



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 12 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2025 | ISSN 2359-5639



## A (in)constitucionalidade da Lei de Drogas à luz do princípio da proporcionalidade no julgamento do RE 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (descriminalização do porte de maconha)

### *The (un)constitutionality of the Drug Law in light of the principle of proportionality in the judgment of RE 635.659 by the Brazilian Supreme Court (decriminalization of marijuana possession)*

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Regional do Noroeste-URI (Santo Ângelo, RS, Brasil)  
jfdclyra@tjrs.jus.br  
<https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>

ARIANE LANGNER ANTONIOLLI <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Regional do Noroeste-URI (Santo Ângelo, RS, Brasil)  
arianelangner@hotmail.com  
<https://orcid.org/0009-0005-6215-5117>

NIKOLAI BEZERRA FRIO <sup>1,\*\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Regional do Noroeste-URI (Santo Ângelo, RS, Brasil)  
nikolai\_bezerra@hotmail.com  
<https://orcid.org/0009-0003-3700-0733>

**Recebido/Received:** 03.12.2024 / 3 December 2024

**Aprovado/Approved:** 28.03.2025 / 28 March 2025

#### Resumo

Este texto analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário n.º 635.659, que declarou inconstitucional, sem redução de texto, o artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que trata da aquisição,

#### Abstract

*This text analyzes the decision of the Brazilian Supreme Court (STF) in Extraordinary Appeal No. 635,659, which declared unconstitutional, without reducing the text, article 28 of Law 11,343/2006 (Drug Law), which deals with the*

Como citar esse artigo/How to cite this article: LYRA, José Francisco Dias da Costa; ANTONIOLLI, Ariane Langner; FRIO, Nikolai Bezerra. A (in)constitucionalidade da Lei de Drogas à luz do princípio da proporcionalidade no julgamento do RE 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (descriminalização do porte de maconha). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 12, n. 2, e517, maio/ago. 2025. DOI: 10.5380/rinc.v12i2.97748.

\* Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional do Noroeste-URI (Santo Ângelo, RS, Brasil). Professor titular da mesma instituição. Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Juiz de Direito.

\*\* Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional do Noroeste-URI (Santo Ângelo, RS, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Advogada.

\*\*\* Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional do Noroeste-URI (Santo Ângelo, RS, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado Licenciado. Substituto de Tabelião no 2º Tabelionato de Protesto de Pelotas.

guarda, transporte ou posse de drogas para consumo próprio. Foi objeto do julgado se a posse de pequenas quantidades de maconha para uso pessoal deveria ser considerada crime. O STF decidiu que possuir pequenas quantidades de maconha para uso pessoal, de 40 (quarenta) gramas ou 6 (seis) pés, continua sendo proibido, mas já não constitui crime. O dictum foi lastreado na proteção do direito à privacidade e liberdade individual, conforme o art. 5, inciso X da Carta Magna. Ademais, foi reconhecido que o uso de maconha como fato delituoso incentivaria atividades criminosas, não reduzindo o consumo. Não obstante, após exame detido do exame da proporcionalidade em matéria penal, discorda-se da conclusão do colendo plenário, que desconsiderou as dúvidas epistemológicas empíricas e de saúde pública incidente na análise. Portanto, conclui-se pela constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, em proteção à atividade legiferante, que assegura o devido debate parlamentar para formação das normas, já que em caso de dúvidas empíricas e de saúde pública, quando incidente no exame da proporcionalidade, conforme preceitua Robert Alexy, há uma prevalência *prima facie* do princípio formal do legislador democrático.

*acquisition, storage, transportation or possession of drugs for personal use. The subject of the judgment was whether the possession of small amounts of marijuana for personal use should be considered a crime. The STF ruled that possessing small amounts of marijuana for personal use, of 40 (forty) grams or 6 (six) plants, continues to be prohibited, but no longer constitutes a crime. The dictum was based on the protection of the right to privacy and individual liberty, according to art. 5, item X of the Constitution. Furthermore, it was recognized that the use of marijuana as a criminal act would encourage criminal activities, not reduce consumption. However, after a careful examination of the proportionality test in criminal matters, we disagree with the conclusion of the plenary, which disregarded the empirical epistemological and public health doubts that were relevant to the analysis. Therefore, we conclude that art. 28 of the Drug Law is constitutional, in protection of legislative activity, which ensures due parliamentary debate for the formation of norms, since in the case of empirical and public health doubts, when relevant to the proportionality test, as prescribed by Robert Alexy, there is a *prima facie* prevalence of the formal principle of the democratic legislator.*

**Palavras-chave:** descriminalização; maconha; teste de proporcionalidade; princípios; regras.

**Keywords:** decriminalization; marijuana; proportionality test; principles; rules.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução. **2.** O exame da proporcionalidade no Direito Penal. **2.1.** Posições jusfundamentais entre princípios e regras. **2.2.** Proporcionalidade, princípios formais e a resposta judicial. **3.** A proporcionalidade no caso concreto: a intervenção judicial e a descriminalização do porte ou posse de maconha. **3.1.** O caso sob análise. **3.2.** Das parciais da proporcionalidade. **3.3.** Do princípio formal e da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. **4.** Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da descriminalização do porte da *cannabis sativa*<sup>1</sup> para consumo pessoal tomou corpo e se intensificou, trazendo incertezas, reflexões e novos, que já não se podem ignorar. Essa discussão já tem um posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento no Recurso Extraordinário n.º 635.659, com Repercussão Geral (Tema 506).

Apesar da decisão, a questão não parece ter encerrado totalmente as discussões, seja porque a maioria foi apertada – constituída de forma simples, apenas 6 votos dos ministros foram favoráveis à descriminalização –, seja em virtude dos ares

<sup>1</sup> Para facilitar o acesso a este artigo, os(as) autores(as) optaram por utilizar a expressão popular “maconha” no corpo do texto.

de atrito constitucional daí provenientes, com alguns projetos de lei que começaram a tramitar no Congresso Nacional, objetivando o retorno ao *status quo ante* da disposição prevista no inciso II do artigo 28 da Lei de Drogas.

Assim, o intuito é analisar, segundo os parâmetros do exame do princípio da proporcionalidade, se a decisão formada considerou adequadamente os elementos propostos por tal método. Para tanto, ponderar-se-á o princípio da proporcionalidade a partir do campo da legislação, na qual está consagrada a discricionariedade dos legisladores, conforme descreve o princípio formal do legislador democrático. Por outro lado, considerar-se-á se o âmbito de proteção da liberdade individual, submetido à norma incriminadora, pode ou não sofrer intervenção a partir dos parâmetros da proporcionalidade.

À vista disso, inicialmente analisar-se-á a proporcionalidade, destacando-se os elementos que compõem o seu exame, inclusive, quando submetida a uma norma incriminadora. Para tanto, observar-se-á não somente a ponderação do conflito entre o interesse individual, o bem tutelado e a eficácia da proteção, como, também, a legitimidade e a legalidade da atividade legiferante.

Após, expor-se-á o diálogo havido entre a proporcionalidade e o princípio do legislador democrático, de modo a preservar a autorização legislativa para escolher os bens jurídicos penais merecedores de tutela – conforme o princípio formal do legislador democrático, bem como a intervenção judicial, que procura garantir os direitos fundamentais. Nesse sentido, buscar-se-á promover, conforme os ditames deste ensaio, a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, segundo as balizas da proporcionalidade sob à luz do Direito Penal.

Por fim, o cerne desta pesquisa se estabelece no âmbito do direito constitucional, a partir de sua justaposição penal, em que de acordo com essa intenção, verificar-se-á de que forma a descriminalização da maconha, nos termos do julgado pelo Supremo Tribunal Federal, encontra consonância ou não com o princípio da proporcionalidade penal.

A abordagem teórica será balizada no método dedutivo, lastreada na pesquisa de material bibliográfico em livros e artigos científicos. Deste modo, adotar-se-á uma perspectiva dogmática.

## **2. O EXAME DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL**

### **2.1. Posições jusfundamentais entre princípios e regras**

Os direitos fundamentais estão relacionados diretamente com a compreensão que se tem da noção de pessoa e de dignidade humana. O Direito é conclamado a

salvaguardar o seu âmbito de atuação, baseado na vida social e humana. Entretanto, tais elucubrações não afastam que a pessoa vir a ser destinatária de uma determinada norma jurídica<sup>2</sup>.

Os direitos fundamentais, nesse sentido, visam a proteger os interesses do indivíduo em face do Estado e, também, contra eventuais afrontas perpetradas por particulares. Os direitos fundamentais garantem ao ser humano o respeito aos bens jurídicos, tais como a vida, a liberdade, a igualdade e isso considerando a finalidade do próprio desenvolvimento pessoal e da personalidade<sup>3</sup>.

Contudo, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos nem tampouco infensos à mudança. Os direitos fundamentais podem entrar em colidência com outros direitos fundamentais, de modo que sua *absolutilidade* não permitiria a permeabilidade dos fundamentos que os sustentam<sup>4</sup>. Ou seja, os direitos fundamentais não apresentam fundamentos absolutos de tal modo que invalidem totalmente o outro direito fundamental em colisão<sup>5</sup>.

Os direitos fundamentais, portanto, possuem limites que são imprescindíveis para a garantia do outro direito fundamental em confronto. Essa circunscrição jurídica do âmbito da eficácia do direito fundamental deve variar a depender das peculiaridades do caso. Emerge, então, a relação havida entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, pois este princípio atuará de modo a solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais e as posições jurídicas envolvidas no conflito.

Veja-se o caso do Direito Penal, em que o princípio da proporcionalidade apresenta uma metodologia ao intérprete com fins de limitar a extensão da intervenção do Poder Estatal, de tal modo que não se formulem imputações que possam afrontar as garantias constitucionais do cidadão. A proporcionalidade revela-se, na verdade, como meio para tutela dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais seriam concebidos como estruturas que abarcariam espécies normativas complexas, em que presentes normas dotadas de uma validade denominada *prima facie*, característica da espécie normativa dos princípios, e, de outro lado, uma validez definitiva, própria das regras<sup>6,7</sup>.

<sup>2</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, p. 119-158, 2010, p. 127.

<sup>3</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidad y ley penal**. Bases para un modelo de control de constitucionalidade de las leyes penales. Madrid: CEPC, 2006, p. 34.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 40-41.

<sup>6</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidad y ley penal**. Bases para un modelo de control de constitucionalidade de las leyes penales. Madrid: CEPC, 2006, p. 135.

<sup>7</sup> Segundo Bernal Pulido, é possível distinguir disposições, normas e posições de direitos fundamentais. Desse modo, as disposições de direito fundamental são enunciados constitucionais que trazem a tipificação

Com efeito, Alexy elabora sua tese a partir da compreensão de que os direitos fundamentais decorrem de um “direito fundamental como um todo”. Tal direito ordena um conjunto de posições jusfundamentais e normas que se vinculam a uma disposição fundamental. Esse consentâneo lógico inclui posições definitivas como posições *prima facie*. Portanto, o núcleo de sua formulação permite a coexistência de espécies normativas diversas, as quais podem pertencer a um cidadão bem como ao Estado, em cuja convivência ocorrem relações de precisão e relações de ponderação<sup>8</sup>.

Robert Alexy utiliza um critério que pode ser identificado não por um método dicotômico, mas relacional e qualitativo<sup>9</sup>, uma vez que para o jurista alemão os princípios deveriam ser aplicados conforme uma intensidade e não “*all or nothing*”. Nesse sentido, para ele, entre regras e princípios poderiam ser identificadas três teses que correspondem ao debate dessa distinção. Para os adeptos da primeira corrente, seria muito difícil diferenciar as normas de acordo com um critério conceitual distintivo – regras/princípios. Para uma segunda corrente, seria possível diferenciá-los adotando-se o critério de grau e de generalização<sup>10</sup>. Alexy poderá ser incluído no grupo daqueles que entendem, ainda, de outra forma. De acordo com essa terceira corrente, a distinção entre regras e princípios se dá a nível não apenas de grau, mas também de qualidade. Portanto, os princípios poderiam ser reconhecidos como normas jurídicas cujo intuito é estabelecer mandamentos de otimização, segundo um determinado grau ou nível, devendo observar-se que a satisfação desses princípios ficaria condicionada tanto em relação às atividades fáticas como possibilidades jurídicas na colisão com princípios de mesma abrangência<sup>11</sup>. Ora, percebe-se que a “qualidade” e a abrangência jurídica de um princípio é bem mais alargada do que de uma regra.

## 2.2. Proporcionalidade, princípios formais e a resposta judicial

O exame da proporcionalidade pode ser escalonado ou logicamente estabelecido segundo um critério trifásico. Desta forma, para que se analise a proporcionalidade do meio escolhido para se alcançar o fim colimado, é necessário que se observe a adequação (ou idoneidade), a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em

---

dos direitos fundamentais. Tais disposições teriam um grau de indeterminação normativa que abrangem uma multiplicidade de normas de natureza fundamental. Por sua vez, as normas de direito fundamental compreenderiam as significações prescritas pelas disposições de direito fundamental insculpidas na Constituição. Por último, a posição de direito fundamental revela as relações jurídicas existentes entre os indivíduos e entre estes e o Estado (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007, p. 82-89).

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-109.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>11</sup> “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91).

sentido estrito da medida<sup>12</sup>. São estes os objetos que estruturam o princípio da proporcionalidade. Sobre este aspecto, ainda, cabe mencionar que tais elementos serão examinados de forma lógica assim como apresentados, seguindo um *iter* em que inicialmente aprecia-se a eventual adequação da medida para, na sequência, observar-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>13</sup>.

Contudo, nem sempre os três elementos serão trazidos à tona para tomar-se em conta a viabilidade de uma determinada medida, pois uma etapa precede a outra, de modo que se a medida for adequada, então se permitirá a aferição de sua adequação, e apenas se constatada a sua necessidade é que se promoverá o exame da proporcionalidade em sentido estrito. A cadeia de precedência é lógica e, por esta mesma razão, tal juízo exige que em cada fase seja cumprido um exame de verificação.

Os assim denominados princípios formais, são princípios e como tais também são comandos de otimização. Pode-se dizer então que essa espécie de princípios como os demais princípios, exigem que algo seja realizado na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas do caso. Diante disso, aplica-se a mesma lógica incidente acerca dos princípios materiais. A única diferença, ou pelo menos a primordial entre elas, é o objeto da sua otimização<sup>14</sup>. Isso porque, a diferença entre os princípios materiais e os princípios formais, é que o objeto de otimização dos primeiros refere-se a determinados conteúdos, tais como a liberdade, a vida, a proteção ao meio ambiente etc. Contrariamente, o objeto dos princípios formais são as decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Esses princípios formais estabelecem a otimização das normas expedidas por autoridade legítima<sup>15</sup>. Diante disso, aos princípios formais incumbe preservar as margens de liberdade decisória do legislador, portanto, possui a competência para ponderar. Por esta razão, por exemplo, o princípio formal da democracia exige que sejam preservadas as competências decisórias do legislador democraticamente legitimado, da melhor forma possível, desde que tais competências estejam compatíveis com a Constituição.

À vista disso, a discricionariedade estrutural do legislador abarca tudo aquilo o que as normas constitucionais não proibirem por meio do texto constitucional<sup>16</sup>. Então,

<sup>12</sup> FELDEN, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161.

<sup>13</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

<sup>14</sup> ALEX, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et. al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 9-10.

<sup>15</sup> ALEX, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et. al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 10.

<sup>16</sup> ALEX, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et. al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 10.



o que não é proibido seria deixado à discricionariedade do legislador. Já a discricionariedade epistêmica envolve questões ou conhecimentos sobre aspectos não definitivamente proibidos, ou cuja definição tenha sido deixada livre pelas normas constitucionais<sup>17</sup>. Por sua vez, a discricionariedade material poderá se dar de algumas formas, as quais se revelam muito menos problemáticas que a discricionariedade epistêmica, já que o legislador é livre quando não há proibições, ficando isento de justificativas nestes casos, uma vez que o próprio texto seria o seu substrato jurídico. Vê-se aí, que os princípios formais possuem um papel mais decisivo em relação às discricionariedades epistêmicas. Pois saber quando o legislador possui liberdade em casos em que o conteúdo é incerto ou indeterminado em relação à tal liberdade, parece bem mais controverso.

A discricionariedade epistêmica, inicialmente, necessita ser ainda classificada em discricionariedade epistêmica empírica e discricionariedade epistêmica normativa. A discricionariedade epistêmica normativa pode ser visualizada nos casos em que presentes interpretações diversas ou constitucionais concorrentes, nas quais a Corte constitucional fixa uma determinada interpretação que deverá ser aplicada pelo legislador constitucional. A discricionariedade epistêmica empírica envolve mais problemas que a discricionariedade epistêmica normativa, pois a incerteza de natureza empírica pode apresentar-se em qualquer dos três estágios do exame da proporcionalidade<sup>18</sup>.

O tema da descriminalização da *cannabis*, tratada no julgamento pelo Supremo Tribunal, que será devidamente analisado na próxima seção, expõe o relevo da discricionariedade epistêmica para o caso em questão. Compreender a possibilidade ou não de o legislador proibir produtos, ou a utilização dos derivados, ou da própria *cannabis*, depende claramente de uma intervenção na liberdade pessoal e se essa proibição se demonstra adequada. Observe-se que, se fosse permitido ao legislador fundamentar intervenções em direitos por meio de premissas incertas, então, poder-se-ia argumentar que a proteção aos direitos fundamentais seria rechaçada com base em pressupostos falsos, muito embora os direitos fundamentais possam ter sido, na realidade, afrontados.

Através dos princípios formais, uma solução possível é a partir de sua utilização na ponderação, modelo este que se encontra entre o modelo material-formal e o modelo material-formal misto<sup>19</sup>. Esse *tertius genus* pode ser conhecido como “modelo epis-

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et. al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 15.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et. al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 16.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et. al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 17.



têmico". A base para este modelo é a concepção de ponderação de segunda ordem. A ponderação em consonância com a fórmula do peso consiste no exame de ponderação de primeira ordem. A ponderação de segunda ordem se aproxima da incorporação da fórmula do peso à ponderação, portanto, da incorporação de uma certeza epistêmica à sua fórmula<sup>20</sup>. Desse modo, direitos fundamentais como princípios, exigiriam a "otimização" ou a maior realização do que é fático e juridicamente possível.

A concreção dos direitos fundamentais aumentaria a partir do instante em que pudessem ser restringidos com base em premissas cuja verdade pudesse ser certificada. No entanto, se as premissas tivessem um nível de certeza baixo, mas que assegurassem a realização dos direitos fundamentais, tal premissa seria considerada viável, pois favorável ao direito fundamental. Aqui, a discricionariedade do legislador encontrar-se-ia manietada. Até porque, os direitos fundamentais prescrevem não apenas uma otimização material, mas também uma otimização de natureza epistêmica. O nó górdio da ponderação de segunda ordem circunscreve-se à ação dos direitos fundamentais como comandos de otimização, confrontando-se assim com o princípio do legislador democraticamente legitimado.

Todavia, se essa colisão pudesse ser de algum modo solucionada pela formulação de uma precedência absoluta em favor dos direitos fundamentais, as consequências em muitas áreas não seriam desejáveis. Transportando-se para hipóteses nas quais se verifica uma incerteza empírica, caso fosse fixada a precedência absoluta de um princípio de direito material face ao princípio formal do legislador democrático, *in extremis*, poder-se-ia acarretar uma estagnação legislativa. Tal fato conduziria a uma interferência desproporcional ao princípio formal do legislador legitimado democraticamente<sup>21</sup>. De todo modo, a precedência do princípio formal em situações em que as suposições empíricas fossem meramente plausíveis ou não claramente falsas, revela que tais situações não são excluídas do juízo de ponderação. Na verdade, tais suposições são assimiladas pelo princípio formal. Contudo, essa admissão não estaria em consonância com o poder de que tais suposições têm de reduzir o peso dos valores materiais das variáveis que com elas se relacionam. Os efeitos concretos com a inclusão da fórmula do peso dependem dos valores que serão substituídos e das demais variáveis analisadas<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et. al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 17.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et. al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 17-18.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et. al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 18-19.

Ora, como já demonstrado, o princípio da proporcionalidade constitui um instrumento eficaz para a verificação da atividade legiferante, a partir da observância de alguns aspectos, tais como: i) os meios arbitrados na lei serem passíveis de atingir o fim proposto; ii) os limites fixados em lei sobre liberdades e demais direitos serem imprescindíveis para a satisfação do interesse geral; iii) e, se os benefícios e custos que decorrem da norma têm o condão de fomentar um equilíbrio proporcional<sup>23</sup>.

Nesse sentido, a idoneidade advinda do exame da proporcionalidade, na seara do Direito Penal, vincula-se à competência de suas normas em tutelar os bens jurídicos ou por sua observância pelos destinatários<sup>24</sup>.

A efetividade da norma penal poderá, desse modo, ser analisada por meio de três planos: a partir da efetividade da norma, segundo à sua capacidade em tutelar o bem jurídico; a efetividade da aplicação da pena, sob a perspectiva de que no futuro a norma seja respeitada pelos demais e, inclusive, por aquele que porventura a tenha violado; e a partir da verificação da eficácia da estrutura organizativa do Estado, no sentido de alcançar os objetivos da persecução penal dispostos na legislação<sup>25</sup>.

O juízo de idoneidade, nesse caso, relaciona-se com o âmbito de efetividade da norma, pois o legislador tem de considerar a aptidão que possuirá a norma após a sua vigência, de modo a alcançar a proteção do bem jurídico, o que não a impede de ser considerada em outros níveis da efetividade penal<sup>26</sup>.

Esse juízo de idoneidade, ressalte-se, pressupõe uma análise de natureza empírica. Pois é de responsabilidade do legislador observar quais condutas veiculadas no âmbito social poderão produzir tipos penais. O subprincípio da idoneidade decorre de uma valoração empírica da realidade social.

Portanto, quando o legislador recebe a tarefa de implementar determinada política criminal, as expectativas de eficácia e segurança também influem na atividade jurisdicional. Contudo, tais expectativas por vezes tornam-se vazias por não serem satisfeitas, seja por decisões pontuais que se circunscrevem a casos particulares, seja pela incapacidade estrutural do poder Judiciário para tomar decisões ágeis<sup>27</sup>.

Assim, para determinação da pena reconhecem-se três sistemas, expostos a seguir de forma sintética: a) o sistema da absoluta determinação, no qual a vez e voz para

<sup>23</sup> BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **Revista de Administración Pública**, n. 135, p. 495-522, set.-dez. 1994, p. 502-507.

<sup>24</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 129-130.

<sup>25</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

<sup>26</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 132.

<sup>27</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 133.

determinação das penas fica sob o pálio do legislativo, de tal modo que o judiciário fica restrito ao que fora disposto em lei; b) o sistema da absoluta indeterminação, em que ao magistrado incumbe optar pela espécie de pena que lhe parecer mais oportuna, no qual é o legislador, que fica adstrito à descrição típica das condutas delituosas; c) e o sistema de relativa determinação, para o qual a atividade legiferante é de algum modo completada pela atividade judicial, já que a pena e sua quantidade é prevista de forma abstrata pelo legislador e, ao magistrado, caberá fixá-la conforme os limites dispostos em lei<sup>28</sup>.

Em relação ao limite máximo previsto na lei penal, para grande parte da doutrina, é defendida a possibilidade de o juiz utilizar o princípio da proporcionalidade, desde que observado esse limite legal. Assim, verificado o limite de pena máximo atribuído pelo legislador, caberá ao próprio legislador alterar esse limite ou, então, ao judiciário realizar o controle de constitucionalidade da norma<sup>29</sup>.

O princípio da proporcionalidade representa um limite à atividade judicial, já que impede que juízes e tribunais apliquem consequências jurídicas que não estejam dispostas em lei, seja além ou aquém do previsto pela legislação penal<sup>30</sup>. Outrossim, se eventualmente a sanção se revelar desproporcional ao comportamento delituoso, e se a norma não permitir a justificação da conduta, ao juiz caberá aplicar a norma no seu mínimo legal e expor ao ente público responsável que reavalie a pena prevista ou até mesmo promova a derrogação do preceito veiculado na referida norma<sup>31</sup>.

Tal posição não é unânime, pois há quem defenda que o princípio da proporcionalidade permitiria que fosse aplicada um mínimo abaixo do fixado em lei, justificando-se a garantia de proteção dos direitos fundamentais contra possível arbítrio do Estado. Essa consideração seria suscitada, de forma análoga, em face de um possível arbítrio legislativo. Para os defensores dessa tese, seria um contrassenso utilizar a legalidade como argumento contra ela mesma<sup>32</sup>.

Uma vez que o princípio da proporcionalidade não possui em sua constituição um critério cuja avaliação seja apodíctica, isso pode vir a fazer com que o hermeneuta realize valorações subjetivas, de modo que se torne ilegítimo por parte do órgão julgador intervir na competência atribuída ao legislador para conformar a Constituição. O

<sup>28</sup> PRADO, Luís Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: Parte Geral – arts. 1º a 120. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 628.

<sup>29</sup> AZEVEDO, Paulo Bueno. Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 175-184, dez. 2010, p. 179.

<sup>30</sup> MATA BARRANCO, Norberto J. de la. **El principio de la proporcionalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 21.

<sup>31</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal. **Cuadernos de Derecho Público**, [s.l.], n. 05, set./dez. 1998, p. 159-189, p. 245.

<sup>32</sup> AZEVEDO, Paulo Bueno. Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal, **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 175-184, dez. 2010, p. 179.

órgão judicial passaria nesses termos a definir, por meio do princípio da proporcionalidade, as relações *prima facie* entre direitos, bens e interesses, atividade que pertence ao poder legislativo<sup>33</sup>.

Não obstante, se é autorizado ao judiciário avaliar de forma mais concreta quando uma norma não estaria em conformidade com o princípio da legalidade, o que pode daí decorrer é um juízo mais objetivo quanto às fontes e o enunciado, o que não ocorre com a análise da proporcionalidade. É a partir dessa conclusão que surge a tensão entre os poderes legislativo e judiciário<sup>34</sup>.

Obviamente que não se busca limitar ou extirpar a possibilidade do controle de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais. Mas o que não poderá ocorrer é o julgador excluir as ponderações e juízos valorativos realizados pelo legislador. Talvez por isso, a tendência hoje é defender que haja um enquadramento preciso dos limites bem como dos critérios suscetíveis de permitir o controle de constitucionalidade<sup>35</sup>. E até mesmo para evitar que decisões políticas sejam proferidas, os julgados devem se pautar por critérios objetivos e uma motivação clara, para que se possa aferir qual valor foi preferido em detrimento do outro<sup>36</sup>.

Nesse diapasão, elaboraram-se alguns modelos de controle de constitucionalidade com fulcro no exame da proporcionalidade.

Há o modelo em que o princípio da proporcionalidade atua como estrutura da fundamentação externa do juízo que averigua a constitucionalidade das leis que incidem sobre o âmbito dos direitos fundamentais.

Esse modelo procura estabelecer se as leis interventivas carregam alguma inconstitucionalidade, sob o aspecto formal ou material. Sob o ponto de vista formal, avalia-se se a lei cumpriu todas as exigências de competência e procedimento fixadas na Constituição. E, no plano material, se a lei vulnera realmente o direito fundamental intervindo<sup>37</sup>. Nesse modelo, as decisões judiciais deverão procurar satisfazer dois aspectos, um interno e outro externo. Por meio da fundamentação interna, ao tribunal incumbe indagar se o que fora previsto na norma legal – premissa menor – é contraditório ao previsto pela norma jusfundamental – premissa maior. Desta forma, por meio da fundamentação externa são estatuídas as premissas que estruturam a fundamentação

<sup>33</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007, p. 199-200.

<sup>34</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 216-217.

<sup>35</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

<sup>36</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223-224.

<sup>37</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007, p. 90.

interna, aclarando o que é previsto na norma constitucional e o que está previsto na normal legal. Das disposições constitucionais são subsumidas normas vinculadas hermeneuticamente ao seu enunciado. Entretanto, apenas algumas dessas normas fundamentais permitem da simples leitura, a extração de seu conteúdo. A maioria das normas fundamenta outras normas, sendo que o seu conteúdo não é totalmente específico, ou de tal modo que a simples leitura permita a extração de sentido unívoco. Tais normas são adstritas a normas de direito fundamental<sup>38</sup>.

A proporcionalidade desempenha sua função nesse patamar, auxiliando na concreção da norma adstrita de direito fundamental. A fundamentação do princípio da proporcionalidade pode ser descrito em cinco passos, a partir da veiculação *prima facie* da disposição de direito fundamental ou posição que acaba por ser ferida por lei ou objeto de sua abrangência; conforme a verificação da legitimidade da intervenção legislativa; em consonância com o exame da idoneidade da medida legislativa; pela verificação da necessidade da lei; e conforme o exame da proporcionalidade em sentido estrito<sup>39</sup>.

Desta forma, o uso da discricionariedade na decisão da liberação de uma determinada quantidade para uso pessoal da *cannabis*, centra-se na discussão de saber ou não se a conduta incriminadora pela norma penal possui certeza tal que a despeito das incertezas relacionadas aos perigos de sua liberação para a saúde pública, tais perigos mereceriam ser considerados para o fim de se proteger uma determinada liberdade individual.

Apesar do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, e até mesmo pelo esforço argumentativo inicial, há a adoção de um modelo que privilegia um sistema proibitivo e que não exclui a valoração do legislador.

Portanto, se há premissas que permitem a punição e um limite mínimo de pena, essa deverá ser observada, sob pena de afronta ao princípio formal do legislador democrático e do próprio princípio da legalidade.

### 3. EXAME DA PROPORCIONALIDADE NO CASO CONCRETO

#### 3.1. O caso sob análise

A partir da construção acerca da proporcionalidade no Direito Penal acima vertida, será analisado, nesta seção, o RE 635.659 (Tema 506 de Repercussão Geral) do Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento iniciou-se em 19 de agosto de 2015. Trata-se

<sup>38</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007, p. 103-104.

<sup>39</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007, p. 153.

de Recurso Extraordinário que discutiu a constitucionalidade da tipificação como crime do porte de drogas para uso pessoal, mais especificamente a maconha. No julgamento prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, acompanhado pelos Ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso (atual presidente do Supremo Tribunal Federal), Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber (atualmente aposentada)<sup>40</sup>.

O Tribunal declarou inconstitucional, sem redução de texto, o artigo 28 da Lei 11.343/2006<sup>41</sup>, de modo a “afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas”<sup>42</sup>. A tese de Repercussão Geral restou fixada em decisão publicada em 26 de junho de 2024<sup>43</sup>. A partir dessas premissas, serão expostos os principais pontos da tese vencedora.

<sup>40</sup> Os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Kassio Nunes Marques entenderam que a criminalização do porte de maconha para consumo pessoal é constitucional.

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei 11.343 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm). Acesso em: 08 set. 2024.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 679. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>43</sup> 1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

Inicialmente, cabe pontuar que do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes se extrai o principal argumento a ensejar a impugnação do artigo 28, da Lei 11.343/2006, era sua incompatibilidade, em tese, com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Em outras palavras, a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal violaria o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal<sup>44</sup>, o qual protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado<sup>45</sup>. Considerando-se o princípio da ofensividade, que possui assento constitucional, determinado fato para ser configurado como crime, deve lesionar bens jurídicos alheios – portanto, não se pune a autolesão. Em sentido contrário, o Ministério Público argumentou que o bem jurídico tutelado pelo artigo impugnado seria a saúde pública, uma vez que a conduta prevista no dispositivo legal contribui para a propagação do vício no meio social.

O ministro relator afirmou que cabe ao Tribunal fiscalizar, diante de grave afetação a bens jurídicos fundamentais, “se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância”<sup>46</sup>. No voto do ministro relator, restou contraposto o direito coletivo à saúde e à segurança, de um lado, e o direito à intimidade e à vida privada, de outro lado. Ainda, o ministro consignou acerca da proporcionalidade, expressamente, ao referir que “a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo”, tendo acrescentado que a apreciação deve envolver a observância da necessidade e da adequação<sup>47</sup>. Não obstante, restou consignado que:

<sup>44</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 dez. 2024.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 17. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 56. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 57. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.



*Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como, igualmente, a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.*

*De um lado, a exigências de que as medidas interventivas se mostrem adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos. De outra parte, o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se releve, a um só tempo, adequada e menos onerosa.*

*Com isso, abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal. Nesse campo, o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar<sup>48</sup>.*

O ministro utilizou-se, claramente, dos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, embora sob os nomes de controle de evidência, controle de justificabilidade e controle material de intensidade, adotados pela Corte Constitucional alemã. Quanto ao controle de evidência, o ministro pontuou que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados em termos de política criminal<sup>49</sup>, no que diz respeito a usuários e dependentes. Ainda segundo o ministro relator, a norma penal não atendia ao chamado controle de justificabilidade, posto que a repressão do consumo não seria o instrumento mais eficaz no combate ao tráfico de drogas e possui pouco (ou nenhum) impacto sobre a decisão de consumir drogas.

Para o ministro, a norma penal questionada não era capaz de fomentar a proteção do bem jurídico-penal constitucionalmente protegido, posto que somente a

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 52-53. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 52-71. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

previsão da conduta como infração de natureza penal já tem “resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes”<sup>50</sup>. Não obstante, o ministro relator teceu considerações acerca da natureza de crime de perigo abstrato, que, se por um lado é a alternativa mais eficaz para proteger bens de caráter difuso ou coletivo, por outro, deve ser considerada a delicada relação com os princípios da lesividade e da ofensividade, intrinsecamente relacionados ao princípio da proporcionalidade<sup>51</sup>. Nesse sentido, foi referido o necessário deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, com a conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos<sup>52</sup>.

O ministro ainda menciona o caso de sucesso de Portugal no combate às drogas, que deslocou os esforços do campo penal para o da saúde pública, aliando sanções administrativas com o acolhimento dos dependentes<sup>53</sup>. Por outro lado, para comprovar como o tema é complexo, em Portugal ocorreu a redução dos óbitos relacionados ao consumo de drogas, contudo, houve um significativo aumento na sua utilização<sup>54</sup>. O

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 64. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>51</sup> Ver os julgados sobre o RE 583.523 e a ADI 3112, ambos do Supremo Tribunal Federal, nos quais foram analisados crimes de perigo abstrato sob o enfoque do princípio da proporcionalidade.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 241. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 23. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 242. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

fato é que, em todos os países em que se implementou a legalização, houve um aumento vertiginoso do consumo<sup>55</sup>.

Concluída a análise do voto do relator, passa-se ao voto do ministro Luiz Edson Fachin, que manifestou preocupação em não extrapolar os limites que levariam a uma intervenção judicial desproporcional, mas manifestou a necessidade de estabelecer os limites à interferência estatal sobre os direitos do indivíduo. O ministro Luiz Edson Fachin concluiu que a “autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imunes à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal”<sup>56</sup>. O ministro assim inferiu:

*[...] incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade*<sup>57</sup>.

Segundo o ministro, ao legislador não basta observar a reserva de lei para tipificar uma determinada conduta, como também se esta criminalização protege um direito fundamental<sup>58</sup>. A abordagem adotada pelo ministro trouxe elementos que

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 618. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 111. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 114. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 114. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

fundamentam a inadequação da medida, por supostamente não prevenir o consumo de substâncias ilícitas, nem proteger a saúde pública e a segurança, ou seja, criminaliza-se uma conduta sem que um direito fundamental seja realmente protegido.

Os argumentos – considerando os votos dos sete ministros abaixo arrolados, que votaram pela absolvição do acusado por atipicidade da conduta – podem ser resumidos da seguinte forma:

**TABELA 1 – ARGUMENTOS DOS MINISTROS QUANTO AO NÃO ATENDIMENTO DAS PARCIAIS DE ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO**

Ministro	Adequação	Necessidade	Proporcionalidade em sentido estrito
Gilmar Mendes	A previsão legal “[...] inibe a busca de tratamento terapêutico, ao estigmatizar o usuário e os serviços de atenção e reinserção social”; a “mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes.”	A repressão do consumo não seria o instrumento mais eficaz no combate ao tráfico de drogas e tem pouco (ou nenhum) impacto sobre a decisão de consumir ou não drogas.	Cabe ao Tribunal fiscalizar, diante de grave afetação de bens jurídicos fundamentais, “se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.”
Luiz Edson Fachin	“[...] retirada do estigma criminal permite que se dê a devida atenção ao bem jurídico tutelado e ao tratamento do usuário, sempre conviver-se-á com o indelével gravame de vê-lo enredado no tecido criminoso de distribuição da droga.”	“[...] necessita exigir uma resposta informativa, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas.”	“[...] 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.”

Ministro	Adequação	Necessidade	Proporcionalidade em sentido estrito
Luís Roberto Barroso	<p>“[...] as cadeias estão ficando entupidas de jovens primários e pobres, que são presos como traficantes. E, consequentemente, passam a cursar essa escola do crime e o círculo vicioso de violência que se inicia com a primeira prisão desse jovem primário e sem periculosidade”;</p> <p>“[...] nas últimas décadas, sobretudo depois da Lei de Drogas, o consumo de drogas só fez aumentar ao longo dos anos.”</p>	<p>“Insistir em uma política pública que não funciona, e já experimentada há tantas décadas, é fechar os olhos, a meu ver, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, para a realidade”;</p> <p>“[...] contrapropaganda, debate público, informação, advertência produzem melhores resultados do que a criminalização”.</p> <p>O caminho para lidar com o problema das drogas é monitorar grandes carregamentos, seguir o dinheiro e policiar as fronteiras.</p>	<p>“[...] alto custo para a sociedade que tem trazido a política de criminalização e de repressão ao consumo de drogas em geral e de maconha, em particular”;</p> <p>“política de criminalização e de repressão que consome cada vez mais recursos, que são recursos que evidentemente não vão para tratamento, educação e saúde preventiva, com a seguinte e grave consequência lesiva para a saúde pública.”</p>
Alexandre de Moraes	<p>A apreensão de quantidades similares de entorpecente pode resultar em diferentes desfechos criminais, a depender de fatores discriminatórios, como a idade, cor da pele e grau de escolaridade do investigado; “classificar como entorpecente uma substância que não gera nenhum risco à saúde pública não seria constitucional”;</p> <p>“[...] acabou transformando muitos dos usuários em pequenos traficantes. Só que o pequeno traficante, com a nova lei, tinha uma pena alta. Foi para o sistema penitenciário. Jovem, primário, sem oferecer periculosidade à sociedade, foi literalmente capturado pelas organizações criminosas.”</p>		<p>“[...] o uso da maconha, diferentemente de outras drogas, outros entorpecentes, para uso próprio, não teria aptidão de impor esse dano ao bem jurídico à saúde pública.”</p>

Ministro	Adequação	Necessidade	Proporcionalidade em sentido estrito
Cármem Lúcia	“[...] os órgãos e agentes do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público, Judiciário) deram interpretação mais rigorosa para esse dispositivo, invertendo a finalidade daquela Lei e fazendo prevalecer a cultura da criminalização e maior penalização para essa conduta.”; “[...] o tratamento a ser conferido ao usuário não poderia ser o mesmo dado àquele que comete algum crime.”		“A autolesão não pode configurar fato típico, e a conduta que prejudique apenas a saúde do próprio agente não pode ser criminalizada.”
Dias Toffoli	“[...] adoção de políticas repressivas baseou-se mais em argumentos moralistas do que em evidências científicas”; “[...] a classificação das drogas como ilícitas não necessariamente se baseou nos danos causados por essas substâncias, havendo o desejo de controlar e moralizar certos grupos sociais.”	“Estou convicto de que tratar o usuário como um toxicodelinquente não é a melhor política pública de um Estado Social Democrático de Direito”; “[...] necessidade de tratar os usuários de drogas com enfoque em sua saúde e em sua recuperação, em vez de na criminalização.”	“[...] a política de repressão ao tráfico e ao uso de drogas, em vez de reduzir a violência e o uso abusivo, intensificou a violência e a corrupção, sem diminuir o consumo. Ou seja, a criminalização dos usuários de drogas acaba por gerar um custo social maior para a sociedade.”
Rosa Weber	“[...] ausência de objetividade na distinção entre usuário e traficante, além de incrementar o estigma social sobre o usuário, fomenta a condenação de usuários como se traficantes fossem”; “O porte de drogas para consumo pessoal não objetiva salvaguardar a saúde pública, mas, sim, tutelar a integridade pessoal do usuário.”	“[...] mero fato de a Lei de Drogas tipificar o porte de drogas para consumo pessoal potencializa o estigma que recai sobre o usuário e acaba por aniquilar os efeitos pretendidos pela própria lei no atendimento, tratamento e reinserção social e econômica dos usuários e dependentes de drogas.”	“[...] autonomia privada, entendida como a capacidade das pessoas de se autodeterminarem, ou seja, a capacidade dos indivíduos de definirem as regras de regência de sua própria vida particular, consubstancia o núcleo essencial e inviolável do direito à liberdade.”

**Fonte: elaboração própria.**

A tese vencida, por seu turno, manteve posição mais restritiva em relação à atuação da justiça constitucional. O ministro André Mendonça fundamentou seu voto contrário à descriminalização com base no fato de o legislador ter tipificado o porte de drogas como crime, de modo que transformar um ilícito penal em ilícito administrativo seria ultrapassar a vontade do legislador. O ministro, embora tenha reconhecido como legítimas algumas críticas ao mérito das opções legislativas da Lei de 2006, entendeu que o “*locus democrático e constitucional para promover eventuais ajustes ou revisões na política sobre drogas adotada em nosso país, segundo penso, não é o Supremo Tribunal Federal, mas o Congresso Nacional*”<sup>59</sup>. Ainda:

*E isso pelo singelo fato de que, em atenção ao princípio da separação dos Poderes, cabe ao Poder Legislativo, no lido exercício representativo da soberania popular, fazer as leis deste país, inclusive as que versem sobre a política sobre drogas. A questão do uso de drogas, aliás, tem múltiplas implicações sobre segurança pública, saúde coletiva e sobre a própria família brasileira — com especial ênfase na nossa juventude, como aponta o art. 227, § 3º, VII da Lei Maior 2 —, de modo que a avaliação das diversas condicionantes e o sopesamento da adequação das diferentes medidas a serem implementadas devem ser realizados, a meu sentir, por meio de debate qualificado e informado no âmbito do Congresso Nacional*<sup>60</sup>.

O ministro André Mendonça argumentou que, com a descriminalização do porte ou da posse de maconha para consumo pessoal se daria uma falsa sensação de que o seu consumo não faz mal<sup>61</sup>, e, em tese, este seria o primeiro passo para a dependência.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 408. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 409. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 390. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.



Identificados os principais pontos do voto vencedor e, também, do voto vencido, passam-se as considerações sob o prisma das parciais da proporcionalidade.

### 3.2. Das parciais da proporcionalidade

O primeiro teste parcial da proporcionalidade é a adequação, que consiste em questionar se uma interferência nos direitos fundamentais é adequada para a consecução de um fim constitucionalmente legítimo<sup>62</sup>. No âmbito penal, implica em verificar se a sanção penal persegue um fim legítimo constitucionalmente e, mais propriamente, se promove o fim de proteção de um bem jurídico penalmente protegido<sup>63</sup>. No caso, seria perquirir se a criminalização do porte ou posse da maconha para consumo pessoal é adequada para a consecução do fim à que se propõe, seja para reduzir seu consumo, seja para proteger a saúde e a segurança públicas.

Nesse sentido, faz-se importante advertência do ministro André Mendonça sobre a proteção jurídica do artigo 28, ora tratado. Refere Mendonça que “transcende a pessoa que decide fazer uso de drogas, no caso específico, da maconha, para tomar perspectiva coletiva, atingindo toda a sociedade”<sup>64</sup>. O ministro trouxe clara preocupação com a ampliação do consumo da maconha, ao prevalecer a tese vencedora, trazendo, para tanto, dados científicos. Pontuou, ainda, que a legalização da maconha, de forma alguma irá diminuir ou reduzir drasticamente o comércio ilegal da droga e os problemas a ele associados. Por todo o exposto, a medida, seguindo o entendimento da tese vencida, atende a primeira parcial da proporcionalidade, mostrando-se adequada.

O segundo teste parcial da proporcionalidade é a necessidade, frente ao qual se indaga se a intervenção em um direito fundamental proposta é, dentre todas as medidas igualmente adequadas para alcançar o fim almejado, aquela menos prejudicial ao direito<sup>65</sup>. Em termos de sanção penal, significa que “a intervenção penal é necessária se comparada a todas as outras medidas estatais sancionatórias penais (ou não)

<sup>62</sup> TOVAR, Alejandro Nava. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 383-414.

<sup>63</sup> LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Três estudos sobre aplicação do Teste de Proporcionalidade “no” Direito Penal**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 62.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 393. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>65</sup> TOVAR, Alejandro Nava. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 391.

igualmente aptas para a proteção de um bem jurídico-penal protegido, é a que – em menor grau de intensidade – afeta posições jurídicas fundamentais”<sup>66</sup>.

Salo de Carvalho<sup>67</sup>, há muito, menciona que a criminalização das drogas não consegue atender nem uma prevenção geral (contramotivação), nem uma prevenção especial (reabilitação dos dependentes) ao mercado ilegal de drogas <sup>68</sup>. Desse modo, o fomento às políticas de redução de danos e programas de educação pública podem ser menos invasivas em relação aos direitos individuais, ao mesmo tempo que protegem a saúde pública. Exatamente por esta razão, o Supremo Tribunal Federal elencou entre as medidas a serem adotadas políticas de não estigmatização.

A política brasileira de combate às drogas no Brasil tem aumentado e, muito, a população carcerária. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2016, 28% da população carcerária estava presa por crimes relacionados a drogas; no que concerne a população carcerária feminina, este número sobe para 62%<sup>69</sup>. Em pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

*[...] a partir da análise de 41.000 processos decididos, no âmbito estadual, no primeiro semestre de 2019, são alarmantes, ao indicar que a maioria dos processados no país é de homens (87%), jovens (72%), negros (67%). Os dados apontam ainda que a política de repressão às drogas atinge implacavelmente quem tem baixa escolaridade (75%), com ensino fundamental incompleto, é desempregado ou autônomo (66%) e tem passagem anterior pelo sistema de Justiça (50%) (Maioria de presos por tráfico de drogas é negra, pobre e sem relação com facções, diz estudo, Folha de São Paulo, 12.8.2023).*

*O levantamento aponta que, em apenas 13% dos processos analisados, há alusão ao envolvimento de facções criminosas – mesmo que desacompanhada de qualquer tipo de comprovação, o que indica que o número pode estar superestimado. E, pior, que em 80% dos casos, os réus permaneceram presos de forma preventiva durante todo o processo, aprofundando a tragédia que é o sistema carcerário brasileiro. Não por outra razão, afirma o editorial da Folha de São Paulo que esses números confirmam “o que já se intui a partir das práticas judicial e policial: prende-se muito e mal por tráfico de*

<sup>66</sup> LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Três estudos sobre aplicação do Teste de Proporcionalidade “no” Direito Penal**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 62-63.

<sup>67</sup> Para mais informações: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 15 set. 2024.

<sup>68</sup> CARVALHO, Salo de. **A política de drogas no Brasil**: (do discurso oficial as razões de descriminalização). 1996. 365 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996, p. 241-247. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 20 set. 2024.

<sup>69</sup> MARTINS, Helena. **Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil**: Aumenta o número de mulheres presas por tráfico. Brasília: Agência Brasil, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>. Acesso em 15 jan. 2025.

*entorpecentes no país” (Prende-se muito e mal: Com lei nebulosa, combate às drogas no Brasil não distingue usuário e traficante, Folha de São Paulo, 14.8.2023, Editorial).<sup>70</sup>*

O Brasil é o terceiro país do mundo com o maior número de encarcerados, sendo que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “atualmente existem cerca de 830 mil pessoas privadas de liberdade, sendo a Lei de Drogas a que mais encarcera indivíduos no País”.<sup>71</sup> Como salienta o ministro Barroso “uma, em cada quatro pessoas que estão presas, está presa por tráfico ou associação. E mais da metade das mulheres que estão presas no sistema brasileiro estão presas por crimes associados ao tráfico”.<sup>72</sup>

Por outro lado, há a grande preocupação: o Brasil é o maior consumidor de maconha do mundo e o segundo maior consumidor de cocaína do mundo, em números absolutos<sup>73</sup>.

Sobre o tema, Alexy<sup>74</sup> infere que “o Tribunal Constitucional Federal só poderia admitir a intervenção no direito fundamental se a veracidade das suposições empíricas – das quais a adequação e a necessidade dependem – fosse sólida”. Em que pese satisfeito o primeiro teste da parcial da proporcionalidade, o mesmo não acontece com o segundo, haja vista a existência de outras medidas igualmente adequadas para alcançar o fim proposto, e, portanto, a intervenção penal não está justificada. De todo

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 28. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>71</sup> LEMOS, Livia. **Lei de Drogas é a maior responsável por encarceramento em massa da população negra:** Pesquisa da USP analisa contraste na abordagem policial entre negros e brancos detidos por drogas e a influência no julgamento dentro dos tribunais. São Paulo: Jornal da USP, 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/lei-de-drogas-e-a-maior-responsavel-por-encarceramento-em-massa-da-populacao-negra/#:~:text=O%20Brasil%20%C3%A9%20o%20terceiro%20pa%C3%ADs%20do%20mundo,Drogas%20a%20que%20mais%20encarcera%20indiv%C3%ADduos%20no%20Pa%C3%ADs>. Acesso em: 26 jan. 2025.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 151. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 246. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008, p. 612.

modo, cabe continuar o estudo sob a perspectiva da terceira parcial da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, a proporcionalidade em sentido estrito trata de analisar se a importância da restrição em um direito fundamental justifica-se pela importância de se realizar o fim perseguido por uma ação estatal<sup>75</sup>. Em termos de sanção penal, significa perquirir o grau de restrição na liberdade de atuação geral e “impõe que o benefício que se obtém com a restrição a um direito fundamental seja justificado pela restrição que obriga o direito fundamental de outrem”<sup>76</sup>.

De fato, os “mandados de otimização, [são] princípios [que] exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas”<sup>77</sup>. Assim, a criminalização do uso de maconha pode ser vista como uma medida desproporcional se o dano causado pela punição (como a estigmatização de usuários) for maior do que os benefícios trazidos pela tentativa de controlar o uso da substância. Na lição de Böckenförde<sup>78</sup> o estado civil baseia-se nos princípios da liberdade de cada membro da sociedade, na igualdade de cada um com todos os outros e na autonomia de cada membro de uma sociedade, como cidadão.

No caso, há clara afronta a esses pressupostos, assim como ao direito fundamental à privacidade, que garante o livre desenvolvimento da personalidade. Em verdade, há restrição indevida das liberdades individuais, sem a qual uma vida com dignidade humana não é possível, em especial a liberdade pessoal e a autonomia. A criminalização da conduta de portar maconha para consumo pessoal é desproporcional, por atingir intensamente o núcleo fundamental da autonomia privada. Ocorre que o Estado tem sua razão de existir, justamente, na garantia da liberdade<sup>79</sup>.

A tese vencedora sustentou-se em estudos, como os que apontam a relação entre a proibição das drogas e mortes violentas no Brasil, assim como estimam que o custo de bem-estar dessa tragédia para o país corresponde a cerca de 50 (cinquenta) bilhões por ano<sup>80</sup>. Os dados referidos são importantes para pensar em um excesso no

<sup>75</sup> TOVAR, Alejandro Nava. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais. In: TRIVISON-NO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 391.

<sup>76</sup> LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Três estudos sobre aplicação do Teste de Proporcionalidade “no” Direito Penal**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 63.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593.

<sup>78</sup> BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 21.

<sup>79</sup> BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 21.

<sup>80</sup> FOX NEWS. **AP IMPACT**: after 40 years, \$ 1 trillion, US war on drugs has failed to meet any of its goals. [s.l.]: Fox News, 2010. Disponível em: <https://www.foxnews.com/world/ap-impact-after-40-years-1-trillion-us-war-on-drugs-has-failed-to-meet-any-of-its-goals>. Acesso em: 28 ago. 2024.

combate às drogas, afinal, a guerra às drogas desperdiça recursos públicos e sociais<sup>81</sup> ao mesmo tempo que:

*[...] a política de guerra às drogas inaugurada em 17 de junho de 1971 por Richard Nixon, que definiu a droga como “o inimigo público número um” (e que varreu o mundo nos anos posteriores), tinha menos a ver com o enfrentamento aos efeitos maléficos da droga na sociedade e mais a ver com a política e a estigmatização de grupos sociais tidos como indesejáveis<sup>82</sup>.*

Neste ponto, a decisão, após um entendimento prévio, será esmiuçada sob o olhar do teste da proporcionalidade.

### 2.3. Do princípio formal e da competência decisória do legislador democraticamente legitimado

Alexy alerta que os direitos fundamentais possuem um caráter duplo, reunindo o nível de princípio e de regra<sup>83</sup>, sendo que “uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”<sup>84</sup>. Assim, a disposição de direito fundamental é:

(1) O cidadão é livre.

Assim, *prima facie*, seria proibido qualquer intervenção, seria dizer:

(2) São proibidas intervenções na liberdade individual, ou seja, o direito à autodeterminação sobre seu próprio corpo e à escolha do comportamento pessoal, a liberdade de tomar as próprias decisões, sem interferências por parte do Estado.

Contudo, não é possível compreendê-lo como um direito irrestringível, afinal, pode ocorrer a colidência de princípios que se sobrepõem a liberdade artística, como a liberdade individual, que não permite o direito de matar. Assim:

(3) São proibidas intervenções na liberdade individual, ou seja, o direito à autodeterminação sobre seu próprio corpo e à escolha do comportamento pessoal, a

<sup>81</sup> CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Custo de bem-estar social dos homicídios relacionados ao proibicionismo das drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2024, p. 26-27.

<sup>82</sup> CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Custo de bem-estar social dos homicídios relacionados ao proibicionismo das drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2024, p. 27.

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

liberdade de tomar as próprias decisões, sem interferências por parte do Estado, desde que não sejam colidentes com direitos fundamentais de hierarquia constitucional.

Para continuar, importante a fórmula de Alexy em um caso que tratou de liberdade artística:

*A cláusula que se introduziu exige, em primeiro lugar, que os princípios colidentes – que podem ser designados por  $P_2, \dots, P_n$  – tenham hierarquia constitucional e, em segundo lugar, que a intervenção destinada a fomentar a realização de  $P_1$  seja necessária, o que inclui também a exigibilidade de sua adequação e, em terceiro lugar, que  $P_1$  ...  $P_n$  sob as condições do caso (C), tenham primazia diante do princípio da liberdade artística – que pode ser designado por  $P_1$ ; o que, no fim, significa que vale a fórmula  $(P_2, \dots, P_n P_1)C$ . Fica claro que a cláusula – com exceção da exigência de hierarquia constitucional para os princípios colidentes, decorrente da garantia sem reservas da liberdade artística – expressa nada mais que as três partes da máxima da proporcionalidade. Se se utiliza da S para o preenchimento completo da cláusula e T para uma intervenção estatal em uma atividade que faça parte do campo artístico, e R para a consequência jurídica, que consiste na proibição constitucional da medida em questão, obtém-se, então, a seguinte forma extremamente geral da norma de direito fundamental provida de uma cláusula restritiva (4) T e não S  $\rightarrow$  R.<sup>85</sup>*

Logo, no caso, temos,

$P_1$  – Liberdade individual

$P_2$  – Saúde pública

$P_3$  – Segurança pública

A fórmula resultante seria: (Saúde Pública, Segurança Pública P Liberdade individual) (Des)criminalização do porte ou posse para consumo pessoal de maconha. No caso, prevalece a saúde pública, pois não se sabe dimensionar os riscos, em prol do legislador democrático.

Ainda, cumpre analisar a decisão em relação aos princípios formais, que, conforme acima apresentado, são uma espécie de princípios atuando como comandados de otimização, diferenciando-se, assim, dos princípios materiais em relação ao seu objeto de otimização<sup>86</sup>. Os princípios formais garantem que as decisões jurídicas sejam estruturadas de forma organizada e justa, focando na estrutura processual e formal do sistema jurídico. No contexto da descriminalização das drogas, os princípios formais de

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

<sup>86</sup> TOVAR, Alejandro Nava. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais. In: TRIVISONO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 402.

Alexy podem ser aplicados para analisar o equilíbrio entre diferentes direitos fundamentais e interesses públicos.

Alexy<sup>87</sup>, especificamente sobre produtos derivados de *cannabis*, afirma que se trata de verificar se o legislador possui legitimidade para proibir produtos derivados de *cannabis*, o que “depende essencialmente de se saber se a intervenção na liberdade constitucionalmente protegida, resultado dessa proibição, é adequada e necessária para diminuir os riscos associados a essa droga”. No caso, entende-se que a criminalização da posse ou porte de maconha, em que pese adequada, é necessária, pois não se sabe a repercussão na saúde pública.

Contudo, a questão é mais complexa, envolve a colisão entre o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado (princípio procedimental), que exige que as decisões relevantes para a sociedade sejam tomadas pelo legislador, e um princípio material de direito fundamental, que exclui a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental balizado em premissas empíricas incertas<sup>88</sup>. Por certo, não há que se falar em uma precedência absoluta do princípio material sobre esse princípio formal, sob pena de grave violação à separação dos poderes e ao princípio democrático<sup>89</sup>, mas adotar a solução intermediária de Alexy:

*Enquanto princípios, eles exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção. Isso conduz a uma segunda lei do sopesamento, com o seguinte conteúdo: Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.*

No caso, existia uma incerteza empírica que não justificava a intervenção judicial, portanto, havendo incerteza deve prevalecer o princípio do legislador democrático.

Veja-se que existe, até mesmo no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, uma preocupação quanto ao avanço no domínio das instâncias legislativas quanto ao tráfico de drogas, ao mesmo tempo em que não há, na decisão em comento, um avanço indevido sobre as competências do Congresso Nacional<sup>90</sup>. Entretanto, acaba por afirmar

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 614.

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 615.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 616.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 23. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.



que “cabe aos parlamentares, e a ninguém mais, decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso próprio”<sup>91</sup>.

No voto da ministra Rosa Weber, por seu turno:

*[...] o legislador não está dispensado de observar o postulado da proporcionalidade que, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, se irradia por todo ordenamento jurídico. Assim, mostra-se possível a declaração de inconstitucionalidade de diplomas normativos com ele conflitantes, a evidenciar a imprescindibilidade de o Poder Legislativo, no regular exercício de suas atribuições, agir com fidelidade e estrito cumprimento aos seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sendo competência do Poder Judiciário aferir o adimplemento das obrigações dele decorrentes.*<sup>92</sup>

O ministro Dias Toffoli, outrossim, entende que a é competência da Corte Constitucional a discussão sobre o reconhecimento do caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para consumo próprio, na mesma linha da teoria constitucional de outros países do Ocidente<sup>93</sup>. Por sua vez, adverte o ministro Luiz Fux que o “dissenso científico sobre a matéria orienta a Corte a adotar postura minimalista, de não intervenção direta e de respeito às autoridades públicas competentes”<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 23. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 342. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 483. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 614. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

Conforme acima veiculado, o princípio da proporcionalidade de Alexy é um método estruturado para avaliar se uma intervenção nos direitos fundamentais é adequada e compatível. No caso, a intervenção na esfera de liberdade se justifica, pois não se sabe ao certo o possível impacto de sua liberação no sistema de saúde pública, sem considerar os custos para o Sistema Único de Saúde (SUS) dos demais problemas que daí poderão decorrer. Demonstra-se justificável. Importante consignar que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais – adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) – decorre da natureza dos princípios e, mais propriamente, da própria essência dos direitos fundamentais<sup>95</sup>. De acordo com o referido teste, no Direito Penal, a legislação deve:

*[...] a) buscar um objetivo legítimo; b) a lei deve estar capacitada para alcançar este objetivo; c) mesmo sendo a lei necessária para se atingir o fim, não deve existir, alternativamente, meio menos severo, aparelhando com a mesma efetividade; d) a medida não deve ser desproporcional ao objetivo ou propósito da ação. Implementando tais requisitos, pode-se referir que existe uma legitimidade constitucional a intervenção do direito penal, porque não se revela excessiva.*<sup>96</sup>

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>97</sup>, o princípio da proporcionalidade possui uma vinculação com a proibição de excesso, que, por sua vez, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da concepção garantista do Direito. De todo modo, cabe aguardar como a decisão será recebida pela sociedade civil, considerando que, atualmente, a única fonte de legitimação válida é o consentimento dos submetidos ao poder<sup>98</sup>. Por isso o apoio público ao judiciário é crucial para diminuir cizânias entre os poderes e para o fim de contribuir com a legitimidade das Cortes. A ideia é evitar o excesso de poder, pois se há previsão legislativa acerca de uma determina questão, ainda mais sobre uma questão de saúde pública cujas consequências são imprevisíveis, deve ser observado o que preceituou o legislador democraticamente eleito.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-117.

<sup>96</sup> LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Três estudos sobre aplicação do Teste de Proporcionalidade “no” Direito Penal**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 57.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: O Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354 2006. Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&p=93f8251cbd045cb3JmldtHM9MTcyN-jc5MDQwMCZpZ3VpZD0wNzZhZWZWM3ZC00NmlyLTZzNzUtMTI4NC1mZTgzNDdkOTYyNWYmaW5zaWQ9NTlyMw&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=076aec7d-46b2-6375-1284-fe8347d9625f&psq=ingo+sarlet+constitui%3%a7%3%a3o%2c+proporcionalidade+e+direitos+fundamentais&u=a1aHR0cHM6Ly9kaWFsbmV0LnVuaXJpb2phLmVzL2Rlc2NhcmdhL2FydGljdWxvLzlxNTE1OTkucGRm&ntb=1>. Acesso em: 01 set. 2024.

<sup>98</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo e derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, p. 175-209.

Com efeito, não há como concordar com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que ensejou mais perguntas do que respostas, as quais, oportunamente, deverão ser tratadas em novos artigos.

## CONCLUSÃO

A descriminalização da maconha, no contexto jurídico, envolve a retirada da conduta de porte ou uso de maconha do rol de condutas penalmente puníveis, em prol dos direitos fundamentais da liberdade, autonomia e privacidade. Trata-se de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, no que não se confunde com legalização ou liberação irrestrita, haja vista que permanece a censura por meio de medidas de natureza administrativa. O artigo é constitucional, mas de crime não se trata. A política de drogas não pode ser estruturada em termos essencialmente de normas penais.

Cumprе consignar que extrapolaria os limites do presente trabalho a discussão da manutenção da proibição da traficância simultaneamente à descriminalização ou, ainda, dos limites fixos da quantidade da droga para fins de diferenciação entre usuário e traficante, que certamente requerem trabalho em apartado. De todo modo, entende-se ter cumprido o objetivo do presente trabalho, ao passo que não se descarta que o tema é polêmico, bastante observar o tempo que o Supremo Tribunal Federal levou para julgar o caso.

No caso, não resta justificada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, pois em caso de saúde pública ou dúvida epistemológica empírica, prevalece a razão do legislador, argumento que perpassou os votos dos Ministros que nortearam os seus votos desfavoravelmente à descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, mantendo uma postura mais restritiva acerca do tema, de modo a afastar a intervenção da Corte.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Princípios formais e aplicação do direito, p. 3-23. In: TRIVISONNO, Alexandre Travesoni Gomes et. al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 9-10.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Paulo Bueno. Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 175-184, dez. 2010.

BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **Revista de Administración Público**, n. 135, p. 495-522, set.-dez. 1994.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, p. 119-158, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007.

BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 dez. 2024.

BRASIL. **Lei 11.343 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/L11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/L11343.htm). Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2024, p. 679. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 08 ago. 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política de drogas no Brasil**: (do discurso oficial as razões de descriminalização). 1996. 365 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 20 set. 2024.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Custo de bem-estar social dos homicídios relacionados ao proibicionismo das drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2024.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FOX NEWS. **AP IMPACT**: after 40 years, \$ 1 trillion, US war on drugs has failed to meet any of its goals. [s.l.]: Fox News, 2010. Disponível em: <https://www.foxnews.com/world/ap-impact-after-40-years-1-trillion-us-war-on-drugs-has-failed-to-meet-any-of-its-goals>. Acesso em: 28 ago. 2024.

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo e derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal. **Cuadernos de Derecho Público**, [s.l.], n. 05, set/dez. 1998, p. 159-189.

LEMOS, Livia. **Lei de Drogas é a maior responsável por encarceramento em massa da população negra**: Pesquisa da USP analisa contraste na abordagem policial entre negros e brancos detidos por drogas e a influência no julgamento dentro dos tribunais. São Paulo: Jornal da USP, 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/lei-de-drogas-e-a-maior-responsavel-por-encarceramento-em-massa-da-populacao-negra/#:~:text=O%20Brasil%20%C3%A9%20o%20terceiro%20pa%C3%ADs%20do%20mundo,Drogas%20a%20que%20mais%20encarcera%20indiv%C3%ADduos%20no%20Pa%C3%ADs>. Acesso em: 26 jan. 2025.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidad y ley penal**. Bases para un modelo de control de constitucionalidade de las leyes penales. Madrid: CEPC, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Três estudos sobre aplicação do Teste de Proporcionalidade de “no” Direito Penal**. São Paulo: Dialética, 2024.

MARTINS, Helena. **Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil**: Aumenta o número de mulheres presas por tráfico. Brasília: Agência Brasil, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>. Acesso em 15 jan. 2025.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. **El principio de la proporcionalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: Parte Geral – arts. 1º a 120. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: O Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354 2006. Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&p=93f8251cbd045cb3JmldtHM9MTcyNjc5MDQwMCZpZ3VpZD0wNzZhZWm3ZC00NmlyLTZlYzNzUtMTI4NC1mZTgzNDdkOTYyNWYmaW5zaWQ9NTlyMw&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=076aec-7d-46b2-6375-1284-fe8347d9625f&psq=ingo+sarlet+constitui%C3%A7%C3%A3o%2c+proporcionalidade+e+direitos+fundamentais&u=a1aHR0cHM6Ly9kaWFsbmV0LnVuaXJpb2phLmVzL2Rlc2NhcmdhL2FydGljdWxvLzlxNTE1OTkucGRm&ntb=1>. Acesso em: 01 set. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TOVAR, Alejandro Nava. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 383-414.

**INFORMAÇÕES ADICIONAIS**  
**ADDITIONAL INFORMATION**

<b>Editores Responsáveis</b> <i>Handling Editors</i>	
<b>Editor-chefe</b>	Daniel Wunder Hachem
<b>Editor-adjunto</b>	Luzardo Faria

<b>Declaração de autoria e especificação de contribuição ao artigo</b> <i>Statement of Authorship and Individual Contributions</i>	
<b>José Francisco Dias da Costa Lyra</b>	<b>Contribuições:</b> 1. Conceitualização; 8. Recursos; 10. Supervisão; 13. Redação do manuscrito original; 14. Redação - revisão e edição.
<b>Ariane Langner Antoniolli</b>	<b>Contribuições:</b> 1. Conceitualização; 13. Redação do manuscrito original; 14. Redação - revisão e edição.
<b>Nikolai Bezerra Frio</b>	<b>Contribuições:</b> 1. Conceitualização; 13. Redação do manuscrito original; 14. Redação - revisão e edição.

<b>Declaração de disponibilidade de dados</b> <i>Data Availability Statement</i>
Este estudo não gerou nem utilizou conjuntos de dados, baseando-se exclusivamente em pesquisa bibliográfica e documental.