

43. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DESACORDO MORAL RAZOÁVEL E PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Emerson Affonso da Costa Moura

Mateus Pedrosa Machado

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Desacordo Moral Razoável; Poder Judiciário; Ativismo Judicial; RE 635.659/SP.

O papel desenvolvido pela jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais em questões onde haja desacordo moral razoável na sociedade é o tema posto em debate. Analisa-se em que medida em questões controversas em sociedades democráticas onde haja uma divergência com argumentos racionais igualmente sustentáveis cabe a corte garantir a tutela dos direitos dos indivíduos, mas permitindo a coexistência do pluralismo na comunidade dando azo ao debate na seara democrática ao revés da subtração da esfera representativa com a tomada da decisão política ou social. Demonstra-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 marcada pela ampla incorporação de matérias políticas e sociais, aliada ao déficit crescente das instâncias democráticas conduziu, respectivamente, a uma judicialização das principais questões da sociedade e a ampliação do papel do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Porém, que embora de extrema relevância o papel exercido pela jurisdição constitucional na garantia da supremacia formal e axiológica da Constituição e tutela dos direitos fundamentais, não se ignora os limites da norma constitucional, a existência dos excessos, bem como, o risco da consolidação do exercício de preferências políticas. Em igual sentido verifica-se que em uma sociedade pluralista, se observa um desacordo moral razoável sobre dadas questões onde há posições racionalmente defensáveis e o papel da Corte Constitucional não pode ser a definição de uma solução moral sobre a matéria, com a imposição de uma concepção sobre os demais. Em tal viés, destaca-se da jurisdição constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal que na sua última quadra

histórica tem dado decisões controversas na sociedade brasileira comopesquisas com células troncos obtidas de embriões *in vitro*, a interrupção da gestação do feto anencéfalo e o reconhecimento das uniões homoafetivas. Inegável que o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia do cidadão – e *democracia* – enquanto soberania popular - e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo da maioria. Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões pretendem ser resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional que tutela a *soberania popular* com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria. Não obstante as sociedades democráticas modernas são marcadas por um pluralismo de concepções religiosas, filosóficas e morais abrangentes, que mesmo sendo razoáveis e racionais, são incompatíveis entre si, como resultado normal do exercício da razão humana, de forma que não é possível extrair uma concepção de justiça política baseada na equidade. O desacordo moral razoável parece encontrar origem, portanto, na incompatibilidade de valores e entendimento incompleto sobre determinadas questões, que faz com que seja possível encontrar na sociedade, em questões sensíveis, argumentos com fundamento tanto favoráveis ou contrários para sustentar determinada posição. Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade* e *igualdade* dos indivíduos, cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais, através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo*, para desenvolver suas capacidades *morais* - de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento. Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição. Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam sejam decididas por um Poder Judiciário, uma vez que resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como, não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade. Sob tal viés adota-se como teste de hipótese o julgamento do RE 635.659/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, portanto, do crime de porte ilegal de drogas para

consumo pessoal e suas respectivas penas onde a corte constitucional analisa a colisão entre bens constitucionais como a saúde pública e a intimidade e vida privada à luz da conformação legislativa produzida pela instância democrática. Sob tal viés, embora interrompido o julgamento apontou a maioria da corte no julgamento à tendência a considerar a criminalização uma intervenção demasiado drástica na esfera privada dos indivíduos e que a aplicação da sanção penal seria menos efetiva que a regulação pela saúde pública. Impondo balizas fáticas e jurídicas propôs dados ministros determinar que deveria ser relativizado o porte somente da maconha já que seu consumo pessoal seria afrontosa à própria autonomia individual e não prejudica direitos de terceiros não cabendo sofrer interferência já que corresponde à esfera de liberdade imune à intervenção do Estado. Neste sentido, sustenta como conclusão preliminar que a corte ao analisar a constitucionalidade do tipo penal previsto na lei de drogas ultrapassa os limites da jurisdição constitucional ao ignorar o desacordo moral razoável na sociedade acerca da liberação ou não das drogas – exteriorizada na própria existência de um tipo penal com sanção administrativa – e impõe uma concepção moral sobre as demais – inclusive, ao determinar ou destacar a maconha dentre as demais drogas – não contribuindo para o aperfeiçoamento da cidadania mediante o debate democrático não apenas no âmbito das esferas representativas, mas do controle social.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA PRELIMINAR:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.

GARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia: O Guardião de Promessas*. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdiccional constitucional*. México: Porrúa, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, maio-jul. 1994.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

WALDRON, Jeremy. *A Right-Bases Critique of Constitutional Rights* in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993.