

Como marco filosófico, é apontada a construção do pós-positivismo, como forma de superação dos modelos de pensamentos existentes até então: o jusnaturalismo e, principalmente, o positivismo. Não custa lembrar que o último, na sua forma pura, tinha a pretensão de criar uma ciência jurídica, que, enquanto tal, deveria buscar a objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica². Isso levou a um inevitável afastamento entre o Direito e a Moral. Contudo, diante das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários sob o manto da legalidade, o fim da II Guerra representou não apenas a derrota de tais regimes como também a decadência do positivismo, pelo menos na sua forma pura. É justamente nesse contexto que surge o pós-positivismo, como uma reaproximação entre o Direito e a Moral, sem perder de vista, porém, a busca por clareza, certeza e objetividade, conquistas essas alcançadas com positivismo jurídico.

Por fim, o citado autor identifica como o marco teórico a construção de um novo paradigma na órbita do Direito Constitucional. Nesse sentido, são citadas 3 mudanças

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-dodireito#ixzz2Z8GOCD6J>>. Acesso em: 18 out. 2015.

² Id. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

fundamentais: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição – a Constituição deixa de ser um documento essencialmente político e passa a ser dotada de imperatividade, de modo que a sua inobservância se torna passível de mecanismos de cumprimento forçado, sendo reconhecido papel substancial ao Poder Judiciário na sua efetivação; (ii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional – nesse sentido, destaca-se o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais; e (iii) *a expansão da jurisdição constitucional* – esse último item será analisado em separado, dada a sua importância para o presente trabalho.

Prevalecia na maior parte da Europa, até meados do séc. XX, o modelo de supremacia do Poder Legislativo. Contudo, ele foi superado pelo da Supremacia da Constituição, inspirado na experiência norte-americana. Buscou-se, então, a constitucionalização dos direitos fundamentais, de modo que estes ficavam imunes a eventuais ações danosas do processo político majoritário, cabendo a sua proteção ao Poder Judiciário. Como consequência, diversos países europeus passaram a adotar mecanismos de controle de constitucionalidade, associados à criação de tribunais constitucionais. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão (1951) e da Corte Constitucional italiana (1956).

No Brasil, a jurisdição constitucional só se expandiu efetivamente com a promulgação da Constituição de 1988, em que pese o controle de constitucionalidade incidental existir desde a Constituição de 1891 e a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), desde a EC n. 16 de 1965. Tal expansão ocorreu, principalmente, em decorrência da ampliação do rol de legitimados para propor a já existente ADI – que antes era monopólio do Procurador Geral da República – e pela criação de novos mecanismos de controle

concentrado, como é o caso da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Esse conjunto de transformações pelos quais o Estado e o Direito Constitucional passaram nos últimos tempos resultou numa profunda constitucionalização do Direito.

Tem-se como marco inicial do citado fenômeno da constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Isso porque o Tribunal Constitucional do referido País assentou, sob a égide da Lei Fundamental de 1949, que os direitos fundamentais desempenham tanto uma dimensão subjetiva - proteção de situações individuais - quanto uma dimensão objetiva – instituição de uma ordem objetiva de valores. É justamente essa segunda dimensão que permite a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito³. Com base nisso, o citado Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira revolução, pois passou a reinterpretar os outros ramos do Direito a partir dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico pátrio, o fenômeno da constitucionalização do Direito iniciou-se com o advento da Carta Magna de 1988. Por ser extremamente analítica, os ramos do direito infraconstitucional, em maior ou menor medida, tiveram os seus principais temas tratados diretamente nela, de modo a ocorrer a constitucionalização das fontes do Direito. Naturalmente, isso acabou limitando a atuação do legislador ordinário e a hermenêutica realizada pelo Poder Judiciário sobre esses temas.

Dessa forma, a partir de 1988, a Constituição passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando de supremacia formal e material, o que permitiu irradiar a sua força normativa sobre os demais ramos do direito, que passaram – e ainda passam - por um processo de filtragem constitucional. Assim, a Constituição funciona tanto como parâmetro de

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.371.

validade quanto como vetor de interpretação todas as normas do sistema. Nesse sentido, é precisa a lição de Barroso⁴:

Neste ambiente, a constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Assim, a concretização da supremacia formal e material da constituição ocorre por meio da jurisdição constitucional, que, no Brasil, pode ser exercida, de forma difusa, por juízes e tribunais, e de forma concentrada, pelo STF. Em outras palavras, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição.

Dessa forma, todas essas mudanças pelas quais o Estado e o Direito Constitucional passaram permitem entender a ascensão do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito. É nesse contexto que, no Brasil, o STF passou a ser a principal arena decisória para os temas mais relevantes, razão pela qual muitos autores falam em uma judicialização da política, que será melhor estudada em seguida.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A judicialização da política é um fenômeno de escala mundial, decorrente da combinação entre as tradições constitucionais e os arranjos políticos de cada país. Tal expressão passou a ser adotada após a publicação, em 1995, da obra “*The global expansion of judicial Power*”, de autoria de Tate e Vallinder.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

Segundo Patrícia Carvalho Ribeiro⁵, os supracitados autores definem a judicialização da política como os efeitos da expansão do poder judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Isso pode acontecer de duas formas: a) quando há uma propagação do procedimento adotado pelo Poder Judiciário para o Legislativo e para o Executivo; ou b) quando há uma transferência de direito da tomada de decisão desses para aquele. Nesse trabalho, será dado maior enfoque nessa última vertente.

Dito isso, é importante analisar, ainda que resumidamente, os fatores que fomentaram a judicialização da política, sobretudo no Brasil. Nesse ponto, Luís Roberto Barroso⁶ indica três fatores principais: i) Constitucionalização do direito; ii) Aumento de demanda por justiça; e iii) Ascensão institucional do Poder judiciário.

A constitucionalização do direito, como visto, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico, que ocorre por meio da jurisdição constitucional, abrangendo a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição.

O aumento na demanda por justiça, ainda segundo o citado autor, decorre de uma série de circunstâncias criadas ou alargadas pela Constituição de 1988. Dentre elas, destacam-se: i) o fato de a jurisdição constitucional ser exercida de maneira ampla por meio do controle difuso – desde um juiz de primeiro grau até o STF podem exercê-la –; além de o rol de dos sujeitos legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ter sido estendido a novos atores políticos e sociais (art. 103/CRFB); ii) a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*, por parte de organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse, em casos de interesses supralegais; bem como a possibilidade de realização de audiências

⁵ RIBEIRO, Patrícia Carvalho. *Judicialização da Política: estudos de casos*, p. 16. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-posgraduacao/arquivos/publicacoes/banco-de-monografias/ip-2a-edicao/PatriciaCarvalhoRibeiro.pdf>. Acesso em 24/03/2016.

⁶ BARROSO, op. cit., 2009, p. 382.

públicas; e iii) a redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos, bem como a ampliação desses direitos.

A ascensão do Poder Judiciário já foi analisada no capítulo anterior, para onde se remete ao leitor, com a finalidade de se evitar a repetição.

Analisado, portanto, o fenômeno da judicialização da política – entendida como expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, que ocorre principalmente através da transferência de direitos da tomada de decisão do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o âmbito de atuação dos juízes e tribunais - e os fatores que a fomentaram, faz-se necessário o estudo da legitimação democrática desse último Poder no exercício da jurisdição constitucional.

Em outras palavras, é relevante a análise da dificuldade contramajoritária. Ou seja, até que ponto um juiz ou corpo de juízes, cuja investidura não decorreu do voto popular, teria legitimidade para anular leis elaboradas pelos representantes do povo?

Esse é um dos pontos mais polêmicos sobre o tema, tendo sido abordado pelas principais matizes ideológicas do pensamento jurídico moderno: jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas⁷. Contudo, nesse trabalho, será abordada apenas a última matiz e, mais especificamente, a sua vertente substancialista, com base na obra de Ronald Dworkin⁸.

Em linhas gerais, para os expoentes da corrente que ficou designada como substancialista, a Constituição, ao adotar valores/princípios reputados relevantes para uma determinada sociedade, retira-os do âmbito decisório popular. Assim, cabe à jurisdição constitucional zelar pela primazia da Constituição, que abriga tais valores superiores e fundamentais, inclusive, contra o arbítrio das maiorias políticas temporárias.

⁷ Para maior aprofundamento no tema, ver BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁸ DWORKIN apud BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 84-90.

No caso específico de Ronald Dworkin⁹, em apertada síntese, o citado autor entende que o fundamento metapositivo do Direito localiza-se no seio da “comunidade de princípios”, onde os seus membros aceitam que são governados por princípios comuns. Tais princípios até podem ser incorporados por normas jurídicas, através de um processo legislativo chancelado socialmente, mas transcendem a qualquer normatização. Com tal construção, Dworkin criou um “modelo instituinte de direitos (*rights model*), fundados em princípios morais transcendentais e aferidos através da legislação e dos precedentes judiciais – e não decorrentes desses”¹⁰.

Como se pode constatar, a partir de tal construção, Dworkin reconhece os princípios como fonte do Direito, colocando-os ao lado das regras. Essa é, inclusive, uma das mais significativas contribuições do autor para o novo paradigma experimentado pelo direito constitucional contemporâneo.

Outrossim, a noção de princípio é de suma importância para a legitimação da jurisdição constitucional em face de decisões de maioria legislativa. Isto porque Dworkin¹¹ diferencia os argumentos que fundamentam as decisões envolvendo os princípios dos que fundamentam as decisões políticas. Neste sentido, os primeiros estão baseados na tutela de direitos, estando umbilicalmente ligados à pessoa, na sua individualidade; ao passo que os segundos estão baseados no objetivo ou no resultado, uma vez que as políticas são metas ou diretrizes buscadas pelo governo visando à coletividade. Portanto, os direitos morais devem ser assegurados ainda que em face de finalidades desejadas pela maioria.

Deste modo, para Dworkin¹², tanto a jurisdição constitucional quanto os corpos legislativos têm o papel de promover a democracia, embora os enfoques sejam distintos. De um lado, têm-se os princípios, que ficam imunes à vontade da maioria por serem, justamente,

⁹ DWORKIN apud BINENBOJM, op. cit., p. 84-86.

¹⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 84.

¹¹ DWORKIN apud BINENBOJM, op. cit., p. 86.

¹² Ibid., p. 87.

os imperativos morais da comunidade, recebendo status de direitos fundamentais. De outro lado, estão questões eminentemente políticas, que buscam atender as preferências majoritárias de uma comunidade, deste que estas não afrontem direitos fundamentais. São esclarecedoras as palavras de Binjenbojm¹³:

Assim, as funções da jurisdição constitucional e dos corpos legislativos são concebidas como processos de desenvolvimento da democracia, tendo cada qual um âmbito de atuação e uma racionalidade próprios. As questões de princípios são matérias insensíveis à escolha ou à preferência da população (*choice-insensitive or preference-insensitive*), sendo, antes, imperativos morais da própria comunidade, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas. Já as questões de política são, por sua natureza, matérias sensíveis à escolha ou à preferência da população (*choice-sensitive or preference-sensitive*), de vez que importam em fins coletivos a serem alcançados pela comunidade, sem relação direta ou comprometimento de direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais são direitos morais que devem ser reconhecidos dentro de uma comunidade política, cujos integrantes devem ser tratados com igual respeito e consideração, sendo o principal atributo do Estado de Direito, justamente, o ideal de igualdade. Dessa forma, uma comunidade tida como democrática não só admite como pressupõe a existência de mecanismos contramajoritários, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política. É daí que ele extrai a legitimação democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659/SP

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659¹⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006¹⁵, referente ao porte de drogas para uso

¹³ BINENBOJM, op. cit., p. 87.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 635659. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

próprio. Em breve síntese, o dispositivo é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, previstas no art. 5º, X, CRFB/88 e, como afirma Gilmar Mendes, o recurso se funda, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

O julgamento ainda não foi concluído, em razão do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki; no entanto, o que se percebe é uma tendência da Suprema Corte em descriminalizar o porte de maconha para consumo pessoal, utilizando como fundamento primordial o direito de cada indivíduo escolher os rumos de sua própria vida, preservando-se as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Dessa forma, de acordo com o entendimento que vem sendo firmado, ainda que o Estado tenha o papel de garantir direitos e de proteger a sociedade de distúrbios capazes de revolver a estabilidade social, não caberia a ele intervir na vida privada dos indivíduos, onde se enquadraria o consumo de drogas.

Sem adentrar no mérito da decisão, fato é que, caso esse entendimento realmente saia vencedor, o STF descriminalizará uma conduta que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes eleitos democraticamente para tanto, decidiu tipificar como crime. Poderia surgir, portanto, dúvida acerca da legitimação democrática do STF em tal decisão, já que, como é sabido, os seus Ministros não são eleitos pelo povo. Em última análise, o caso versa sobre a própria legitimação democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Como visto, diversas matizes do Direito Constitucional contemporâneo discorrem sobre a dificuldade contramajoritária. Contudo, dá-se enfoque, nesse trabalho, à corrente substancialista, que se insere no pós-positivismo.

De acordo com tal corrente, a Constituição, ao adotar valores/princípios reputados relevantes para uma determinada sociedade, retira-os do âmbito decisório popular. Assim, cabe à jurisdição constitucional zelar pela primazia da Constituição, que abriga valores superiores e fundamentais, inclusive, contra o arbítrio das maiorias políticas temporárias.

Dworkin, que é um dos autores tidos como substancialistas, ao elevar os princípios ao status de fonte do direito, ao lado das normas, contribuiu de maneira significativa para o tema. Isso porque, para ele, os argumentos que fundamentam as decisões envolvendo princípios distinguem-se dos empregados nas decisões políticas, já que os primeiros estão umbilicalmente ligados à pessoa, na sua individualidade; ao passo que os últimos estão baseados no objetivo ou no resultado, uma vez que as políticas são metas ou diretrizes buscadas pelo governo visando à coletividade. Assim, conclui o citado autor que os princípios devem ficar imunes à vontade da maioria, pois são os imperativos morais da comunidade, recebendo o status de direitos fundamentais.

Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, como guardião e principal interprete da Constituição, não apenas tutelar mas também conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais. É justamente dessa construção teórico-filosófica que é extraída a legitimação democrática do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo quando desenvolve a função contramajoritária.

No caso do RE n. 635.659/SP, em que pese o art. 28 da Lei 11.343/06 ter sido editado pelos representantes do povo e, por conseguinte, exprimir a vontade da maioria da sociedade em criminalizar o uso de drogas para consumo próprio, tal dispositivo parece violar os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, previstas no art. 5º, X, CRFB/88. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, assegurar tais direitos fundamentais contra a vontade de eventuais maiorias.

Isso porque, a partir da obra de Dworkin, como visto, os direitos fundamentais são direitos morais que devem ser reconhecidos dentro de uma comunidade política, cujos integrantes devem ser tratados com igual respeito e consideração, sendo o principal atributo do Estado de Direito justamente o ideal de igualdade. Dessa forma, uma comunidade tida como democrática não só admite como pressupõe a existência de mecanismos contramajoritários, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política.

CONCLUSÃO

Caso o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, entenda que o art. 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional ao criminalizar o porte de maconha para consumo próprio - sob o fundamento de violação aos direitos fundamentais da intimidade e da vida privada ou faça uma interpretação conforme do citado dispositivo - ; não lhe faltará legitimidade democrática para tanto e, portanto, não haverá qualquer violação ao princípio democrático.

Isso porque, como visto, o Estado e o Direito passaram por profundas mudanças a partir da segunda metade do Século passado, muito influenciadas pelas barbáries que foram cometidas pelos regimes totalitários durante a II Guerra Mundial, sob o manto da legalidade. Houve uma redefinição do papel da Constituição nos ordenamentos jurídicos e da importância do Direito sobre as instituições, dando origem ao Neoconstitucionalismo e ao Estado Constitucional de Direito.

Não se pode olvidar que o Neoconstitucionalismo, por sua vez, levou a uma inevitável constitucionalização do Direito, pois a Constituição passou a abarcar matérias afetas a outros ramos do Direito, havendo um efeito expansivo das suas normas, cujo

conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Isso gerou a necessidade de uma reinterpretação dos principais institutos infraconstitucionais sob uma ótica constitucional. Ademais, a Constituição passou a ser um verdadeiro limite à atuação do legislador ordinário, e, como na reestruturação do novo modelo de Estado, coube ao Poder Judiciário interpretar de forma definitiva a Carta Maior, houve uma inevitável judicialização da política.

Foi visto que, para legitimar tal atuação do Poder Judiciário, foi necessário superar a dificuldade contramajoritária. Para tanto, diversas matizes teóricas apresentaram os seus fundamentos. Analisou-se, no presente trabalho, a matiz pós-positivista, mais especificamente a sua corrente substancialista, segundo a qual, de modo geral, a Constituição, ao adotar valores/princípios reputados relevantes para uma determinada sociedade, retira-os do âmbito decisório popular. Assim, cabe à jurisdição constitucional zelar pela primazia da Constituição, que abriga valores superiores e fundamentais, inclusive, contra o arbítrio das maiorias políticas temporárias.

Constatou-se que, para Ronald Dworkin, os princípios - valores morais de uma determinada comunidade – são o fundamento metapositivo do Direito, sendo uma das suas fontes, ao lado das regras. Tais princípios, portanto, são transcendentais e podem ser aferidos através da legislação e dos precedentes judiciais. Ademais, destacou-se que, para o citado autor, os argumentos que fundamentam as decisões envolvendo princípios são umbilicalmente ligados à pessoa, na sua individualidade; ao passo que os que fundamentam decisões políticas são baseados no objetivo ou no resultado, uma vez que as políticas são metas ou diretrizes buscadas pelo governo visando à coletividade. Assim, os princípios devem ficar imunes à vontade da maioria, pois são os imperativos morais da comunidade, recebendo o status de direitos fundamentais. Só é possível falar em democracia onde os cidadãos sejam

considerados como agentes morais autônomos, sendo tratados com igualdade de respeito e consideração e isso só é possível quando lhes são os direitos fundamentais.

Portanto, em que pese a Lei n. 11.343/06 ter sido editada pelo Poder Legislativo e, em última análise, representar a vontade da maioria; não haverá qualquer violação ao princípio democrático, de acordo com a corrente substancialista, se o Poder Judiciário se valer da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição, ou mesmo se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em análise.

Isso porque o respeito à intimidade e à vida privada são valores morais da nossa comunidade política, inclusive tendo sido incorporados expressamente pela CRFB/88, no seu art. 5º, inciso X. Portanto, cabe ao Poder Judiciário zelar pela primazia da Constituição, tutelando tais valores morais, inclusive contra o arbítrio das maiorias temporárias.

Por fim, destaca-se que, com o advento do Estado Constitucional de direito, a democracia não é caracterizada apenas o governo da maioria, mas também pelo respeito aos direitos fundamentais. Portanto, ao invés de representar ameaças às sociedades democráticas, os mecanismos contramajoritários são pressupostos delas.

REFERÊNCIA

BARROSO, LuísRoberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-dodireito#ixzz2Z8GOCD6J>>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 635659. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar.

DWORKIN apud BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

RIBEIRO, Patrícia Carvalho. *Judicialização da Política: estudos de casos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-/pos-graduacao/arquivos/publicações/banco-de-monografias/ip-2a-edicao/PatrciaCarvalhoRibeiro.Pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.