



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI
11.343/2006: UMA ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO RE 635.659 E O CRITÉRIO
ADOTADO PARA DISTINGUIR O USO PESSOAL DO TRÁFICO**

VITOR HUGO JALES DO NASCIMENTO

FORTALEZA

2025

VITOR HUGO JALES DO NASCIMENTO

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI
11.343/2006: UMA ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO RE 635.659 E O CRITÉRIO
ADOTADO PARA DISTINGUIR O USO PESSOAL DO TRÁFICO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito. Áreas de
concentração: Direito Constitucional,
Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo
Araruna Santiago

FORTALEZA

2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

N199d Nascimento, Vitor Hugo Jales.

A declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006: uma análise sobre o controle de constitucionalidade realizado no re 635.659 e o critério adotado para distinguir o uso pessoal do tráfico / Vitor Hugo Jales Nascimento. – 2025.
88 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2025.

Orientação: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

1. RE 635.659. 2. Porte de drogas para consumo pessoal. 3. Garantismo. 4. Metodica Estruturante. 5. Legislação de Drogas. I. Título.

CDD 340

VITOR HUGO JALES DO NASCIMENTO

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI
11.343/2006: UMA ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO RE 635.659 E O CRITÉRIO
ADOTADO PARA DISTINGUIR O USO PESSOAL DO TRÁFICO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito. Áreas de
concentração: Direito Constitucional,
Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo
Araruna Santiago

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Emetério Silva de Oliveira Neto
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Italo Farias Braga
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha avó (Maria da Paz), o alicerce da minha família, aos meus pais (Daiana e Edilson), fontes inesgotáveis de sustentação e inspiração, e à minha irmã (Ana Clara), maior alegria de nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois Ele sempre esteve comigo, iluminando cada passo da minha vida.

Às minhas avós Maria de Fátima, presença constante e essencial nos meus primeiros passos, e Maria da Paz, apoio e amor incondicionais em todo o meu caminho, meu maior exemplo de vida.

Aos meus avôs Tadeu, que não tive a felicidade de conhecer, Hélió, que sempre acreditou em mim, e Meirelles, que do seu jeito ímpar contribuiu com meu conhecimento.

Ao meu pai, Edilson do Nascimento, e à minha mãe, Daiana Jales, mesmo sabendo que nunca será o bastante, pelos conselhos, ensinamentos e por todo o amor, por me inspirarem todos os dias, fazendo de mim o que sou.

À minha irmã, Ana Clara, que me apresentou um amor que nunca pude imaginar e é minha fonte diária de força.

À minha madrinha, Kátia Jales, companhia constante em toda a minha vida, um pilar fundamental em meu desenvolvimento.

Aos meus primos e irmãos, Nikolas Thadeu e Maria Nikole, partes fundamentais do meu crescimento.

À minha namorada, Layse Diógenes, pela cumplicidade indescritível, me fazendo acreditar sempre, mesmo quando eu achei que era impossível.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Nestor Santiago, pela relevante contribuição na elaboração de todo meu trabalho.

Aos membros da minha Banca Examinadora, Prof. Dr. Emetério Neto e Prof. Dr. Italo Braga, pela disponibilidade e dedicação ao examinar meu trabalho.

RESUMO

O presente trabalho analisa a fundamentação do exame de constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, no contexto do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal. Os fundamentos jurídicos, constitucionais e sociais que envolvem a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e os impactos da decisão do STF foram examinados, especialmente no que tange à fixação de critério objetivo para a distinção entre usuário e traficante. O estudo considera o percurso histórico da legislação sobre drogas no Brasil, evidenciando a influência de conceitos discriminatórios e de políticas exteriores que levou à seletividade penal. A promulgação da Lei 11.343/2006 introduziu medidas sanitárias em substituição às penas privativas de liberdade. No entanto, identificou-se que a falta de critérios objetivos para diferenciar usuários e traficantes permitiu a continuidade de práticas discriminatórias e o esvaziamento da finalidade da norma. A análise do julgamento do RE 635.659 demonstrou que, diante da omissão legislativa, se fez necessário o Supremo Tribunal Federal definir parâmetros mínimos, fixando como presunção relativa a posse de até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas fêmeas para consumo próprio, com intuito de mitigar distorções produzidas pelo sistema judicial. Embora esse critério represente um avanço em termos de segurança jurídica e limitação da arbitrariedade, ainda mantém espaço para subjetividades, especialmente em contextos de vulnerabilidade social. A atuação judicial, embora relevante para a mitigação das desigualdades estruturais, deve ser acompanhada de ação legislativa concreta, com o fim de consolidar uma política de drogas mais justa, racional e condizente com os preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Lei 11.343/2006. Constitucionalidade. Drogas. Descriminalização. Metodologia Estruturante. Garantismo. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT

This paper analyzes the grounds for the constitutionality review of Article 28 of Law No. 11.343/2006 in the context of the judgment of Extraordinary Appeal No. 635.659 by the Federal Supreme Court of Brazil. The legal, constitutional, and social foundations surrounding the criminalization of drug possession for personal use and the impacts of the Supreme Court's decision were examined, with particular focus on the establishment of an objective criterion to distinguish users from traffickers. The study considers the historical development of drug legislation in Brazil, highlighting the influence of discriminatory concepts and foreign policies that led to penal selectivity. The enactment of Law No. 11.343/2006 introduced health-based measures in place of custodial sentences. However, the lack of objective criteria to differentiate users from traffickers has allowed discriminatory practices to persist, undermining the purpose of the legislation. The analysis of RE 635.659 showed that, due to legislative omission, it became necessary for the Supreme Court to define minimum parameters, establishing a rebuttable presumption of personal use for possession of up to 40 grams of cannabis sativa or six female plants, with the aim of mitigating distortions produced by the justice system. Although this criterion represents progress in terms of legal certainty and limits on arbitrariness, it still leaves room for subjective interpretations, especially in socially vulnerable contexts. The judicial intervention, while relevant to the mitigation of structural inequalities, must be accompanied by concrete legislative action to establish a drug policy that is fairer, more rational, and consistent with constitutional principles.

Keywords: Law N°. 11.343/2006. Constitutionality. Drugs. Decriminalization. Structuring Method. Legal Safeguards. Extraordinary Appeal N°. 635.659.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL..... | 12 |
| 2.1. Primeiras Legislações..... | 13 |
| 2.2. Código Penal de 1940..... | 15 |
| 2.3. Lei 6.368/1976 e Lei 10.409/2002..... | 17 |
| 2.4. Lei 11.343/2006..... | 19 |
| 3. NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006..... | 24 |
| 4. OS PRINCÍPIOS PERTINENTES PARA A ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006..... | 29 |
| 4.1. Intervenção Mínima..... | 31 |
| 4.2. Liberdade..... | 33 |
| 4.2.1. Direito à Privacidade..... | 34 |
| 4.3. Insignificância..... | 36 |
| 4.4. Proporcionalidade e Razoabilidade..... | 39 |
| 5. ANÁLISE FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659..... | 43 |
| 5.1. A importância da metódica estruturante e de uma análise garantista em casos como o do recurso extraordinário 635.659..... | 43 |
| 5.2. Voto Gilmar Mendes..... | 47 |
| 5.3. Voto Luiz Edson Fachin..... | 51 |
| 5.4. Voto Luís Roberto Barroso..... | 53 |
| 5.5. Voto Alexandre de Moraes..... | 56 |
| 5.6. Voto Cristiano Zanin..... | 57 |
| 5.7. Voto Rosa Weber..... | 59 |
| 5.8. Voto André Mendonça..... | 61 |
| 5.9. Voto Nunes Marques..... | 63 |
| 5.10. Voto Dias Toffoli..... | 66 |
| 5.11. Voto Luiz Fux..... | 68 |
| 5.12. Voto Cármen Lúcia..... | 71 |
| 5.13. O critério objetivo de diferenciação entre o porte de drogas para consumo próprio e o tráfico de drogas..... | 72 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 78 |
| REFERÊNCIAS..... | 80 |

1. INTRODUÇÃO

O consumo de entorpecentes possui origem remota, tendo sido diversas vezes associado a manifestações culturais e religiosas ou mesmo incorporados de maneira natural nas sociedades, a exemplo do álcool em boa parte da sociedade ocidental. Nesse contexto, a criminalização das drogas têm raízes históricas complexas, cercadas de controvérsias relacionadas a estigmas sociais, responsáveis por promover uma seletividade penal.

Essa problemática é revestida de contornos ainda mais graves no Brasil, visto que as controvérsias morais inerentes à pauta do consumo de entorpecentes se somam ao fato de que a legislação nacional de política de drogas, desde os seus primórdios, foi construída adotando como base experiências estrangeiras, refletindo a adoção de medidas desconexas com a realidade pátria.

O ordenamento jurídico brasileiro experimentou, nas últimas décadas, importantes mudanças na estruturação da política de drogas. A Lei 11.343 de 2006 surgiu de modo a representar relevante avanço na separação do tratamento entre usuários e traficantes, promovendo a aplicação de um modelo sanitário, destinando tratamento adequado para aqueles que necessitem, e impondo políticas de segurança pública e medidas penais mais severas ao enfrentamento do tráfico de drogas.

Paralela a essa vontade do legislador, expressa no texto legal e na exposição de motivos elaboradas no decorrer do processo legislativo que originou a referida lei, a tipificação penal da conduta do porte de drogas para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, fez que os agentes do sistema judicial brasileiro impusessem uma interpretação rígida dos dispositivos legais, fazendo recair aos usuários e dependentes medidas típicas do âmbito penal, impedindo a concretização das medidas educacionais e de saúde aspiradas pelo legislativos.

A ausência de critérios objetivos para a realização da diferenciação entre esses tipos penais (do tráfico e do consumo) corroborou para o agravamento dessa problemática, concentrando nas mãos das autoridades a possibilidade de uma atuação eivada de subjetividade, de modo a perpetuar a aplicação de parâmetros influenciados pela construção de paradigmas sociais atribuídos a um segmento específico da sociedade - com base em fatores como classe social, cor, idade etc.

Verificou-se, portanto, na realidade brasileira, uma possível afronta a garantias e direitos individuais como a liberdade, a privacidade, a intimidade. Além disso, constatou-se também que poderiam estar sendo violados princípios de observância primordial para que restem protegidos os cidadãos de uma atuação estatal indevida diante da imposição da seara penal, a exemplo dos princípios da intervenção mínima, da insignificância e da proporcionalidade. Nessa conjuntura, o Supremo Tribunal Federal foi suscitado a se manifestar acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, por ofensa aos direitos fundamentais mencionados, mediante o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659.

Em análises jurisdicionais como a realizada no Recurso Extraordinário em questão, nas quais há um exame do confronto entre direitos individuais fundamentais e a tutela estatal de bens jurídicos por meio da aplicação do Direito Penal, é relevante a observância do garantismo, para a promoção de segurança jurídica aos cidadãos, por meio do impedimento da imposição de arbitrariedades estatais. Assim, se torna relevante o estudo dos fundamentos da Teoria Garantista, desenvolvida por Ferrajoli, e da Metodica Estruturante, elaborada por Friedrich Muller.

O estudo desenvolvido neste trabalho trata-se de uma pesquisa de perspectiva qualitativa, sendo utilizada a análise documental e revisão da bibliografia, com a finalidade de sopesar de maneira crítica os fundamentos jurídicos e teóricos que permeiam o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, foram examinados os votos dos ministros, analisando-se a presença ou não dos preceitos da teoria Garantista e da Metodica Estruturante, legislação pertinente (em especial àquelas referentes à política de drogas aplicada no Brasil), bem como obras doutrinárias, artigos científicos e jurisprudências relacionadas ao tema.

Pode-se destacar como objetivo principal a análise de como se deu o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, destacando a evolução histórica da legislação nacional, os princípios constitucionais - expressos e implícitos - mais pertinentes para essa temática e a fundamentação jurídica empregada pelos ministros da Suprema Corte, sempre sob a perspectiva da teoria garantista e da metodica estruturante. Para a persecução destes fins, pode-se dividir o estudo realizado em três partes.

A primeira parte tem o intuito de examinar como se deu a progressão temporal da legislação brasileira sobre a política de drogas, assim como os principais entendimentos jurisprudenciais relacionados ao seu consumo, ressaltando a diferença a ser realizada entre despenalização, descriminalização e legalização. A seguir, a segunda parte se intenta em salientar quais os principais princípios constitucionais e penais a serem considerados no julgamento do recurso. Por fim, a terceira parte tem o escopo de analisar a fundamentação utilizada por cada um dos ministros ao longo do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, visando identificar a aplicação ou a violação das ideias contidas no garantismo e na metódica estruturante, assim como tecer considerações acerca da fixação do critério quantitativo para distinção entre usuários e traficantes.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

O registro do uso de drogas pelos seres humanos ao longo da história da humanidade é longo, sendo sua origem e motivação diversas. O álcool e o tabaco, em especial e de modo geral, possuíram maior aceitação dentro das sociedades, apesar de seus indiscutíveis efeitos nefastos, diretos e indiretos. Entretanto, outras drogas também encontraram e ainda encontram aceitação em determinadas comunidades, tudo a depender do contexto em que estão inseridas. Sobre o uso da droga popularizada como maconha, e de outras drogas por pessoas residentes no território brasileiro, asseveram Silva e Bonini (2010, p. 759):

Heródoto conta que os citas se embriagaram com os vapores das sementes de cânhamo lançadas sobre pedras aquecidas, o que demonstra a antiguidade do vício da maconha. A planta, sagrada para os hindus, também era tida como divina por certas tribos africanas, donde vieram as sementes para o Brasil nas tangas dos escravos. [...] No Brasil existem religiões que consomem um chá extraído de plantas da Floresta Amazônica [...].

Historicamente, entretanto, foram atribuídos a determinadas drogas significações próprias, e não por acaso. Conforme afirma Souza (2004, p. 94), citando Gilberto Freyre, o tabaco era consumido pelos senhores, sendo a prática de fumá-lo um hábito aristocrático; doutra feita, a maconha, apelidada de “fumo de negro”, era de uso praticamente exclusivo dos escravos, sendo o ato de consumi-la considerado degradante para o prestígio de pessoas brancas.

Para além da relevância de se apreender a origem e a estigmatização do seu uso, é importante destacar como se deram as políticas de controle, não se esquecendo da relação entre esses dois tópicos. Conforme aduz Salo de Carvalho (1996), desde que as drogas passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, surgiram controvérsias com relação à intervenção estatal no combate ao seu uso.

Essa intervenção se deu por vezes como forma de manter o controle social das minorias, tendo a proibição motivações morais e não científicas (Araújo, 2018, p. 28). Afirma Luís Roberto Barroso (Brasil, 2024) que na aplicação da política proibitiva hodierna os malefícios têm superado os benefícios, acarretando, acima de tudo, a criminalização da pobreza, por tratar-se de uma sistemática seletiva e não isonômica, que recai na parcela mais vulnerável da sociedade.

Luís Roberto Barroso, no decorrer do seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, também assevera que o modelo proibicionista foi adotado pelo Brasil por influência das Convenções Internacionais, as quais, por sua vez, foram diretamente influenciadas pelo modelo adotado nos Estados Unidos. Tal fato dá indícios de que, desde o início, somada à formação de estigmas sociais, a política adotada nacionalmente não foi pensada considerando a realidade pátria, o que, por si só, ocasiona distorções.

2.1. Primeiras Legislações

A primeira legislação nacional de proibição relacionada às drogas estava inserida numa conjuntura na qual o país ainda era colônia de Portugal. Trata-se da extensão da vigência das Ordenações Filipinas, normas de origem portuguesa, para regular as ações realizadas em território pátrio. Essa norma ordenava que ninguém poderia ter em casa rosalgar¹, nem o vendesse, nem outro material venenoso² e que nenhuma pessoa tivesse em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonea, nem ópio, salvo se fosse boticário examinado e que tivesse licença para ter botica e o usar do ofício, sob pena de responder com a “perda de sua fazenda e a degradação para a África”.

O Código Criminal do Império, de 1830, primeira legislação criminal de origem brasileira, não abordou a temática em seu corpo normativo. Foi apenas em 1851 que o Decreto nº 828, o qual regulamentava a política de higiene pública, estabeleceu um regramento próprio sobre a venda de substâncias medicinais e seus ativos, ficando determinada a aplicação de uma multa para os infratores (Brasil, 1851).

Após a proclamação da República, em 1890, foi promulgado um novo Código Penal, em substituição ao Código Criminal do Império, passando-se a prever expressamente, pela primeira vez em uma legislação criminal, a tipificação da conduta de “c, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários” (Brasil, 1890). A pena, nesse caso, era apenas de multa pecuniária.

¹ Rosalgar era um veneno comercializado na época. Não tinha uso recreativo, mas a regulação da sua posse e venda é considerada um marco na temática estudada (Altino, 2024).

² Percebe-se que, já nesse dispositivo normativo, ainda no ano de 1603, está configurada uma norma penal em branco, visto que presente a necessidade de complementação que definisse quais seriam tais “materiais venenosos”, conceito genérico. Essa é uma característica que se manifesta em quase todas as legislações pertinentes a esta matéria.

Salienta-se que ainda havia similaridades com a norma presente nas Ordenações Leopoldinas, o que demonstra a falta da elaboração de uma política com base na realidade nacional.

Posteriormente, no início do século XX, no plano internacional, foi implementada a Convenção Internacional do Ópio, que visava controlar a produção e o consumo de ópio e de outras substâncias entorpecentes, como consequência das problemáticas decorrentes do uso e comércio dessas drogas na China e em potências ocidentais como a Grã-Bretanha (Museu do Universo da Farmácia, [202-]). Reflexo disso, no Brasil, foi a promulgação do Decreto nº 2.961/1914 e do Decreto 11.481/1915, ambos resultantes da subscrição do país nestas conferências, tendo por objetivo a normatização dos “abusos crescentes do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína [...]” (Brasil, 1914).

Apesar de implicarem marcos relevantes para a temática das drogas no âmbito nacional, como uma maior especificação das substâncias a serem combatidas e a clara manifestação de um modelo sanitário³ para coibir o uso dessas substâncias (Trad Filho, 2023, p. 28), essas medidas demonstram, novamente, a adoção de políticas desconexas com a realidade pátria, visto que o comércio em território nacional dessas substâncias era quase inexistente nessa época (Matos, 2023, p. 27).

Em 1932, no início da Era Vargas, aprovou-se o Decreto nº 22.213, o qual estabeleceu a Consolidação das Leis Penais, que pretendia unificar as legislações especiais penais brasileiras:

Art. 159 -Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propôr-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substancias:

Penas - de prisão cellular por um a cinco annos e multa de [...].

§1º - Quem fôr encontrado tendo comsigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia toxica, de natureza analgesica ou entorpecente, seus saes, congenes, compostos e derivados, inclusive especialidades' pharmaceuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, em dóse superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa

³ Esse modelo adota como prioridade o tratamento e a internação do usuário, em detrimento da sua criminalização e estigmatização.

prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias:

Penas - de prisão celular por Úes a nove mezes e multa de [...].
(Brasil, 1932)

É interessante destacar nesse dispositivo um maior detalhamento das condutas que seriam tipificadas como tráfico, adicionando-se novos verbos ao núcleo do tipo penal. Também se observa a promoção da diferenciação expressa entre o tráfico e a posse, de modo mais semelhante à forma como é realizada hoje.

Posteriormente, novamente por inspiração nos ditames internacionais, o Decreto Lei nº 891 de 1938 estabeleceu uma série de políticas de saúde pública a serem aplicadas no que se refere ao combate de entorpecentes. Esse dispositivo normativo é responsável por ser, de acordo com Salo de Carvalho (1996, p. 25), a primeira legislação nacional a colocar o Brasil nos conformes do “modelo internacional de controle de estupefacientes”, visto que foi elaborada em consonância com as disposições da Convenção de Genebra de 1936. Ressalta-se a presença de duras medidas, como a incidência de determinação de internação e de interdição civil sobre os dependentes.

Diante das diversas mudanças políticas e sociais, com intuito de colocar a legislação em dia com as ideias dominantes no campo da criminologia à época (Brasil, 1940_a), publicou-se em 1940 um novo Código Penal, objetivando promover atualizações relevantes nessas e em outras matérias.

2.2. Código Penal de 1940

O Decreto Lei nº 2.848 estabeleceu o Código Penal de 1940, o qual ainda está vigente até hoje. No seu texto inicial, era o art. 281 que tutelava o tema do tráfico de drogas, omitindo-se, contudo, sobre o porte de substâncias entorpecentes para o uso pessoal (Brasil, 1940_b):

Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

É importante destacar o fato de que este diploma, em consonância com as legislações anteriores, tratava-se de uma norma penal em branco, de um tipo penal com vários núcleos e que incluía termos subjetivos, como a expressão “de qualquer maneira”, o que tornava a sua aplicação dependente de maior interpretação.

Sobre a política aplicada aos usuários e dependentes, afirma Nilo Batista (1998) que, nesse período, seguiu-se novamente o modelo sanitário, aplicando-se para a solução dessa problemática medidas de saúde pública, tratando esses indivíduos como pacientes em tratamento.

Dessa maneira, percebe-se que nesta época o usuário não era criminalizado, o que externalizou, mais uma vez, o interesse do legislador de tratar esses indivíduos de maneira a não estigmatizá-los, promovendo a oferta de tratamento adequado. Esses anseios demonstram vontade equivalente àquela do legislador atuante no dispositivo normativo analisado no Recurso Extraordinário 635.659, qual seja o art. 28 da Lei 11.343/2006, conforme se analisará posteriormente.

O art. 281 do Código Penal foi alterado diversas vezes ao longo dos anos, incluindo-se novos verbos no núcleo desse tipo penal e alterando suas penas. Entretanto, tem-se como alteração mais relevante aquela realizada pelo Decreto-lei n.º 385 de 26 de Novembro de 1968, transformando o texto legal da seguinte maneira (Brasil, 1940_b):

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

[...]

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Percebe-se uma drástica mudança de posicionamento do legislador, dispondo a

partir daí que o indivíduo que portasse entorpecentes passaria a receber as mesmas penas cominadas àquele que realizasse o tráfico de drogas. O usuário, portanto, seria considerado criminoso, não mais sendo o tratamento adequado o principal meio de combate ao consumo. Assim, em significativo retrocesso em relação às disposições vigentes até então, identificou-se o abandono do modelo sanitarista tradicionalmente adotado para a intensificação de uma política de “guerra às drogas”.

É importante que se ressalte dois fatores político-sociais que foram fundamentais para essa medida extremada. Primeiro, conforme destaca Carvalho (1996, p. 27), na década de 60 alguns movimentos contestatórios utilizavam o consumo de drogas como meio de protesto, tendo este adquirido um caráter libertário, expressando-se como uma forma de manifestação política. Dessa maneira, a utilização de entorpecentes passaria a incluir mais pessoas da classe média. Em medida oposta, como uma resposta direta, assevera o referido autor, surgiria um movimento político-criminalista autoritário de combate às drogas, com frequente diminuição de garantias individuais⁴.

Como segundo fator, tem-se que a política nacional passava por um grave momento: a ditadura militar. Foi inclusive sob prerrogativa do Ato Institucional nº 5, amplamente conhecido por cercear severamente os direitos e garantias individuais dos brasileiros, que foi publicado o aludido Decreto-Lei nº 385⁵.

Depois desta drástica política adotada, consequência do contexto em que se apresentava o país e das diretrizes internacionais em voga, foi elaborado um novo dispositivo para tratar da matéria, desta feita como forma de legislação extravagante, qual seja a Lei 6.368/1976, que foi posteriormente reformada pela Lei 10.409/2002, não tendo esta última, contudo, o condão de substituir integralmente sua antecessora, conforme se dispõe a seguir.

2.3. Lei 6.368/1976 e Lei 10.409/2002

Em 1976 foi promulgada a Lei 6.368, que novamente promoveu alterações

⁴ Mais uma vez se percebe nesta ocasião a influência internacional na adoção de políticas externas, falando Carvalho (1996, p. 28) de uma transnacionalização de combate às drogas, a qual desconsidera a contextualização sócio-cultural de cada país.

⁵ Outra medida que demonstra a arbitrariedade que estava vigente nesse momento foi a declaração da desnecessidade de dar publicidade ao ato do Poder Público que determinasse quais as substâncias seriam proibidas, bastando que no caso concreto houvesse demonstração por laudo toxicológico (Brasil, 1971).

substanciais no tratamento dos crimes e das penas em matéria de entorpecentes. Apesar de ainda tratar como criminoso o usuário de drogas, a referida Lei representou um avanço ao tornar evidente a diferenciação a ser realizada entre esses indivíduos.

Esse fato ficou demonstrado pela diferenciação das penas aplicadas aos traficantes e aos usuários e pelo tratamento dessas duas condutas em dispositivos distintos. Para ficar ainda mais evidente, enquanto estabeleceu-se pena mais branda para o novo tipo penal do porte para consumo, buscou-se em contrapartida enrijecer com pena mais severa o delito de tráfico (Brasil, 1976), quando comparadas à pena comum que estava no dispositivo da norma em vigência anteriormente.

Em 1988, com advento da atual Constituição Federal, foram restabelecidos os direitos e garantias individuais mitigados durante o período ditatorial. Entretanto, em matéria de drogas, o constituinte realizou a imposição de mandados para o endurecimento das punições concernentes ao tráfico. De todo modo, asseveram Mendonça e Carvalho (2012, p. 18) que a Lei 6.368/76 não mais servia para “refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas”, ficando evidente a necessidade da promulgação de nova legislação que permitisse “a repressão à criminalidade complexa do século XXI, inclusive conferindo meios ao Estado para identificar e apurar os delitos cometidos por intermédio das novas tecnologias [...]”.

Nesse contexto, como última legislação a anteceder a Lei 11.343/2006, que atualmente vigora, cita-se que em 2002, por meio da promulgação da Lei 10.409, houve a tentativa de atualização legislativa na matéria de drogas. Todavia, por uma série de impropriedades e atecnias no seu texto normativo (Cordeiro Junior, 2023), principalmente no capítulo dedicado às penas e aos crimes, a Lei 10.409 foi em boa parte vetada pelo Poder Executivo, por este entender que estariam violados o interesse público e alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Não se deixou de reconhecer avanços quanto à legislação anterior, pela imposição de novo tratamento ao consumidor de drogas. Contudo, por graves ofensas ao ordenamento jurídico, não pôde o Executivo, sob orientação do Ministério da Justiça, se omitir da necessidade de veto, conforme se verifica nos fundamentos das razões que o justificaram (Brasil, 2002_a):

Em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21⁶, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão.

[...]

O projeto, lamentavelmente, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas. Diferentemente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais.

Em matéria tão sensível, não se deve presumir a prudência das instituições, pois a indeterminação da lei penal pode ser a porta pela qual se introduzem formas variadas e cruéis de criminalidade legalizada.

Os vícios existentes, principalmente a omissão legislativa da fixação da limitação da pena, de fato, poderiam ocasionar graves riscos aos cidadãos, podendo ensejar o risco dos indivíduos incorrerem em penas perpétuas, o que configuraria grave violação do texto constitucional.

Dessa forma, por incorreção do próprio legislador, manteve-se a vigência da Lei 6.368/76 nessa matéria. Contudo, estava evidente a necessidade de atualização da legislação, entendimento reconhecido pelo próprio Poder Executivo na ocasião em que realizou o mencionado veto:

[...] os sensíveis avanços contidos no projeto, mas prejudicados por inconstitucionalidade reflexa, não cairão no esquecimento, vez que se estuda, para breve, o encaminhamento de proposta legislativa que tratará de forma adequada da matéria constante do presente capítulo.

Essa proposta legislativa tratava justamente da Lei 11.343/2006, promulgada 4 anos depois dessa manifestação.

2.4. Lei 11.343/2006

Conforme mencionado, o equívoco do legislativo ao tentar inovar na matéria estendeu o período de vigência da Lei 6.368/77 em 26 anos, fazendo que esta se demonstrasse cada vez mais defasada. Dessa forma, ato contínuo ao veto parcial da Lei 10.409/2002 foi a apresentação de um novo projeto de lei pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. De forma paralela, uma comissão mista (formada por deputados e

⁶ O artigo em questão tratava das medidas aplicáveis aos indivíduos punidos pelo porte de drogas para o consumo pessoal.

senadores) elaborava um outro projeto, o qual foi apresentado ao Senado Federal. Assim, por meio de uma longa tramitação e do apensamento destes e de outros projetos de lei, surgia o esboço do que viria a ser posteriormente a atual Lei de Drogas.

Destacando-se o dispositivo que trataria do consumo de drogas para o uso pessoal, ressalta-se que o referido projeto continha em sua versão inicialmente apresentada pelo Senado à Câmara dos Deputados o seguinte texto (Brasil, 2002_b, grifos nossos):

Art. 22. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Medidas de caráter educativo:

I - prestação de serviços à comunidade;

II - comparecimento a programa ou curso educativo;

III - proibição de freqüência a determinados locais;

IV - submissão a tratamento.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º As medidas previstas nos incisos I, II, III e IV do caput serão aplicadas pelo **prazo máximo de um ano**, tratando-se, porém, de infração do art. 14, § 4º, poderá a medida referida no inciso IV ter a duração da pena privativa de liberdade fixada.

§ 3º As medidas previstas nos incisos I a IV, que **não serão consideradas para efeito de reincidência**, poderão ser cumuladas entre si.

[...]

§ 6º Na hipótese de desatendimento, pelo agente, das condições relativas à medida a que se refere o inciso IV, **poderá o juiz determinar o seu cumprimento compulsório**, inclusive com a internação em estabelecimento apropriado.

Em comparação à Lei 10.409/2002, que, conforme apontado anteriormente, passou por diversos vetos de inconstitucionalidade, nota-se que nesta outra ocasião buscou-se, especificamente no § 2º, estabelecer o prazo limite de duração das medidas impostas aos usuários, a fim de evitar que ocorresse nova afronta aos preceitos da

Constituição Federal de 1988.

Outros pontos importantes podem ser destacados acerca da intenção do legislador na elaboração deste dispositivo. Primeiramente, evidencia-se que, já no projeto inicial, pode-se comprovar a notória mudança de tratamento em relação ao usuário, constituindo (atrasado) progresso o fato de não mais se considerar o usuário um criminoso.

Apesar de realizar uma abordagem conservadora em determinados trechos, é possível perceber essa mudança de mentalidade do legislador na elaboração do relatório, quando a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, por meio de seu relator na presente matéria, Deputado Paulo Pimenta, aduziu que o “usuário ou dependente de drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante” (Brasil, 2002_c).

Nesse mesmo sentido aponta a nomenclatura utilizada de “medidas de caráter educativo”, no lugar das penas. A expressa despenalização, todavia, foi objeto de emenda que a omitiu do texto final, fato que fez surgir a necessidade de manifestação do Poder Judiciário sobre essa matéria por mais de uma vez, como se verá mais adiante.

Destaca-se também a disposição do § 3º, que previa a impossibilidade da incidência de reincidência pela aplicação das medidas impostas, mas que também foi retirada do texto final após as discussões realizadas pelo Poder Legislativo, fato que também se tornou posteriormente matéria apreciada pelo judiciário.

Paralelamente, de maneira contraditória, o § 6º desse texto previa a possibilidade de internação compulsória dos indivíduos por determinação judicial, pela mera negativa de submissão voluntária ao tratamento, medida que nitidamente vai de encontro aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como a garantia à liberdade individual, e às recomendações científicas quanto à temática. Foram estas, inclusive, as razões que justificaram a alteração desse parágrafo, conforme afirma o Deputado Paulo Pimenta (Brasil, 2002_c).

Ao longo de todo o processo legislativo, diversas foram as emendas realizadas, provocando profunda modificação no texto inicial apresentado. Apesar dessas

modificações representarem melhorias em certos casos, a mistura de textos de diferentes projetos e as diversas proposições para emendá-los foram razões que tornaram a nova lei cheia de imperfeições, conforme afirmam Mendonça e Carvalho (2012). De toda forma, do resultado de todas essas discussões saiu a publicação da Lei 11.343/2006.

A Lei em questão teve o condão de substituir de vez o dispositivo em vigência desde 1976, atendendo aos mandamentos constitucionais impostos pela Constituição Cidadã, sendo responsável por instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, prescrever medidas para prevenção do uso indevido dessas substâncias, dedicar atenção e reinserção social aos usuários e dependentes de drogas e estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, conforme versa sua própria ementa (Brasil, 2006).

A primeira diferenciação importante a ser destacada é a que foi feita entre usuários e dependentes. Para além da discussão sobre os efeitos estabelecidos, que recaem mesmo aqueles que são apenas usuários, estão presentes nos dispositivos da Lei medidas que serão aplicadas com base nessa classificação, recaindo aos dependentes, por óbvio, providências com maior grau de intervenção, por consequência do seu próprio estado de saúde, a exemplo da internação⁷, medida aplicável quando atendidos os requisitos fixados na Lei.

Outra diferenciação, de grande importância para o estudo do julgamento analisado, foi realizada no art. 1º da Lei, se perfazendo na distinção de tratamento entre os responsáveis pelo comércio ilícito de drogas e os usuários e dependentes. Enquanto aos primeiros estabelece-se normas de repressão, aos seguintes são elaboradas medidas de prevenção, atenção e reinserção social. De mesmo modo, no corpo normativo, essas condutas são tratadas em títulos separados, demonstrando de maneira ainda mais clara a intenção do legislador de diferenciar esses indivíduos. Conforme asseveram Cleber Masson e Vinicius Marçal (2025, p. 1), a implementação dessas modificações representou a adoção de uma política criminal denominada bifronte.

Pela relevância dessa temática para o estudo em questão, destaca-se parte do dispositivo da Lei que se refere ao porte de drogas para consumo pessoal:

⁷ Por alteração promovida pela Lei 13.840/2019 o §3º do art. 23-A prevê que a internação voluntária é “aquela que se dá com o consentimento do **dependente** de drogas” (Brasil, 2006, grifo nosso).

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes **penas**:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

[...]

§ 6º Para garantia do cumprimento das **medidas educativas** a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Sobre esse dispositivo devem ser feitas algumas considerações.

O § 7º não deixou dúvidas quanto à opção do legislador em adotar o modelo sanitário, em detrimento da estigmatização dos indivíduos, sendo priorizado o tratamento especializado adequado ao usuário, colocando-o a sua disposição de maneira gratuita, mas não impondo-o forçadamente conforme sugeria o texto inicial, o que evitou eventual reconhecimento de inconstitucionalidade dessa matéria.

No § 3º foi feita a limitação da duração da aplicação das medidas impostas no caput, não mais nos 12 meses previstos no projeto inicial, mas no período de 5 meses. Salienta-se a imprescindibilidade dessa limitação, visto que a ausência dessa previsão foi motivo de veto na tentativa anterior de atualizar a legislação.

No parágrafo seguinte, alterou-se a ideia formulada no projeto inicial de proibição de aplicação de reincidência dessa conduta, consolidando um novo entendimento de que esta seria possível para majorar o prazo máximo de duração da medida, desta feita em 10 meses.

O § 2º trata dos critérios aplicados para diferenciação entre aquele que pratica o tráfico e aquele que realiza o porte para consumo pessoal. Entretanto, os critérios adotados carecem de objetividade, o que, na prática, deu ao magistrado e às autoridades policiais demasiada discricionariedade na aplicação desse dispositivo.

Esse fato fez que o texto legal legitimasse a perpetuação de determinados paradigmas sociais, situação que que suscitou a necessidade de manifestação do Poder Judiciário, tornando-se essa matéria objeto de apreciação do Recurso Extraordinário 635.659, conforme será abordado no último capítulo deste trabalho.

Por fim, destaca-se a temática mais relevante a decorrer da análise do artigo 28. Atesta-se que o legislador utilizou expressamente a palavra “pena”, na redação do caput deste artigo, para se referir às sanções impostas. Entretanto, logo em seguida, no § 6º, é usada a expressão “medidas educativas” quando mencionados os mesmos institutos. Essa ambiguidade se tornou posteriormente conteúdo a ser apreciado pela Suprema Corte.

Longe de ser matéria meramente atinente à questão linguística, essa controvérsia fomentou extenso debate doutrinário e jurisprudencial (em mais de uma ocasião). Nessa conjuntura, justamente neste ponto reside uma das questões centrais da discussão do Recurso Extraordinário 635.659, tendo sido foco de abordagem de quase todos os Ministros a identificação da real intenção do legislador e as consequências derivadas do seu anseio. Portanto, é de suma pertinência compreender qual seria a natureza jurídica da mudança implementada na Lei 11.343/2006: despenalização, descriminalização ou legalização.

3. NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Na Ciência Jurídica, o estudo do emprego das palavras possui relevância fundamental, visto que são significativas as consequências das diferentes interpretações a serem realizadas de cada norma, intensificando-se a depender de seu texto. No

contexto do Recurso Extraordinário 635.659, a grande repercussão da temática, ocasionada pela mobilização social em torno da matéria, fez que surgissem informações equivocadas acerca da real implicação desse julgamento⁸. Nessa conjuntura, deve-se saber fazer a distinção entre a despenalização, a descriminalização, proibição.

De acordo com Gilmar Mendes, durante a elaboração do seu voto no referido julgamento (Brasil, 2024), a proibição seria o termo a designar a política de drogas estruturada por meio das normas penais, tratando-se, portanto, do estabelecimento de sanções criminais referentes à produção, distribuição e posse de drogas para fins não medicinais ou científicos. Essa é a expressão que designa as medidas indicadas pelo regime internacional de controle de drogas, assim como nas legislações dos países que adotam essa postura, disposta da seguinte maneira na Lei 11.343/2006 (grifo nosso):

Art. 2º. Ficam **proibidas**, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Já a legalização, conforme aduz Dias Toffoli no decorrer do julgamento (Brasil, 2024), é uma política de Estado oposta, adotada em países como Portugal. Trata-se de uma abordagem mais ampla que a descriminalização, por meio da qual o Poder Público regulamenta a produção e comercialização das drogas. Percebe-se, assim, que esta é uma deliberação que compete ao legislativo implementar ou não no exercício de sua discricionariedade.

A despenalização, por outro lado, seria a implementação de medidas substitutivas menos gravosas, em relação à aplicação da pena privativa de liberdade, objetivando evitar, dificultar ou restringir a aplicação desta pena, ou pelo menos a sua redução (Lima, 2016). Foi justamente esse o posicionamento adotado pelo legislador na

⁸ Nesse sentido, assevera Luís Roberto Barroso durante o seu voto, ao prestar esclarecimentos sobre o conteúdo do recurso, que a questão da legalização é um debate de muita relevância, que precisa ser realizado no Brasil, mas que não compreende o objeto do referido recurso (Brasil, 2024). Segundo o Ministro, tal compreensão equivocada teria sido difundida na sociedade, por desconhecimento ou por intenção.

elaboração do art. 28 da Lei 11.343/2006 em relação à posse de drogas para o uso pessoal, aderindo-se, portanto, um abrandamento da punição atinente a essa conduta.

Ressalta-se, dessa forma, tratar-se de matéria pacífica a atinente à despenalização nesse contexto, visto ser fato inconteste que a retirada da pena privativa de liberdade foi expressa e intencional. Entretanto, é importante salientar que adotar essa medida não necessariamente implica necessariamente no afastamento da criminalização, conforme aduz Gilmar Mendes no voto supracitado.

Em outro sentido, a descriminalização, dentro da política de proibição adotada, representa um maior grau de atenuação, expressado pela exclusão da aplicação de quaisquer sanções de caráter criminal às condutas descritas. Entretanto, isso não significa dizer que haverá a legalização irrestrita, podendo ainda serem aplicadas medidas por outros ramos jurídicos que não Penal, como sanções de caráter administrativo.

Renato Brasileiro de Lima (2016) destaca a existência de três correntes diferentes acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/2006: descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*; descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador; despenalização e manutenção do status de crime.

A primeira corrente adota como base a definição de crime presente no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, qual seja (Brasil, 1941):

Art 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para os adeptos dessa corrente, por ter o legislador retirado do porte de drogas para consumo pessoal a pena de reclusão, teria tirado dessa conduta o caráter criminoso, o que implicaria a sua descriminalização formal. É nesse sentido que apontam Gomes, Bianchini, Cunha e Oliveira (2014):

A posse de droga para consumo pessoal, de acordo com nossa opinião, deixou de ser ‘crime’, no sentido técnico [...].

A conduta descrita no art. 28, para nós, continua sendo ilícita (uma infração, aliás, uma infração penal *sui generis*). Tecnicamente, de

acordo com nosso ponto de vista, isso significa que houve tão somente a descriminalização ‘formal’, não concomitantemente a legalização da posse de droga para consumo pessoal.

Para a segunda corrente, o resultado do texto legal implementado pelo legislador nesse artigo teria sido a *abolitio criminis*, defendendo a ocorrência da descriminalização substancial. Desse modo, entendem que o art. 28 não estaria no escopo do Direito Penal, mas sim do direito judicial sancionador, seja por meio da transação penal, seja por meio da sentença final (Bianchini, 2013).

Por fim, a terceira corrente acredita que teria ocorrido apenas a despenalização da conduta, pela retirada da pena privativa de liberdade. Portanto, acreditam seus defensores que o caráter criminoso da conduta não restaria prejudicado. Afirma Renato Brasileiro de Lima (2016) que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não teria o condão de impedir a adoção pelo legislador de outros critérios para caracterizar um crime. Além disso, o referido doutrinador ressalta que a própria Constituição, em seu art. 5º, no inciso XLVI, contém um rol mais amplo de espécies de pena e dá liberdade ao legislador para adotar outras que ali não estejam presentes.

Foi justamente esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em 2007, quando instado a se manifestar sobre a natureza jurídica do artigo em questão, conforme se observa na ementa do julgamento do Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ (Brasil, STF, 2007):

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP [...] não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

[...]

6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107).

Esse julgado se tornou *leading case* para que, em diversas outras ocasiões posteriores, a

Suprema Corte apenas reafirmasse o mesmo entendimento⁹.

A doutrina, assim como a jurisprudência, em sua parcela majoritária, consolidaram entendimento de que, do ponto de vista da natureza jurídica, estaria caracterizada na Lei 11.343/2006 apenas a despenalização do porte de drogas para consumo pessoal, mantendo-se o seu caráter criminal.

Todavia, a solidez desse pensamento não foi suficiente para solucionar outra intempérie relacionada a essa temática: a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 quando confrontado com os princípios contidos direta ou indiretamente na Constituição. É essa a matéria fundamental examinada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento no Recurso Extraordinário 635.659.

⁹ Destacam-se alguns julgados do Supremo que apontam no mesmo sentido: AI n. 741.072-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 25.5.2011; HC n. 148.484-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24.4.2019; RHC n. 121.584, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 6.11.2020.

4. OS PRINCÍPIOS PERTINENTES PARA A ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

O Estado, por intermédio das sanções reguladas no Direito Penal, realiza um controle social por meio da imposição de penas àqueles que transgridem a legislação imposta, com o escopo de assegurar a manutenção da harmonia social e evitar que os indivíduos lesionem bens jurídicos alheios. O legislador, utilizando-se do poder que lhe foi conferido pelos cidadãos, pune, com a restrição de determinados direitos, aqueles que ameaçam lesionar ou que efetivamente lesionam esses bens.

Entretanto, não se deve confundir o objetivo final das penas utilizadas neste ramo jurídico com a suas próprias razões de existir. Conforme assevera Guilherme de Souza Nucci (2025, p. 1), o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que tem como finalidade impor a limitação do poder punitivo do Estado. Depreende-se então que, em contrapartida à prerrogativa atribuída ao Estado de retirar dos cidadãos as suas liberdades, deve-se recair o intenso controle de sua atuação, para que a tentativa de estabelecer equilíbrio na sociedade não se transforme em autoritarismo.

Analisando-se a forma de incidência desse ramo jurídico, percebe-se que há, inevitavelmente, constante confronto entre as normas de direito penal e os princípios e normas que asseguram os direitos e as garantias individuais, posto que está na natureza das sanções penais, conforme exposto, a restrição de direitos, para que seja efetivada a pretensão do poder punitivo.

De certo modo, atesta-se que essa dicotomia entre liberdade individual e aplicação do Poder Punitivo é uma das questões centrais no estudo do Direito Penal, desde que passou-se a estudar o direito de punir estatal. Corroborando tal fato, cita-se Cesare Beccaria (2015, p. 24) que, em sua obra “Dos delitos e das penas”, escrita ainda em 1764, destaca que “as penas que ultrapassem a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”.

Pode-se então constatar que é frequente o debate acerca da adequação de legislações penais com os princípios e normas constitucionais, além dos princípios consagrados no Direito Penal pátrio. Portanto, para que seja possível fazer um exame das normas penais, é salutar um prévio conhecimento desses institutos. É nesse sentido que afirma Nucci (2025, p. 21):

Estudar corretamente a ciência penal exige o prévio conhecimento dos seus princípios constitucionais e, também, a relação que eles possuem com os princípios processuais penais. Além disso, nunca é demais lembrar o estreito relacionamento das leis penais com os princípios regentes das ciências criminais em geral: a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

É nesse contexto que está inserida a discussão em torno do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). O caput do referido artigo tipifica diversas condutas que orbitam em torno do porte de drogas para o consumo pessoal, prevendo as penas¹⁰ cabíveis para “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]” (Brasil, 2006). Assim, quando confrontado com os postulados constitucionais e com os princípios atinentes ao direito penal, ou mesmo aos princípios gerais do direito, esse texto normativo suscita relevantes questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a aludida Lei tem como uma das características não aplicar pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, levando em consideração que esta forma de punição em nada acrescentaria ao processo de recuperação do usuário, podendo, pelo contrário, gerar exclusão e dificultar a reinserção desses indivíduos. Desse modo, entendeu o legislador que medidas de repressão ou de prevenção genérica não mais seriam adequadas para solucionar o enfrentamento à utilização das drogas (Mendonça; Carvalho, 2012, p. 45). Entretanto, apesar das mudanças, a manutenção da tipificação penal do consumo de drogas para uso pessoal persistiu como tema controverso.

Por esse motivo, por mais de uma vez o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre essa temática. Na atuação mais recente, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, um dos principais tópicos analisados tratou-se da compatibilidade da classificação da referida conduta como ilícito penal frente aos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 e no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito penal. Para que se possa compreender e ponderar parte da fundamentação utilizada no voto dos ministros, é necessária uma prévia compreensão de determinados conceitos.

¹⁰ Apesar do legislador ter usado o termo “pena” para se referir a estas sanções, conforme abordado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal confirmou que houve a despenalização da conduta ainda em 2007 (RE 430105 QO/RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ 27.4.2007).

No âmbito penal, mais especificamente no que se refere ao tema do consumo pessoal de drogas, assunto que gera diversas discussões, falar da principiologia é crucial. Isso porque grande parte da questão se concentra na tentativa de identificar se a criminalização dessa conduta seria realmente necessária e eficaz para os fins que se busca, qual seja o desestímulo do consumo de entorpecentes para mitigar suas consequências nocivas, como o prejuízo à saúde coletiva.

Portanto, nesse processo de ponderação, os princípios devem se encaixar como norteadores da conduta do legislador e, posteriormente, daquele que realiza a guarda dos preceitos constitucionais - como no exercício feito pelo STF no caso do Recurso Extraordinário em questão -, para que se possa identificar qual a melhor maneira de tutelar os bens jurídicos envolvidos.

Mônia Clarissa Hennig Leal (2003, p.50), ponderando sobre a relevância da observância dos princípios pelo Estado na formação da sociedade, ressaltando a pertinência de que essa se dê por todos os seus entes e de modo constante:

Pode-se afirmar, então, que os princípios são os elementos que expressam os fins que devem ser perseguidos pelo Estado (em sua acepção mais ampla), vinculando a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente, constituindo-se numa eterna construção da humanidade.

No âmbito da análise da importância atribuída pelo constituinte à proteção dos indivíduos, os princípios exercem função primordial. Estes institutos, ainda que por diversas vezes não estejam previstos de forma direta na Constituição ou nas legislações ordinárias, são imprescindíveis, funcionando como norteadores da elaboração, aplicação e interpretação das leis. Dessa maneira, é de demasiada pertinência um prévio estudo dos princípios pertinentes à análise de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006.

4.1. Intervenção Mínima

De acordo com Bitencourt (2025, p. 20), a intervenção mínima determina que “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”. Desse modo, o Direito Penal deve ser considerado a última alternativa, cabível apenas quando outras formas de controle social não demonstraram ser capazes de realizar a proteção do bem.

Também denominado princípio da *ultima ratio*, esse princípio é fundamental para orientar a atividade legislativa na esfera penal. Isso porque, mesmo que seguindo a legalidade¹¹, pode ser que o legislador crie dispositivos penais em matérias nas quais poderia utilizar-se de outros meios menos gravosos e suficientes para alcançar a tutela do bem jurídico.

No entender de Anabela Miranda Rodrigues (1995, p. 1), deve-se observar se o direito penal de fato está visando impedir a ocorrência de danos sociais¹², configurados por meio da lesão de um bem jurídico, para que se possa inibir o estabelecimento de normas com base em meras concepções morais ou ideológicas.

Roxin (1989) assevera que a existência de um instituto como esse se justifica porque a sanção penal prejudica a existência social do condenado, colocando-o à margem da sociedade e, conseqüentemente, ocasionando um outro dano social. Isso acontece porque as sanções de caráter penal têm como aspecto o cerceamento de direitos fundamentais invioláveis, como a liberdade e a propriedade, para que possa ser proporcional à gravidade dos delitos cometidos. Nesse sentido, a imposição de infrações penais contra condutas insignificantes teria como consequência a aplicação de penas que, por sua própria existência, atentariam à dignidade da pessoa humana (Luisi, 1991).

Outro efeito deletério decorrente do não cumprimento desse princípio seria uma eventual banalização da punição, a qual pode fazer que nem as autoridades e nem órgãos estatais de segurança pública apliquem efetivamente a lei, gerando a ineficácia dessa norma (Nucci, 2025, p. 73).

Ressalta-se, pois, ser imperativa a utilização de outros ramos jurídicos, a exemplo do cível e do administrativo, como *prima ratio*, esclarecendo a caracterização da seara penal como *ultima ratio*, necessária apenas quando verificada alta gravidade da conduta efetuada pelo agente e inviabilidade de solução por outras medidas.

Conforme aponta Miguel Reale Júnior (2020, p. 18), a utilização de maneira exacerbada de tipos penais que objetivem tutelar figuras de perigo abstrato, no qual não

¹¹ O princípio da legalidade, o qual encontra-se expresso no art. 5º XXXIX da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, aduz uma conduta não pode ser caracterizada como crime sem que este esteja previsto em lei anterior. Trata-se de mecanismo significativo para impedir arbitrariedade dos representantes estatais e garantir segurança jurídica aos cidadãos.

¹² De acordo com o Informativo n. 539 do STJ, “pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve ser invocado quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens considerados importantes para a vida em sociedade” (Brasil, STJ, 2014).

há necessidade de demonstrar a presença de resultado material, configura a “administrativização do Direito Penal”, posto que o legislador, nesses casos, utilizaria desse meio punitivo para a proteção de interesses de menor expressão, que poderiam ser tutelados por outros ramos jurídicos.

No contexto do consumo de drogas, aduz Valente (2020, p. 36) que a reiteração do consumo de drogas não pode ser suficientemente combatida com tipificação penal e a declaração de uma ação ilícita. Por outro lado, verifica-se efetividade quando aplicado ao agente um tratamento clínico.

Nessa mesma linha, o autor supracitado põe dúvida quanto à legitimidade do Estado para intervenção, partindo-se do pressuposto de que a integridade física é um direito pessoal, cuja liberdade de dispor deveria ser de cada indivíduo, não cabendo utilizar do direito penal para inibi-lá, sendo o risco à saúde pública outra argumentação incipiente para justificar esta intervenção (Valente, 2020, p. 41). Dessa maneira, além de ineficaz, a criminalização dessa conduta poderia também ser considerada ilegítima, por afronta ao princípio da liberdade.

4.2. Liberdade

A definição do que seria liberdade passa por questões filosóficas de alta complexidade. Do ponto de vista jurídico pertinente à temática do Recurso Extraordinário 635.659, pode-se destacar o aspecto relacionado aos direitos de primeira geração, oponíveis ao Estado, posto que exige-se deste um não fazer, de maneira paradoxal ao que se tem como primeira ideia da atuação estatal. Trata-se de um modo de garantir que cada indivíduo possua autonomia para afirmar-se dentro da sociedade, exercendo suas escolhas sem que o Estado lhe faça imposições.

O exercício da liberdade pelos indivíduos trata-se de uma das temáticas mais relevantes a serem estudadas pelo direito. De acordo com Axel Honneth (2016), a autonomia individual não pode ser dissociada do conceito de justiça social e das formas de estabelecê-la dentro de uma sociedade. Depreende-se desta ideia o grau elevado de prioridade que deve ser dado a este princípio dentro de qualquer ordenamento jurídico, além da importância de sua observância também pelo aplicador das normas, para que seja alcançado o objetivo fundamental constitucional da construção de uma sociedade livre e justa.

A Constituição de 1988 assegura a liberdade de diversas formas e por meio de diversos dispositivos, consagrando este princípio em diferentes perspectivas. Paulo Gustavo Gonet Branco (2024, p. 236) assevera que a liberdade seria um dos elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, estando este instituído como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna (Brasil, 1988). Mas, para além disso, ressalta-se que há previsão expressa no caput do artigo 5º deste princípio, o qual assegura, dentre outras garantias, a inviolabilidade do direito à liberdade, e nos seus incisos subsequentes, que abordam os diferentes aspectos desta garantia.

Examinando-se o contexto referido no Recurso Extraordinário 635.659, percebe-se a imprescindibilidade de um estudo daquilo que significa proteção à intimidade e à vida privada, garantias asseguradas no inciso x do artigo 5º da Constituição, para que se possa ponderar sobre a viabilidade ou não da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

De acordo com José Adércio Leite Sampaio (1998), o direito à intimidade e à vida privada, antes de se tornarem autônomos, eram tutelados de maneira reflexa a partir de outros direitos fundamentais individuais, como o da inviolabilidade da pessoa e o da honra. Contudo, a esses direitos foi atribuída tanta importância que passaram a estar presentes no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem 1948:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (UNICEF, 1948).

Apesar da demasiada relevância, o conteúdo que engloba esses direitos ainda é tema de dissenso entre os doutrinadores (Robl Filho, 2006, p. 187), fato que dificulta a sua efetiva tutela e que dá uma maior complexidade à aplicação desses institutos na interpretação das normas e nas soluções das lides pelos magistrados. Para viabilizar uma melhor compreensão acerca do Recurso Extraordinário 635.659, deve-se evitar a adoção de um conceito restrito, que tenha, por exemplo, enfoque na publicidade dos atos, mas sempre tendo em mente a necessidade de se fazer uma delimitação.

Tércio Sampaio Ferraz (1992, p. 77) define o direito à privacidade como sendo

[...] um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito ou de

resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão, e cujo objeto é a integridade moral do titular.

O livre-arbítrio, imprescindível em um Estado Democrático de Direito, dá a cada cidadão a liberdade para lidar com determinadas situações da maneira que lhe convém, e isso corrobora para que cada indivíduo possa se firmar perante à sociedade, expressando sua individualidade da forma que entender ser mais adequada. Portanto, a tutela jurídica dessa não intervenção estatal é de demasiada relevância para a manutenção de uma sociedade pluralista e para evitar a ocorrência de arbitrariedades estatais.

Todavia, ressaltando a máxima da inexistência de um direito absoluto, é preciso que em certas situações o Estado realize intervenções na vida dos indivíduos para que se possa ser realizada a manutenção de ordem social. Dessa forma, deve-se ter cuidado para se fazer um exame diante dos casos concretos, para que o direito à privacidade não se torne um empecilho na atuação regular estatal. Entende-se, então, que, em determinados contextos, há a necessidade de o direito individual supracitado ser relativizado, com o fito de atingir o bem comum.

Compreende-se que o ponto principal dessa temática estaria em identificar quando que seria justificável a relativização do direito à privacidade, ou quando que este não estaria de fato sendo violado. Para isso, deve-se interpretar os fatos levando em consideração, de maneira integrada, princípios como o da proporcionalidade, da fragmentariedade e da subsidiariedade, os quais ainda serão elucidados dos tópicos seguintes deste presente trabalho.

É nesse contexto que a atuação dos tribunais adquirem demasiada relevância, pois, em último caso, cabe justamente aos aplicadores da lei sopesar todos estes fatores. É importante dar maior enfoque, ainda, à atuação do Supremo Tribunal Federal, visto que a temática em destaque trata-se da tutela de valores expressos na Constituição Federal, assim estabelecidos pela relevância que o constituinte lhes atribuiu.

Para exemplificar com uma atuação prática da Suprema Corte, pode-se citar a decisão do STF a qual considerou que a vacinação obrigatória¹³ imposta aos cidadãos

¹³ É importante diferenciar a vacinação forçada da vacinação obrigatória. Enquanto aquela consistiria em aplicar a vacina no indivíduo sem o seu consentimento, em clara ofensa à dignidade humana e integridade

pela Lei 13.979/2020 não violaria os preceitos da Constituição, desde que respeitados determinados requisitos, conforme estabelece a ementa:

a previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes (Brasil, STF, ADI 6586, 2020).

Naquele momento, a Suprema Corte entendeu que o direito à vida privada poderia ser relativizado em prol da proteção do direito de terceiros, seguindo precedentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No contexto do RE 635.659, no mesmo sentido, a principal questão levantada pela parte recorrente foi justamente a de que a criminalização do consumo pessoal de drogas violaria o art. 5º, X, da Carta Magna, que tutela a intimidade e a vida privada.

Com o intuito de identificar situações nas quais o peso da intervenção estatal não se justificaria diante do resultado material produzido pela conduta, surgiu o princípio da insignificância. Sobre essa matéria, no contexto da Lei de Drogas, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes sobre a aplicabilidade deste princípio no porte de drogas para consumo pessoal, visto que a lesão jurídica estaria restrita à esfera íntima dos indivíduos.

4.3. Insignificância

Conforme afirma Fernando Capez (2024), o princípio da insignificância tem sua origem no Direito Romano, mas com uma abordagem de cunho civilista, derivando do brocardo jurídico *minimis non curat praetor*¹⁴. Atribui-se a Claus Roxin a utilização desse instituto no âmbito penal, tendo ele observado os objetivos sociais das políticas criminais modernas.

física, esta se traduziria na imposição de medidas administrativas para aqueles que não se vacinarem, como forma de incentivo às campanhas de vacinação (Brasil, STF, ADI 6586, 2020).

¹⁴ Trata-se de um brocardo jurídico cuja tradução literal é “o pretor não se preocupa com coisas pequenas”, ou seja, o magistrado não deveria se ocupar de coisas de menor importância.

Dentro do conceito analítico do crime¹⁵, de acordo com a corrente tripartida¹⁶, o crime se compõe pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Além disso, destacando o fato típico, salienta-se que este se decompõe em conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

A tipicidade pode ser classificada em formal e material. A tipicidade formal trata-se da descrição da conduta realizada pelo legislador no ordenamento jurídico. A tipicidade material trata-se da lesão que efetivamente venha a ocorrer ao bem jurídico. É nesse contexto que surge a ideia de insignificância, que consistiria em reconhecer a inexistência do tipo penal, por ausência de tipicidade, quando a conduta for, na prática, materialmente insignificante.

Estefam (2022), ao discorrer sobre este princípio, aponta que as condutas dos agentes que geram apenas lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal devem ser consideradas insignificantes. Sob esse viés, tendo em vista a correlação com o princípio da proporcionalidade, não seria razoável aplicar uma sanção penal em face de um agente que tenha praticado ato de gravidade mínima.

Não há previsão expressa desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, ele é reconhecido majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência. Dessa forma, diante da omissão normativa, o Supremo Tribunal Federal Estabeleceu requisitos para a aplicação desse instituto, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada (Brasil, STF, 2004).

No contexto do porte de drogas para consumo pessoal, a temática da possibilidade ou não de aplicação da insignificância ocasiona controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. A modificação legislativa ocasionada em 2006 pela promulgação de uma nova Lei de Drogas teve o condão de aumentar ainda mais o debate.

Como mencionado no tópico 2.4 do presente trabalho, o advento da Lei 11.343/2006 deixou nítida a intenção do legislador de abrandar a punição do agente que realiza a referida conduta. Se antes a pena cominada era de detenção de 6 meses a 2

¹⁵ O conceito analítico de crime cuida em dissecar o conceito formal de delito, extraindo alguns elementos, visando estudá-lo de uma maneira mais compreensiva (Nucci, 2025).

¹⁶ Essa corrente é adotada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência brasileira (Nucci, 2025).

anos e pagamento de 20 a 50 dias-multa, passou-se a fixar as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com a atenuação da punição, fez-se necessário questionar, ainda mais, a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância. No que diz respeito ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para além da manifestação acerca dos requisitos necessários à aplicação do princípio, é importante destacar alguns entendimentos deste Egrégio Tribunal sobre a viabilidade de aplicar a insignificância ao porte de drogas para consumo.

Em 09/10/2007, logo após, portanto, o início da vigência da Lei 11.343/2006, no julgamento do Habeas Corpus 91.759 de relatoria do Ministro Menezes Direito, a Primeira Turma do STF entendeu ser pacífico o entendimento do não cabimento do princípio da insignificância nos crimes relacionados a entorpecentes (Brasil, STF, 2007).

Entretanto, em sentido diametralmente oposto, ainda no mesmo ano, a Segunda Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus 101.759, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu pela viabilidade da aplicação do princípio referido. Mesmo considerando tratar-se de crime no contexto militar, a fundamentação adotada para a aplicação foi pelo atendimento dos requisitos e pela observância à dignidade da pessoa humana (Brasil, STF, 2007).

Posteriormente, em 2010, no julgamento do Habeas Corpus 103.684, o Tribunal Pleno da Corte Suprema entendeu pela impossibilidade de aplicação, mas nesse caso o contexto de crime cometido em estabelecimento militar foi fator primordial para a fundamentação (Brasil, STF, 2010).

No julgamento do Habeas Corpus 102.940, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Primeira Turma do STF fixou o entendimento de que não seria possível aplicar o princípio da insignificância ao delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, posto que este trata-se de um crime de perigo presumido, não havendo o que se falar em ausência de periculosidade social da ação, requisito necessário para a aplicação (Brasil, STF, 2011).

Em nova mudança de posicionamento, em 2012 a Primeira Turma, no julgamento do Habeas Corpus 110.475, concedeu o writ, em ementa que invoca nitidamente o princípio da proporcionalidade e o da intervenção mínima, prevalecendo a tese de que:

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (Brasil, 2012, STF).

Sobre esse posicionamento, Mendonça e Carvalho (2012) fazem interessante reflexão, asseverando que, ao reconhecer a possibilidade de aplicação da insignificância pelo tipo penal do art. 28 se tratar de um crime de perigo abstrato no qual está ausente perigo relevante à saúde pública, inevitavelmente deveria ser questionada a própria constitucionalidade deste artigo, visto que estaria maculada sua própria razão de existência.

De modo geral, portanto, a análise a ser feita no Recurso Extraordinário em análise é de identificação da existência ou não de proporcionalidade entre os efeitos penais decorrentes da criminalização dessa conduta, com a consequente privação da liberdade de escolha dos indivíduos, e a lesão ocasionada ao bem jurídico tutelado, qual seja a saúde coletiva, devido a eventuais efeitos deletérios ocasionados pelo consumo das drogas.

4.4. Proporcionalidade e Razoabilidade

Paulo Bonavides (2009), mencionando o pensamento de Manfred Gentz, aduz que o princípio da proporcionalidade tem o escopo de realizar o nexo entre o fim e o meio, constatando se, nesta relação, os meios empregados e os efeitos que decorrem da intervenção estatal realmente se justificam pela finalidade pretendida. Dessa maneira, realiza-se um controle contra eventuais excessos.

As ideias contidas no princípio da proporcionalidade tratam-se das mais longevas do Direito Penal. Ainda na Idade Média, quando as punições representavam crueldade e desumanidade em seu modo de incidir, surgiram pensadores iluministas que pleiteavam uma alteração profunda nesse modelo, em prol da proporcionalidade e humanidade das penas (Boschi, 2011).

Cesare Beccaria (2015), em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, fez uma avançada reflexão acerca do contexto criminal no Século XVIII. Apesar de não tratar expressamente de um “princípio da proporcionalidade”, percebe-se que este autor elaborou ideias que são próprias deste instituto, como no trecho em que afirma que:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas também que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes, à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas (Beccaria, 2015, p. 71).

Posteriormente, essa mesma ideia foi fixada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, indo além da proporcionalidade da pena ao crime e falando-se na aplicação das penas apenas quando estritamente necessário.

Na Constituição Federal de 1988, não foi feita previsão expressa da proporcionalidade. Contudo, a utilização desse instituto está consagrada no ordenamento jurídico brasileiro. Miguel Reale Júnior (2020 , p. 22), nesse sentido, assevera que

assim como a doutrina, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe e concretiza o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. [...] É verdade que em nossa Constituição não há norma explícita [...], mesmo assim, dúvidas não há acerca da possibilidade de retirar idêntico mandamento do Preâmbulo da Constituição e dos direitos fundamentais que arrola.

Portanto, percebe-se a presença desse princípio em diversos dispositivos, ainda que indiretamente, como: art. 5º, inciso XLVI, o qual trata da individualização da pena (instituto correlacionado) e das espécies de penas a serem adotadas pela lei; art. 5º, inciso XLVII, o qual proíbe que sejam aplicadas determinadas espécies de sanções, que viriam a ferir gravemente direitos fundamentais e punir de maneira desproporcional os cidadãos; art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, os quais estabelecem mandamentos constitucionais a serem aplicados pelo legislador, para que este imponha a determinados crimes punições que sejam proporcionais às respectivas gravidades.

A ideia que ganhou força com o iluminismo e que ainda prevalece hodiernamente é a de que, para que o Estado interfira na vida privada dos cidadãos, deve-se ficar demonstrado que tal ato é de fato condizente com a conduta realizada, comprovando a valorização da liberdade dos indivíduos.

Para que sejam obedecidos os preceitos constitucionais e efetivamente ajustados os meios empregados com os fins pretendidos, deve-se associar três fatores essenciais: adequação teleológica, devendo os atos estatais terem finalidades extraídas dos valores contidos na Carta Magna, em detrimento de eventual finalidade meramente política do administrador; necessidade, posto que para a finalidade a ser alcançada devem ser aplicados apenas os meios imprescindíveis e menos lesivos quanto possíveis; proporcionalidade, tendo o Estado que valorar, nos casos concretos, quais medidas e recursos seriam proporcionais aos atos praticados (Bitencourt, 2025, p. 35).

Ressalta-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade não está relacionado apenas à adequação da sanção com o ato praticado pelo indivíduo, mas também à própria atividade do legislador, o qual não pode utilizar de suas prerrogativas para impor, aos indivíduos, medidas derivadas de sua mera discricionariedade. É nesse contexto que observa-se a relevante atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de atos legislativos, manifestando evidente aplicação do sistema de freios e contrapesos¹⁷.

Todavia, é significativa a importância da manutenção de um equilíbrio, evitando a aplicação inadvertida e abusiva deste princípio como forma de controle ilegítimo da atividade legislativa por parte do judiciário, para que esta não comprometa a relação entre estes poderes. Tal desequilíbrio ensejaria em uma situação denominada “Estado de Juízes” (Bonavides, 2009). Desse modo, o espaço criativo outorgado pelo constituinte ao elaborador das leis, quando dentro dos limites impostos pela própria Constituição, devem sempre ser observados pelos tribunais.

Outro ponto a ser destacado é a relação da proporcionalidade com a razoabilidade. Estes princípios não se confundem, mas devem ser analisados em conjunto para uma melhor atuação estatal. Tem-se como razoável determinado ato quando este for apto a atingir o fim pretendido, sem que se mostre descomedido em relação àquilo que impõe (Bitencourt, 2025).

A razoabilidade deve impor limite àquilo que, por vezes, pode até ser visto como proporcional, mas que por outro motivo não se mostra coerente. Por exemplificação,

¹⁷ O sistema de freios e contrapesos é um mecanismo inerente à Teoria da Separação dos Poderes, por meio do qual cada poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), apesar de ser autônomo e exercer suas próprias funções, está apto a conter os abusos praticados por outro poder, partindo-se do pressuposto de que “só o poder controla o poder” (Barbosa; Saracho, 2019).

tem-se a “lei do talião”, que consagra a máxima do “olho por olho, dente por dente”. Esse instituto, que tem como fundamento, inegavelmente, a mais fiel proporção entre o delito cometido e a sanção aplicada, deve encontrar na razoabilidade um obstáculo que impeça o estabelecimento de medidas que infrinjam direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

A proporcionalidade deve ser a referência para identificar se determinado sistema penal se justifica como instrumento de prevenção (Bitencourt, 2025), não podendo a violência empregada para seu cumprimento ser superior, e nem por vezes equivalente, aos atos praticados pelos indivíduos, sob pena de desvirtuar a atuação estatal.

O princípio da proporcionalidade, nesse sentido, é um dos institutos mais relevantes do direito penal, pois tem o intuito de identificar situações nas quais o peso da intervenção estatal não estaria proporcional com o resultado material produzido pela conduta em questão. Por esse motivo, esse princípio se apresenta como um dos preceitos fundamentais da Teoria Garantista.

A Teoria Garantista tem como prerrogativa a defesa de direitos fundamentais por meio da limitação do poder estatal. Quando aplicada no contexto constitucional, essa corrente estabelece que as normas constitucionais devem assegurar as garantias individuais e estabelecer mecanismos de prevenção contra arbitrariedades estatais. Assim, em análises como a do Recurso Extraordinário 635.659, a observância dessas ideias torna-se imprescindível.

5. ANÁLISE FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

5.1. A importância da metódica estruturante e de uma análise garantista em casos como o do recurso extraordinário 635.659

No contexto brasileiro, deve-se levar em consideração que a Constituição Federal de 1988, que ainda vigora, regendo hodiernamente as relações políticas e tutelando os direitos dos cidadãos, foi promulgada logo após um longo período ditatorial, no qual ocorreram graves violações aos direitos fundamentais de diversos indivíduos.

A título de comparação, a Constituição de 1967, a qual antecedeu a Constituição Cidadã, somente tratava da “declaração de direitos” no seu segundo título, a partir do artigo 140, estando os direitos e garantias individuais previstos no artigo 150 e nos seus 35 parágrafos (Brasil, 1967). De outro modo, atualmente, a partir do primeiro artigo do primeiro título da Carta Magna, denominado “dos princípios fundamentais”, já se estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil princípios como o da dignidade da pessoa humana, sendo os direitos e garantias fundamentais realocados já no artigo 5º, como uma forma expressa de priorizá-los (Brasil, 1988). É nesse sentido que Paulo Bonavides (2009) afirma que, de todas as constituições brasileiras, a hodierna foi a que mais buscou inovar tecnicamente na salvaguarda dos direitos fundamentais.

Pode-se observar então o grande destaque que foi dado no texto constitucional às garantias fundamentais, ganhando força no ordenamento jurídico pátrio o constitucionalismo. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Matheus Pimenta de Freitas (2024, p. 15), o Constitucionalismo trata-se de um movimento que tem como principal objetivo limitar o poder do Estado, legitimando e protegendo os direitos e as garantias fundamentais por meio da aplicação da Constituição. Conforme este raciocínio, esta pode ser reconhecida como o instrumento por meio do qual delimita-se o poder estatal exercido e assegura-se aos indivíduos o resguardo de seus direitos.

Assevera Ferrajoli ([2012]) que dentro dessa corrente de pensamento constitucionalista observa-se a possibilidade de se obter duas concepções diferentes: a neoconstitucionalista, que teria como finalidade a superação do positivismo jurídico, afastando o seu sentido jusnaturalista ou ético-subjetivista; e outra que, de certo modo,

busca a expansão e o complemento desse positivismo, desta lógica se utilizando, com destaque, o constitucionalismo garantista.

O neoconstitucionalismo, portanto, tem como característica a defesa pela aproximação entre o Direito e a Moral, motivo pelo qual acreditam seus adeptos que a solução dos magistrados para o confronto entre direitos fundamentais deve se dar por meio da ponderação entre estes; dessa forma, percebe-se que essa corrente cria o risco de legitimar atuações demasiadamente subjetivas daqueles que aplicam a lei, visto que estes indivíduos ficariam autorizados a até mesmo afastar sua incidência quando considerassem que uma norma estaria distante daquilo que entendessem por moral (Nottingham; Santiago; Dias, 2017, p. 196)

O constitucionalismo garantista, de outro modo, propõe a valorização de aspectos atinentes ao positivismo jurídico, mas propondo também a submissão da produção normativa aos aspectos materiais do direito positivo, estabelecendo-se ainda uma separação entre direito e moral (Neves; Teixeira, 2014). Dessa maneira, para que o exercício da jurisdição esteja vinculado unicamente à lei - em conjunto com aspectos concretos - e para que sejam afastadas atuações de magistrados com embasamentos predominantemente morais, posto que tais condutas representam claras violações ao princípio da legalidade, a aplicação dos preceitos garantistas é imprescindível.

No âmbito penal, contexto no qual o Estado se utiliza da relativização de direitos individuais com o escopo de manter a harmonia social pela proteção dos bens jurídicos, a observância desses preceitos garantistas supracitados é de salutar importância para a segurança jurídica de todos os indivíduos, impedindo o Poder Público de agir arbitrariamente, utilizando-se para isso as prerrogativas que lhe foram legitimamente conferidas.

Essa perspectiva do afastamento da aplicação da lei em relação à moral subjetivista, juntamente com a ideia da primordialidade da aproximação entre o Direito e a realidade, atributos inerentes ao garantismo, fizeram desenvolver-se, no âmbito da hermenêutica constitucional contemporânea, a Teoria de da Metodica Estruturante de Friedrich Muller, com o intuito de orientar o seu dever-ser (Nottingham; Santiago; Dias, 2017, p. 197).

Friedrich Muller (1999, p. 54) constrói a sua tese partindo do estudo daquilo que significaria a norma jurídica propriamente dita. O referido autor aduz que a norma não se identifica com a mera descrição contida no seu texto, sendo este apenas um dos aspectos principais que a compõem. Essa norma, então, seria composta de dois elementos: o texto da norma, o qual corresponderia, de fato, àquilo que está escrito; e o âmbito da norma, consistente na realidade fática à qual esta estaria inserida.

Isto posto, outra lógica não poderia seguir a hermenêutica desta norma. É nesse contexto que Müller desenvolve a Metodica Estruturante, propondo que a concretização¹⁸ da norma se dê pela integração de seu texto com o plano ao qual esta está inserida, a fim de que se possa atingir o seu real significado, abandonando-se os métodos tradicionais de interpretação.

Conforme ressaltam Nottingham, Santiago e Dias (2017, p. 198), essa teoria denomina-se metódica devido ao mecanismo utilizado na sua aplicação, o qual tem o intuito de conferir cientificidade e segurança jurídica à atividade desenvolvida pelo jurista, e estruturante pelo fato de ter como ponto de partida os aspectos que compõem a norma jurídica, a sua estrutura, quais sejam o texto da norma e o âmbito da norma, conforme aduz o estudo preliminar da conceituação realizada Müller.

Para a concretização da norma, Müller (1999, p. 60) destaca dois grupos de elementos: o primeiro grupo conteria os elementos de concretização já considerados anteriormente pela metodologia tradicional, quais sejam os referentes ao tratamento do texto da norma; o segundo grupo, de modo diferente, resultaria da análise do âmbito da norma e do conjunto de fatos apontados como relevantes para o seu processo de concretização.

Partindo-se dessa divisão, passa-se para o estudo da sistemática elaborada por Müller. O referido processo pode ser dividido em diversas fases (FONTOURA et al., 2010, p. 337-338), iniciando-se com uma “fase preliminar”, consistente na análise

¹⁸ Müller (1999, p. 52) propositalmente usa o termo concretização para substituir interpretação, visto que no seu entendimento a redução dessa atividade a regras de interpretação demonstraria a compreensão equivocada da estrutura do direito. Nesse sentido, deve-se abranger a prática efetiva para realizar verdadeira concretização da norma - e não interpretação -, visando ir no sentido contrário ao neoconstitucionalismo, para evitar uma atuação demasiadamente subjetiva e possivelmente arbitrária, e ir além do positivismo meramente legalista, o qual erroneamente ignora as influências do contexto fático.

prévia de dados reais, de dados linguísticos, da massa dos textos de normas e do relato leigo do caso.

A seguir, a primeira fase a integrar, de fato, o método aplicado se realiza por meio de uma seleção inicial a ser feita pelo jurista, a qual permita que este destaque as prescrições jurídicas que entenda serem relevantes ao caso em evidência, além de todo o conjunto de fatos pertencentes à realidade, os quais possam ser afetados por essas prescrições.

A segunda fase - denominada interpretativa, de modo a evidenciar mais uma vez que a interpretação representa apenas parcela de um todo - consistiria na apreciação do texto e de seus elementos “sistemáticos, genéticos, históricos e teleológicos, além dos elementos metodológicos, dogmáticos, teóricos e de política jurídica” (FONTOURA et al., 2010, p. 337-338), devendo resultar desse procedimento o programa da norma.

A terceira fase se perfaz pela utilização do programa construído na fase anterior para condensar ainda mais os elementos apontados como pertinentes ao âmbito da norma, sendo demasiadamente importante a construção de uma fundamentação adequada que justifique a conexão feita entre as duas espécies de elementos.

Por fim, salienta-se as duas fases finais para a concretização da norma jurídica: a complementação do programa da norma com o âmbito desta, e a deste com aquele, de maneira mútua, obtendo como resultado dessa integração a norma jurídica propriamente dita, mas ainda geral e abstrata; e, enfim, a formação da “norma de decisão”, tornando o produto da fase anterior individual e concreto, possibilitando a sua aplicação na resolução do caso fático.

No contexto do Recurso Extraordinário 635.659, o tema em questão é repleto de preceitos que, quando devidamente considerados, são fundamentais ao garantismo. São exemplos disso a intervenção mínima, a insignificância e a proporcionalidade, que se traduzem em princípios do Direito Penal inegociáveis para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. Portanto, em matérias como esta, a contemplação de uma análise garantista nas razões de decidir nos votos dos ministros do Supremo é imprescindível para assegurar uma decisão que impeça a violação de direitos basilares.

Para além disso, a própria carga moral da temática aponta para a necessidade da adoção da Teoria Metódica Estruturante. Conforme já ressaltado, o porte de drogas para

consumo pessoal é matéria que desperta na sociedade diversos embates, sendo diversa a valoração dos fatos realizada pelos indivíduos dentro da sociedade brasileira. Diante dessa realidade, torna-se imprescindível que o magistrado, que sempre estará inserido dentro dessa conjuntura social, exerça sua atuação de modo a afastar-se de um subjetivismo moral exacerbado, aderindo a um método que dê aos seus atos uma cientificidade.

Faz-se necessário, portanto, um exame da fundamentação utilizada pelos ministros ao longo da elaboração de seus votos no julgamento do no Recurso Extraordinário 635.659, para identificar a presença da Teoria do Garantismo e aplicação da Metodica Estruturante.

5.2. Voto Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes foi o relator no julgamento do referido Recurso Extraordinário, tendo sido seu o primeiro voto a ser proferido, ainda no ano de 2015. Primeiramente, o ministro fez a distinção entre o tema tratado nesse julgamento e o tema em pauta no Recurso Extraordinário 430.105, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. Enquanto este, conforme já exposto, tratou da natureza jurídica das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, aquele se caracteriza como análise da incompatibilidade desse dispositivo legal com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

A seguir, o ministro fez ponderações acerca do controle de constitucionalidade das normas penais. Asseverou que os direitos fundamentais não são apenas parâmetros de limitação da intervenção, mas também expressam postulados para que seja realizada a proteção dos indivíduos, ainda mais considerando que a própria Constituição prevê mandamentos de proibição.

Portanto, essas garantias não poderiam servir de empecilho para a atividade legislativa, devendo o legislador ter assegurada a discricionariedade própria de sua atuação. Entretanto, durante o exercício dessas atribuições, a liberdade deverá encontrar limite no princípio da proporcionalidade¹⁹. É nesse contexto que se insere o controle de constitucionalidade material da atividade legislativa na matéria penal.

¹⁹ A importância desse princípio para o Direito Penal foi destaque no item 4.3 do presente trabalho.

Gilmar Mendes destacou, com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a existência de três graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis, os quais devem servir de subsídio para a realização do controle da restrição nos direitos fundamentais efetuados por meio das normas de direito penal. Essa linha de raciocínio é de grande relevância para a incidência de uma apreciação garantista e que leve em consideração a metódica estruturante, conforme destacarei posteriormente.

O primeiro grau, denominado controle de evidência, deve levar em consideração a liberdade do legislador para adotar as medidas que acredita serem necessárias para a persecução do fim que a lei se propõe. A declaração de inconstitucionalidade em matéria penal deve, dessa forma, ser lastreada em notória incoerência das medidas escolhidas com a proteção dos bens jurídicos em questão.

O segundo grau, denominado controle de justificabilidade, se concentra na identificação da existência de uma análise objetiva e justificável, por parte do legislativo, de fontes do conhecimento que deem embasamento para a elaboração da norma. Para um maior embasamento nos votos elaborados, a participação do *amicus curiae* tem bastante a acrescentar no controle de justificabilidade.

O terceiro grau, denominado controle material de intensidade, é realizado por meio de um controle mais rígido, devendo ser aplicado para os casos de intensa intervenção em bens jurídicos de grande relevância - como é o caso das leis de matéria penal, que relativizam direitos como a liberdade. Nesse ponto o tribunal deve analisar se a interferência estatal é necessariamente obrigatória para a proteção de outros bens jurídicos, podendo o julgador desconsiderar as ponderações realizadas pelo legislador na elaboração da norma.

Em seguida, Gilmar Mendes fez considerações acerca dos crimes de perigo abstrato. Asseverou que a tipificação desse crime, por si só, não representa um ato inconstitucional, sendo por vezes necessária quando da proteção de bens difusos ou coletivos. Todavia, a justificabilidade desses crimes é de difícil análise, considerado o princípio da proporcionalidade e seus corolários - como o princípio da lesividade. Dessa maneira, o próprio Supremo Tribunal Federal possui julgamentos que apontam em sentidos diversos nesse tema, a depender de todo o contexto fático examinado.

No âmbito do porte de drogas para o consumo pessoal, o ministro salientou que diferentes políticas regulatórias podem ser adotadas pelo Estado, pontuando ainda acerca da diferença entre proibição, despenalização e descriminalização²⁰. Já nesse momento, fez considerações acerca do deslocamento dessas políticas da esfera penal para a da saúde pública, movimento realizado pelo legislador, importante para a mitigação das intempéries sociais decorrentes do consumo de drogas.

A partir daí, Gilmar Mendes passou para apreciação propriamente dita da norma impugnada. Apesar de não ficar expressamente evidente a utilização da teoria de Müller, é possível se identificar na fundamentação do ministro elementos presentes da Metodica Estruturante, além de fundamentos condizentes com a teoria Garantista.

Esse panorama pode ser observado pela utilização da tripartição do controle de constitucionalidade, já citada anteriormente, como base de sua análise, tendo o ministro destacado inicialmente o controle de evidência e o controle de justificabilidade a ser feito. Esta linha de pensamento torna claro o emprego de uma metódica, importante para conferir cientificidade e segurança jurídica no exercício deste controle.

Sobre a política de drogas adotada no Brasil, o ministro aduziu que a criminalização do porte para uso pessoal iria de encontro aos fins pretendidos pelo próprio legislador na elaboração do sistema nacional, o qual dá enfoque na atenção à saúde e na reinserção social. Isto posto, observaria-se que a atribuição de natureza penal a essa conduta mitigaria os efeitos almejados pelo abrandamento das medidas impostas no art. 28, visto que instigaria a estigmatização dos usuários e dependentes²¹.

Ao fazer tais considerações, pode-se constatar a seleção das prescrições jurídicas pertinentes e o exame do âmbito da norma²², com seus elementos sistemáticos, teóricos e dogmáticos, atuação que está inserida dentro da lógica desenvolvida por Müller, visando uma aproximação do texto legal com o real programa da norma. Além disso, a conclusão pela violação do princípio da proporcionalidade, após estudo deste programa da norma e análise das circunstâncias neste tópicos destacadas, corrobora com a

²⁰ Sobre essa diferenciação foram feitos apontamentos no capítulo 3 deste trabalho.

²¹ Para demonstrar tal ocorrência, o ministro cita o estudo realizado pela Revista Jurídica, o qual aponta para o fato de que a aplicação inicial da Lei 11.343/2006 corrobora com uma seletividade no sistema penal brasileiro (Boiteux, 2009).

²² Esse fato pode ser constatado pelo estudo das conclusões retiradas de pesquisas pertinentes à matéria.

valorização das garantias fundamentais e com a limitação do poder punitivo estatal, aspectos ponderados pela teoria garantista.

A seguir, no controle de justificabilidade, o ministro passou para a análise do contexto que orientou as medidas impostas pelo legislador. Entendeu pela inexistência, ou ao menos insuficiência, de estudos que comprovem ser adequada a criminalização do porte para uso pessoal²³. Ademais, de acordo com sua compreensão, o próprio legislador teria reconhecido a vulnerabilidade do usuário de drogas, conforme aponta a justificativa do projeto de lei que antecedeu a lei em questão.

Diante dessas observações, asseverou que não ficou comprovada a real imprescindibilidade da criminalização da conduta, restando por violado, também nesse sentido, o princípio da proporcionalidade. Trata-se de mais uma conclusão sob o viés da ótica garantista, posto que buscou integrar ao direito positivo aspectos materiais, sendo irrelevantes as questões morais atinentes.

Como próximo ponto, Gilmar Mendes seguiu para o terceiro grau do controle de constitucionalidade, o qual consistiu no controle material de intensidade. Nesse sentido, destacou que no caso em questão deve ser examinado o confronto entre, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança pública e, de outro, o direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação, indagando se a proteção desses primeiros bens não poderia ser efetivada de maneira menos gravosa.

Segundo o ministro, a inferência a ser realizada não seria pela negação dos riscos e malefícios do uso de drogas, mas sim pela necessidade ou não do tratamento dessa conduta no âmbito penal. Conforme apontou, a identificação do âmbito de proteção de um direito exige uma interpretação sistemática, diante de um renovado e constante esforço hermenêutico.

Esse ponto de vista, mais uma vez, demonstra linha de raciocínio condizente com a sistemática de Müller e o garantismo de Ferrajoli, uma vez que ultrapassa os elementos formais da norma em prol de uma hermenêutica que leve em consideração os demais elementos, a exemplo dos sistemáticos, históricos e teleológicos, o que contribui para a identificação da proporcionalidade e mitiga atuações estatais arbitrárias.

²³Em sentido contrário apontam dois estudos citados por Gilmar Mendes, os quais induzem a ideia de que a criminalização em si desta conduta tem pouca influência na proporção da população que faz o uso de drogas (Rosmarin; Eastwood, 2012; European Monitoring Centre For Drugs And Drug Addiction, 2011).

Após todas essas ponderações, levando em consideração todas as especificidades que dão ao caso concreto um contexto próprio, Gilmar Mendes prosseguiu para a avaliação direta acerca dos direitos conflitantes no caso: a saúde e a segurança pública com a privacidade, da qual decorre o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação e a intimidade.

No primeiro ponto, afirmou que a necessidade da tutela penal de condutas que contrariem a saúde pública e a segurança pública depende da demonstração de dano potencial. Assim sendo, diante de toda a fundamentação apresentada, os bens jurídicos a serem tutelados não restam significativamente ameaçados pelo porte de drogas para consumo pessoal, principalmente considerando quais direitos individuais serão mitigados para a imposição desta criminalização.

Tais direitos se concentram justamente na garantia constitucional à privacidade. Ainda que sejam indiscutíveis os efeitos nefastos dessa conduta para o indivíduo, assevera o ministro que os malefícios que afetam a coletividade estão demasiadamente afastados da ação individual. Dessa forma, restaria por ser declarada a inconstitucionalidade da criminalização da conduta, posto que a dura intervenção na privacidade e na intimidade não se demonstra proporcional diante do grau de abstração necessário para que seja identificado os danos aos bens jurídicos que se busca tutelar, ainda mais considerando a existência de outras medidas que se mostrem suficientes - ou mesmo mais eficazes.

Diante do exposto, observa-se ao longo de toda a fundamentação construída pelo ministro a preocupação com os direitos individuais afetados pela criminalização, verificando se estaria sendo obedecido o princípio da proporcionalidade. Este fato demonstra o respeito aos preceitos garantistas, fundamentais para um Estado que preze pelas garantias individuais e que não tenha como justificativa fundamentos eminentemente morais.

5.3. Voto Luiz Edson Fachin

Após breve introdução acerca do caso em questão e da fundamentação utilizada no voto do ministro relator Gilmar Mendes, Fachin foi quem primeiro propôs a redução da discussão especificamente à maconha, por ser a substância que conduz às circunstâncias destacadas do caso concreto.

O ministro apontou, destacando o pensamento de Carlos Santiago Nino (1989), para a existência de três diferentes argumentos utilizados por aqueles que defendem a punição do consumo de drogas: um argumento perfeccionista, que se atém à reprovabilidade moral da conduta; um argumento paternalista, justificando-se a punição pela prevenção dos possíveis danos que as pessoas causem a elas mesmas; um argumento de defesa da sociedade, baseando-se na proteção dos demais cidadãos.

Todavia, ainda com base no raciocínio do referido autor, Fachin asseverou que para prevenir e reprovar as condutas que, de certa forma, derivam do consumo de drogas, já existem tipos penais próprios. Além disso, a criminalização dessas condutas sob o aspecto da imposição de um padrão moral individual significaria uma proteção estatal excessiva e ineficaz.

A seguir, na mesma linha de raciocínio seguida por Gilmar Mendes, o ministro ressaltou a importância da não interferência estatal na esfera individual, respeitando-se os direitos individuais da privacidade, da autodeterminação, da intimidade e da liberdade, ressalvada a hipótese de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, ganhando destaque, nesse contexto, o controle de constitucionalidade para coibir eventual intervenção ilegítima.

Fachin salientou dois embates existentes, a serem analisados, decorrentes da criminalização do porte e do uso de drogas: a tutela penal de crimes abstratos e o princípio da ofensividade; a reprovabilidade penal de condutas moralmente inaceitáveis e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Tendo em vista esses pontos, destaca-se, portanto, a existência de uma preocupação do ministro com duas expressas violações a preceitos fundamentais garantistas: primeiro, a criminalização de condutas com base em reprovação moral; segundo, a interferência estatal na esfera individual, atingindo direitos fundamentais básicos, sob o pretexto da proteção de outros bens jurídicos, sem que haja proporcionalidade entre essa finalidade e a conduta realizada.

Da mesma maneira de Gilmar Mendes, Fachin afirmou que a tipificação em si de crimes de perigo abstrato - como é o caso do porte de drogas para consumo pessoal - não contraria a Constituição, entretanto, com argumentação diversa, entende o ministro

que a questão não se trata da comprovação da efetiva presunção de perigo, mas sim da legitimidade da violação de um dever de cuidado imposto pelo legislador.

Sob outra argumentação, mas indo no mesmo sentido do ministro relator, Fachin asseverou que a norma penal avaliada não se demonstra a melhor estratégia para a pretendida proteção do bem jurídico em pauta. Manteve também em vista que o usuário seria um vítima e não um criminoso, fato que impõe que o tema tratado se enquadre em assunto de saúde e de política pública, conforme corroboram, do mesmo modo, outras medidas do próprio Poder Público²⁴.

Atentando para essas considerações, salientando o respeito aos princípios da proporcionalidade e da *última ratio* e aos direitos individuais, em detrimento da criminalização, Fachin votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. A despeito de não estarem tão delineados na fundamentação as fases e os elementos da Metodica Estruturante desenvolvida por Müller, observa-se que está sim presente a análise, até certo grau, do âmbito da norma. Além disso, ressalta-se que o entendimento do ministro segue a linha garantista ao valorizar a limitação da atuação moralista do Estado e enaltecer a proteção aos direitos individuais.

5.4. Voto Luís Roberto Barroso

Barroso iniciou seu voto destacando que em uma democracia, nenhum tema deve ser tabu. De fato, conforme já citado nos capítulos iniciais, é extremamente controversa a repercussão social dessa temática, mas nem por isso ela deveria deixar de ser objeto de apreciação pela Suprema Corte, talvez por isso ganhando até mais importância. Entretanto, conforme aduz o ministro, trata-se de uma discussão na qual, qualquer que seja a solução, as consequências serão de impacto relevante na sociedade.

Após esta introdução, o ministro salientou, assim como feito por Gilmar Mendes, a relevância da diferenciação entre descriminalização, despenalização e legalização²⁵. Dessa forma, segundo ele, a questão principal do Recurso Extraordinário 635.659 seria saber se o porte de drogas para consumo próprio deve ser tratado pelo Direito Penal ou por outros ramos do Direito.

²⁴O ministro cita, a título de exemplo, o desenvolvimento do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, mas essa perspectiva é percebida até mesmo na própria elaboração da Lei 11.343/2006.

²⁵Essa diferenciação foi pauta do capítulo 3 do presente trabalho.

Barroso afirmou que a interpretação constitucional a ser feita pelo Supremo Tribunal Federal apresenta dois marcos: primeiro, a proteção dos direitos fundamentais; segundo, o que ele denomina de pragmatismo jurídico. Sob o viés do garantismo e da metódica estruturante, conforme se extrairá da fundamentação utilizada pelo ministro, destacada a seguir, pode-se afirmar que a defesa desses direitos fundamentais leva em consideração uma lógica mais positivista, mas não necessariamente pura, e o pragmatismo jurídico, de certo modo, preocupa-se em construir o âmbito da norma, ainda que este seja extrapolado.

Conforme preconizou o ministro, os direitos fundamentais teriam o condão de proteger uma esfera mínima de justiça, podendo até mesmo servir de oposição à própria maioria - nesse sentido se afirma a possibilidade desses direitos se sobressaírem às disposições legais, visto que estas representam justamente a vontade da maioria segundo a lógica do sistema democrático.

Sobre o pragmatismo, foram destacadas por Barroso duas características: a contextualização, que se traduz pelas circunstâncias objetivas e concretas da realidade a serem consideradas; o consequencialismo, que se preocupa com as consequências que uma decisão pode ocasionar à realidade fática.

Seguindo essa lógica, o ministro apresentou fundamentações pragmáticas que embasam o seu posicionamento. De início, demonstrou que seu entendimento é de que o consumo de drogas é indiscutivelmente nefasto. Todavia, deveria ser delineada a melhor alternativa para alcançar os três diferentes papéis do Estado e da sociedade quanto essa temática: desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico.

Corroborando com os apontamentos feitos no primeiro capítulo deste trabalho, Barroso aduziu que não se deve olhar para o problema das drogas sob a mesma perspectiva de outros países. Isso se confirma, principalmente, porque o Brasil é um país que enfrenta grandes intempéries decorrentes do tráfico de drogas, enquanto em boa parte dos outros países o consumo é a principal temática. Dessa forma, contrariando a construção histórica, a melhor solução seria a criação de uma alternativa própria, que considerasse as circunstâncias nacionais.

Diante de tais fatos, o ministro apresentou as razões pragmáticas que fizeram que ele adotasse a descriminalização como melhor solução, do ponto de vista

constitucional: o fracasso da política de criminalização historicamente adotada, que conduzia à sistemática da “guerra às drogas” e foi responsável, segundo ele, pelo crescimento de mercados paralelos no mundo do crime; o alto custo ao Estado, decorrente do elevado número de encarceração, ocasionando prejuízos do ponto de vista humano, financeiro e social; a saúde pública, visto que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, que deveria ter como principal intuito a tutela desse bem jurídico, faz que ele vire elemento secundário, em decorrência da priorização da segurança pública - o ministro enfatiza que a criminalização promove o afastamento o usuário do sistema de saúde pública.

Tais ponderações são, sem dúvida, importantes para a compreensão dos complicadores que envolvem a matéria, estando contidas, de certa maneira, naquilo que se entende como âmbito da norma, se demonstrando relevantes para a completação da análise jurídica examinada posteriormente. Todavia, com devida vênia, deve-se ter cautela com a finalidade da realização desse sopesamento, para que não seja avocada a atividade típica a ser exercida pelo poder executivo, na elaboração das políticas públicas, ou pelo poder legislativo, na própria elaboração das leis. Assim sendo, as inquirições mais pertinentes ao controle de constitucionalidade são feitas a seguir, na elaboração da fundamentação jurídica condizente com a descriminalização.

Nesse universo, Barroso enumerou a elaboração de três fundamentos jurídicos que justificam a declaração de inconstitucionalidade, sem inovar com relação ao que foi posto pelos ministros que se manifestaram anteriormente: a violação aos direitos à intimidade e à vida privada; a violação à autonomia individual - equivalente ao direito de autodeterminação; a violação ao princípio da proporcionalidade.

Sobre esse primeiro tópico, o ministro salientou a possibilidade de tais direitos serem opostos à maioria das intervenções, inclusive as estatais, desde que as condutas realizadas não afetem a esfera jurídica de terceiros. Portanto, ressaltou a necessária diferenciação a ser feita entre a moral e o direito, posto que a criminalização não está obrigatoriamente alinhada ao debate público e nem tudo que é amoral deve ser criminalizado, ainda mais tendo em vista as consequências da inserção de um indivíduo no sistema penal brasileiro.

No segundo tópico, foi destacada a imprescindibilidade do respeito à liberdade individual numa sociedade democrática, desde que considerados os limites impostas ao

seu exercício, não sendo, portanto, uma garantia absoluta. Nesse sentido, pode o Estado intervir para proteger os direitos dos outros ou algum valor social de grande relevância. No porte de drogas para consumo pessoal, asseverou, não está presente a referida violação, salvo considerada a saúde pública, mas esta num sentido vago e remoto. Desse modo, a pesada intervenção do Direito Penal representaria autoritária interferência estatal nessa esfera individual.

O terceiro tópico justifica o juízo de valor elaborado no segundo. Isso porque, a razão dessa criminalização se demonstrar autoritária está no fato de restar desrespeitado o princípio da proporcionalidade. Barroso, acrescentando ao que foi discorrido anteriormente pelos demais ministros, evidenciou a existência de diferentes dimensões deste princípio: a dimensão instrumental, que versa sobre a legitimação ou não da intervenção no direito individual, estando relacionada ao princípio da lesividade, estando violada no caso em questão, visto que a conduta não ultrapassa de modo relevante a esfera individual; proporcionalidade em sentido estrito, consistente na análise de adequação da medida imposta considerados os prejuízos decorrentes da imposição, estando caracterizada também uma ofensa, posto que a criminalização não só não se mostra adequada para a proteção da saúde pública, como também gera prejuízos para esse bem jurídico.

Portanto, diante das razões apresentadas, quais sejam, em destaque, a violação do direito à privacidade, da autonomia individual e da proporcionalidade, por ausência de lesividade a bem jurídico alheio e inadequação da medida imposta, Barroso também entende pela inconstitucionalidade da criminalização da conduta em questão. Nessa conjuntura, o ministro, assim como os que lhe antecederam na votação, considerou os preceitos garantistas para salvaguarda dos direitos individuais, além de afastar entendimentos completamente enviesados sob o aspecto moral, mas fazendo importantes considerações acerca da realidade fática que permeia a matéria.

5.5. Voto Alexandre de Moraes

Moraes deu início a sua fundamentação aduzindo que o cerne da questão do exame de constitucionalidade está concentrado na ausência de lesividade das condutas do art. 28 da Lei 11.343/2006, visto que essas poderiam representar mero exercício da autonomia privada, sem que ficasse comprovada uma ofensa relevante ao bem jurídico saúde pública.

O ministro destacou que o modelo proibicionista é criticado por vários estudos na área da criminologia, posto que a ilicitude das drogas não tem efeitos significativos na oferta e na demanda de entorpecentes, além corroborar com a construção de um mercado paralelo dominado pelos traficantes e com a estigmatização de dependentes e usuários. No Brasil, o cenário seria ainda pior, considerando a ocorrência de episódios de abuso policial seletivo e o encarceramento em massa de determinados segmentos da população, com origem na perpetuação de paradigmas sociais.

A seguir, aponta-se a relevância da aferição da realidade social atingida pela norma para que seja feito o seu juízo de validade, estando essa preocupação, de acordo com o ministro, no cerne da ideia de proporcionalidade.

Esses apontamentos demonstram uma nítida preocupação do ministro em incluir na hermenêutica constitucional elaborada o elemento do âmbito da norma, que ocupa papel importante na metódica estruturante de Müller. Além disso, pode-se também ressaltar o afastamento de debates morais para a construção de uma decisão mais pragmática, mas que considere a realidade fática, lógica que vai ao encontro de preceitos do constitucionalismo garantista.

Entretanto, apesar de merecerem grande valoração o estudo desenvolvido pelo ministro em colaboração com a Associação Brasileira de Jurimetria e as demais ponderações feitas pelo ministro, esse arcabouço elaborado foi mais direcionado à necessidade de se fixar critérios objetivos de diferenciação entre usuários e traficantes²⁶. Portanto, mesmo que apresentem seu grau de contribuição, essa fundamentação tem muito mais pertinência para a escolha de políticas públicas do que para o exame jurídico da norma.

Num panorama geral, portanto, tem-se ao longo do voto um maior enfoque do ministro nas razões pertinentes a esse último debate, em detrimento da hermenêutica constitucional a ser realizada, estando as fundamentações mais relevantes concentradas nos pontos destacados neste tópico.

5.6. Voto Cristiano Zanin

Zanin apontou duas compreensões ao iniciar seu voto: primeiro, reconheceu que o sistema judicial criminal brasileiro, que tem por base a persecução penal, transformou

²⁶ Essa discussão será pauta do último capítulo do presente trabalho.

uma norma que era para ser benéfica ao usuário, contribuindo para um encarceramento massivo e indevido, principalmente das pessoas mais vulneráveis, utilizando como referência a fundamentação elaborada por Alexandre de Moraes; segundo, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 poderia, em verdade, contribuir para o agravamento dessa problemática.

Especificando o seu entendimento, o ministro citou a decisão fixada no julgamento do RE 430.105 QO/RJ, de relatoria do ministro Sepúlveda, na qual ficou estabelecida a natureza jurídica das medidas impostas no artigo em questão, para fundamentar seu ponto de vista. Entretanto, com a devida vênia, conforme exposto pelos ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Rosa Weber, não se trata exatamente da mesma temática, visto que no Recurso Extraordinário em análise o que se examina é a compatibilidade ou não da norma com alguns princípios constitucionais, como o da intimidade e o da vida privada.

Zanin também salientou que, após este julgamento, a orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal seria no sentido de que não houve uma descriminalização. De fato, tal entendimento vigorou. Todavia, esse fato não teria condão de impedir uma análise hodierna em outro sentido, ainda mais considerando um novo ponto de vista, o qual teria como referência os princípios mencionados. Outrossim, consoante exposto pela ministra Rosa Weber, já se observava mudança de percepção dos tribunais superiores acerca da proporcionalidade da criminalização da conduta.

O ministro asseverou que os usuários de drogas são vítimas do tráfico e das organizações criminosas, não tendo a despenalização atingido a finalidade de contribuir positivamente para a solução da problemática enfrentada por esses indivíduos. Contudo, seu posicionamento é de que a descriminalização aumentaria o consumo de drogas e colocaria em risco a vida do usuário ao possivelmente colocá-lo em contato com “fornecedores” ligados a grupos ou facções criminosas.

As considerações do ministro contrariam de modo direto Teoria Garantista, visto que o aumento do consumo de drogas e o risco enfrentado pelos indivíduos são consequências hipotéticas e sem um nexo causal direto, demonstrando-se motivações inviáveis para a manutenção de medidas penais que impactam severamente direitos fundamentais dos cidadãos.

Por fim, Zanin afirmou que o compromisso firmado na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, qual seja o de manutenção da criminalização do porte de drogas, não seria absoluto, e que há evidente necessidade de evolução na legislação sobre drogas no Brasil. Todavia, aduz que esses fatos não permitiriam a declaração de inconstitucionalidade, devido a ausência de regulamentação específica para disciplinar toda a matéria.

Tendo em vista todo o exposto, o ministro negou provimento ao Recurso Extraordinário. Diante dessa fundamentação, observa-se que, apesar de se demonstrar presente uma análise sobre a realidade fática, com a devida vênia, esta não se demonstrou suficiente, podendo serem destacados os seguintes pontos: nas consequências citadas, além de não ficar demonstrado um nexo com a conduta em questão, por estarem visando a proteção do usuário, se estaria realizando a punição penal de condutas que, quando muito, configurariam apenas autolesão; não foi feito exame em relação ao direitos individuais diretamente afetados pela criminalização e nem se realizou a análise da proporcionalidade; não se considerou a mudança de posicionamento jurisprudencial.

Dessa forma, não se identifica a aplicação da Metodico Estruturante, visto que não foi suficientemente examinado o âmbito da norma para a elaboração do seu programa normativo. De mesmo modo, a conclusão elaborada pelo ministro contraria a Teoria Garantista, posto que nem menciona a análise de proporcionalidade, não tendo sido sopesados os direitos fundamentais pertinentes.

5.7. Voto Rosa Weber

A ministra iniciou seu voto ressaltando que o legislador também está compelido a observar a proporcionalidade - assim como os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - no exercício de sua atividade. Portanto, seria desse fato que emanaria a imprescindibilidade de atuação do Poder Judiciário para a declaração de inconstitucionalidade em caso de eventual inobservância deste princípio.

Rosa Weber aduziu que o tipo normativo do art. 28 da Lei 11.343 consiste em crime de perigo abstrato, mas que esse fato não é, por si só, indicativo de inconstitucionalidade, assim como defenderam seus pares. Mas, sob uma perspectiva

diferente das apresentadas pelos demais ministros, ela apontou a ocorrência de equívoco ao se afirmar que esse delito visaria a tutela da saúde pública. Isso porque, segundo ela, defender esse pensamento significaria transformar todo usuário em potencial traficante e criminoso, raciocínio contido na sistemática do direito penal do autor, contrário ao ordenamento jurídico em vigência no Brasil.

Deveria se considerar, conforme a ministra, que esse dispositivo legal teria por objeto a tutela da integridade individual, e não a saúde pública, precisando ser feito o exame de proporcionalidade, para atestar a legitimidade dessa lei, a partir desse pressuposto.

A ministra, assim como Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, promoveu a diferenciação entre despenalização, descriminalização e legalização. Desta feita, ressalta que a eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 não teria como consequência direta e imediata a liberação ou legalização.

Discorrendo sobre a sistemática jurídica implantada pela Lei 11.343/2006, Rosa Weber salientou que esta buscou reformular a forma como Estado lida com o usuário de entorpecentes, estando expresso na sua teleologia a intenção de lidar com a problemática da dependência química por meio de políticas de saúde pública e de programas educacionais.

A manutenção da criminalização desses indivíduos, então, seria contrária aos próprios princípios e diretrizes estabelecidos na norma. A imposição do Direito Penal, nessa perspectiva levantada pela ministra, contribuiria para a estigmatização do usuário, anulando os avanços promovidos por esta Lei. Ademais, esse fato somado à ausência de critérios objetivos influenciaram para a condenação de usuários como se traficantes fossem²⁷.

Acresce-se, ainda, a ênfase que a ministra deu à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre toda essa matéria. Inicialmente, com o já mencionado julgamento do RE 430.105-QO/RJ, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence (Brasil, 2007), entendeu-se pela manutenção do caráter criminoso da conduta. Posteriormente, em várias ocasiões, com base numa interpretação

²⁷Para corroborar com esse ponto de vista a ministra destaca várias jurisprudências do STF que apontam nesse sentido, nas quais foi concedido *Habeas Corpus* em casos de condenação por tráfico de drogas por quantidades ínfimas (HC 176.422-AgR/SP; HC 176.422-AgR/SP).

sistemática e na observância do princípio da proporcionalidade, decidiu-se pela inaplicabilidade da agravante de reincidência quando ocasionada pela conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 (Brasil, 2018; Brasil, 2022)

Com esses apontamentos, percebe-se a preocupação da ministra em examinar os elementos sistemáticos e teleológicos da norma a ser avaliada, além de destacar as prescrições jurídicas relevantes, procedimento importante dentro da Metodica Estruturante de Müller para a identificação do programa da norma, podendo ser identificada a segunda e a terceira fase conforme a divisão efetuada por Fontoura *et al* (2010, p. 337-338). Corroborando com esse pensamento, a própria ministra encerra essas considerações afirmando que esse seria “o atual contexto normativo e jurisprudencial.”

Por fim, Rosa Weber se atém ao ponto central do Recurso Extraordinário, consistente na análise do dispositivo em confronto com o direito à privacidade e com a autonomia privada. Salaria, neste contexto, que ambos os institutos encontram limitação dentro do ordenamento jurídico, devendo ser feito, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, um exame com base no princípio da proporcionalidade.

Diante de todo o exposto, a ministra fixa seu entendimento de que a criminalização da conduta de portar entorpecentes para consumo pessoal é desproporcional, visto que contraria de maneira evidente a autonomia privada dos indivíduos, fugindo o Estado dos parâmetros aplicáveis à limitação dos direitos fundamentais, considerando que esse tipo penal teria como bem jurídico principal a ser tutelado a saúde individual do usuário.

Rosa Weber também firmou sua fundamentação com base nos preceitos do garantismo, tendo em vista a recorrência ao princípio da proporcionalidade para salvaguardar os indivíduos de uma intervenção estatal descomedida e a realização de uma hermenêutica que integra a norma com a sua realidade fática, conforme preconiza o constitucionalismo garantista evidenciado na obra de Ferrajoli.

5.8. Voto André Mendonça

Dando início ao voto, o ministro traçou o seu panorama geral sobre a questão das drogas, utilizando-se de dados e estudos científicos, que apontam os malefícios decorrentes do uso da *cannabis sativa*. Segundo conclui, os efeitos negativos da

utilização transcenderiam o usuário, impactando a coletividade e atingindo toda a sociedade.

Aduziu que a temática do enfrentamento às drogas é permeada de complexidade, não se podendo extrair soluções conclusivas, fato que exigiria cautela do Poder Judiciário, quando instado a se manifestar nesse contexto. Ademais, Mendonça afirmou que o debate acerca da legalização desta substância é permeado de controvérsias científicas, políticas e morais.

Já se afirmou durante este trabalho diversas vezes que a pauta decidida no Recurso Extraordinário 635.659 trata-se de uma questão que envolve diversos embates da sociedade. Todavia, este fato não pode ser impeditivo da atividade judicial, ganhando nesse contexto ainda mais importância a aplicação da Metodica Estruturante, para que sejam afastadas concepções meramente morais e para que se tenha uma atuação judicial o mais técnica e científica quanto possível.

Mendonça, após essa abordagem introdutória, entrou na questão constitucional propriamente dita. Asseverou seu posicionamento de que, mesmo diante das conhecidas intempéries, não caberia à Suprema Corte a reelaboração da política de drogas brasileira, atividade que seria de atribuição do Poder Legislativo. Além disso, promoveu a separação entre despenalização e descriminalização, tema também abordado diversas vezes durante esse estudo.

O ministro salientou no seu voto a importância de um exame amplo, que contemple toda a Política Nacional de Drogas, para que seja realizado o exame de constitucionalidade. Nesse sentido, nota-se a sua preocupação com a realização de uma análise âmbito da norma, atuação que se condizente com se almeja na na teoria da Metodica Estruturante.

Mendonça ponderou que a Lei 11.343/2006 foi segmentada pelo legislador em dois eixos: o primeiro que abordaria uma perspectiva de saúde humana, dedicada ao tratamento de usuários e dependentes de drogas; o segundo destinado à atuação na esfera da segurança pública, orientando o enfrentamento ao comércio e à produção para venda destas substâncias. A alegação de inconstitucionalidade, sustentou, estaria na violação da intimidade e da vida privada de quem decide autonomamente fazer uso de

drogas, bem como na ofensa ao princípio da proporcionalidade pela criminalização desta prática.

No seu ponto de vista, esse dispositivo normativo teria como finalidade a tutela da saúde, tanto a pública (dimensão coletiva) quanto a individual, além de outros bens jurídicos como: a família, os jovens, os adolescentes e toda a sociedade, afetada nos sistemas públicos de saúde e segurança. Acresceu, ainda, que estaria sendo visada a proteção de direitos fundamentais como educação, trabalho, incolumidade no trânsito, defesa da família, do adolescente e dos jovens, previdência social e assistência social, e que tal conduta alimentaria a criminalidade organizada.

Com base nessas considerações, Mendonça afastou a hipótese de inconstitucionalidade do dispositivo por violação à intimidade ou à vida privada, por entender que se estaria diante de interesses coletivos superiores, também protegidos pela Constituição, sendo hipótese de mitigação do interesse individual. No mesmo sentido, o ministro se manifestou pela inocorrência de desproporcionalidade no referido artigo, defendendo, contudo, uma a necessidade do estabelecimento de critérios objetivos de diferenciação entre usuários e traficantes.

Apesar de realizar uma análise que buscou extrapolar o texto normativo e interpretá-lo de maneira conjunta à realidade fática, os apontamentos realizados pelo ministro contrariam a lógica garantista. Isto porque pode-se perceber a prevalência de aspectos morais, os quais fizeram se sobressair a defesa de bens jurídicos que, quando muito, seriam atingidos por essa conduta apenas de maneira reflexa, em detrimento de garantias individuais fundamentais. Outrossim, conforme constatado pelo ministro relator, a descriminalização não implicaria a legalização, podendo essa conduta ser combatida por outros meios que não o penal - e daí advém a desproporcionalidade.

5.9. Voto Nunes Marques

Nunes Marques aduziu que a tese do recurso estaria inserida no plano do debate ético-filosófico e político, representado pela pauta da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, não possuindo, portanto, conjuntura que possibilitaria a verificação de uma declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Segundo afirmou, o debate sobre essa pauta não teria sido ainda finalizado pela sociedade brasileira, sendo papel do legislativo a sua tratativa. O ministro reconheceu a mudança

da política de tratamento do usuário implementada pelo legislador na Lei 11.343/2006, mas afirmou que caberia exclusivamente ao Poder Legislativo a elaboração de soluções ainda mais brandas.

Com a devida vênia, pode-se observar nos autos que a fundamentação do recurso tem como lastro o confronto entre criminalização do porte para uso pessoal e os direitos fundamentais previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, sob uma perspectiva do princípio da proporcionalidade. Portanto, as controvérsias sociais que permeiam determinados litígios não podem afastar a atuação judicial quando o pedido de apreciação indicar, para além da complexidade moral, as inconsistências jurídicas. Outrossim, o julgamento trata de uma hermenêutica constitucional da norma, e não na mera mudança de política imposta de maneira ilegítima pelo judiciário.

Além de defender a exclusão dessa temática da apreciação judicial, o ministro citou a decisão da Suprema Corte no Recurso Extraordinário 430.105QO/RJ, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, a qual ficou a natureza jurídica das medidas impostas nesta norma, afastando a hipótese de descriminalização. Segundo aponta, fixar entendimento em sentido diverso configuraria uma reorientação radical da jurisprudência da Corte, sem que houvesse alteração fática ou jurídica que justificasse essa mudança, durante os 15 anos que decorreram de uma ação para a outra.

Conforme discorrido no tópico 6.6 deste trabalho, a análise jurídica realizada nesta ocasião tem ponto de vista diferente do que se discute no Recurso Extraordinário 635.659, o que por si só já excluiria a hipótese de contradição. Ademais, conforme salientado pelo estudo elaborado pelo Ministro Alexandre de Moraes, as circunstâncias firmadas após a vigência da Lei 11.343/2006 demonstraram incoerência com as finalidades por ela estabelecidas, o que representaria uma alteração fática e jurídica.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais em pauta, Nunes Marques declarou que o direito à intimidade não teria o condão de proibir a tipificação penal pelo legislador. Salienta o caráter não absoluto deste direito e do direito à intimidade, afirmando que estaria obedecida a proporcionalidade, em decorrência da necessidade de outros bens jurídicos relevantes, como a saúde e a segurança pública, asseverando serem estes imprescindíveis para a garantia do direito à vida e à liberdade. Nesse mesmo sentido, o ministro sustentou que o uso de drogas não afetaria somente o

usuário, causando danos indiretos também aos seus familiares e à sociedade em geral e financiando o mercado do tráfico de drogas.

De fato, não há o que se falar em prevalência irrestrita do direito à privacidade e à intimidade, tendo essa mitigação já sido reconhecida em outras ocasiões pela própria Suprema Corte²⁸. Todavia, no contexto a ser analisado, com a devida vênia, contraria os próprios anseios do poder legislativo de reconhecer a vulnerabilidade dos usuários e dependentes o reconhecimento de prevalecimento da proteção de bens jurídicos afetados pelas consequências reflexas dessa conduta.

Sobre a análise do princípio da proporcionalidade, Nunes Marques destacou os três subprincípios que dele decorrem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁹. Evidenciou também as duas vertentes de aplicação da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. Utilizando como referência esse segundo aspecto, o ministro compreendeu ser proporcional a criminalização em debate, por considerar adequada e compatível com os bens jurídicos tutelados, se manifestando pelo prevalecimento da presunção de constitucionalidade.

Com a devida vênia, pode-se extrair dos preceitos estabelecidos na aludida legislação que o abrandamento, introduzido intencionalmente, evidencia a concepção do legislador de que a aplicação de medidas mais moderadas seriam suficientes para a reprovação da conduta. Desse modo, não haveria o que se falar em proteção insuficiente se foram aplicadas providências de combate ao uso.

Sobre essa percepção, Nunes Marques asseverou que a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio em concomitância com imposição de punições administrativas para o usuário seria contraditória. De acordo com seu raciocínio, se o direito à intimidade impede que o legislador crie o tipo penal, pela mesma razão ele obstaria, também, a tipificação da infração administrativa. Tal argumentação, porém, não encontra sentido quando se percebe que é justamente na imposição de medidas penais que reside a desproporcionalidade da criminalização, visto que as consequências

²⁸No tópico 4.2.1 deste trabalho foi destacada a ocorrência do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da necessidade de mitigação do direito à vida privada para a proteção de outros bens jurídicos.

²⁹Em relação a relevância desses subprincípios, foram feitas considerações no tópico 4.3 deste trabalho.

da aplicação de sanções penais, ainda que de caráter diverso das privativas de liberdade, são custosas para os indivíduos sobre as quais recaiam.

Nessa conjuntura, verifica-se que o ministro não deixou de observar em seu voto o contexto de inserção da norma, mas esta ainda demonstrou motivada em aspectos morais, diante das repercussões sociais da temática. Do mesmo modo, do ponto de vista da hermenêutica constitucional, não foi considerada a perspectiva garantista, posto que mitigada a relevância dos danos causados aos direitos fundamentais daqueles que têm que enfrentar um processo penal.

5.10. Voto Dias Toffoli

Dias Toffoli esclareceu, assim como os demais ministros, que a realização desse julgamento pelo tribunal não teria como finalidade a liberação de entorpecentes, nem tentaria realizar qualquer espécie de avanço indevido sobre as competências do Congresso Nacional. Isto porque não estaria em pauta discussão sobre a autorização do uso de cannabis ou de outras drogas, nem mesmo o consentimento com a comercialização ou o fornecimento de tais substâncias. Em verdade, nem mesmo estaria sendo avaliada a licitude da conduta de portar drogas para o consumo pessoal

O ministro, porém, inaugurou uma nova perspectiva no contexto do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659. De acordo com seu entendimento, lidar com o usuário como um “tóxico delinquente” não seria a melhor política pública de um estado social democrático e de direito. Todavia, sua fundamentação é pela constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, posto que parte do pressuposto que desde de sua publicação já poderia se verificar a descriminalização da conduta.

Sobre a política de drogas adotada no país, após fazer estimada descrição de como se deu seu andamento ao longo dos anos, o ministro refletiu sobre trechos do Projeto de Lei nº 115, de 2002, responsável por originar a lei em debate. Assim, afirmou sua percepção de que seria nítido o objetivo do legislador de afastar os efeitos criminais da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, principalmente pela exclusão da pena de prisão. Nessa lógica, seria contraditório atribuir efeitos criminais às medidas educativas impostas.

De outro modo, analisando a política de drogas punitivista aplicada após a entrada em vigor dessas disposições legais, constatou que 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 nessa área, sem que a escala do consumo fosse verificada. Citando Salo de Carvalho, declarou que a criminalização das drogas ocasionou custo social ainda maior que os próprios efeitos de seu uso.

Acerca do contexto jurisprudencial, Dias Toffoli iniciou citando a decisão sobre a natureza jurídica das medidas impostas no referido dispositivo normativo, realizada no Recurso Extraordinário nº 430.105-QO, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, a qual afastou a hipótese de descriminalização. Contudo, seu posicionamento foi pela premência de evolução no posicionamento da Suprema Corte. Segundo apontou, a despeito da finalidade do legislador de descriminalizar a conduta e retirar o usuário da esfera criminal, o direcionamento jurisprudencial contribuiu para a reinserção desses indivíduos no sistema penal.

Corroborando com essa compreensão, já foi possível verificar a alteração de entendimento em algumas ocasiões: a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do RHC nº 178.512-AgR, de relatoria do ministro Edson Fachin, reconheceu a desproporcionalidade de se considerar condenação anterior por porte ilegal de drogas para consumo pessoal para configurar maus antecedentes ou reincidência, até julgamento da presente pauta (Brasil, 2022); a Quinta e a Sexta Turmas também entenderam pela desproporcionalidade da imputação de reincidência pela prática anterior dessa conduta, no julgamento do REsp nº 1.672.654/SP, de Relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura (Brasil, 2018), e do HC nº 453.437/SP, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Brasil, 2018_a).

Dias Toffoli também promoveu a diferenciação entre despenalização, descriminalização e legalização. Em sequência ressaltou as três principais correntes de pensamento sobre o alcance promovido pelo texto normativo do art. 28 da Lei em questão³⁰. Sustenta pelo prevaletimento do entendimento de Alice Bianchini, a qual defende que foi promovido *abolitio criminis* desde a publicação da norma, representando apenas infração do direito judicial sancionador. Por isso, seria desnecessária a declaração de inconstitucionalidade.

³⁰Essas três correntes de pensamento também foram objeto de discussão na obra de Renato Brasileiro (2016), o qual teve suas compreensões examinadas no capítulo 3 deste trabalho.

Acerca dos princípios constitucionais pertinentes, o ministro acentuou três preceitos norteadores da interpretação da lei, especialmente por se tratar do âmbito penal: o princípio da dignidade da pessoa humana, asseverando a criminalização os usuários o violaria por estigmatizar esses indivíduos em detrimento do fornecimento do tratamento adequado; o princípio da proporcionalidade, apontando que a criminalização da conduta não se demonstra suficiente para os fins pretendidos, sendo contraproducente e incoerente; o direito à saúde, posto que a política pública deveria afastar a abordagem policial para que se possa aplicar de maneira eficiente o acolhimento, a atenção e o tratamento do dependente ou usuário de drogas.

Na análise da Metodica Estruturante, verifica-se que Dias Toffoli procurou de fato a concretização da norma pela integração do seu texto normativo com o plano ao qual esta se insere. Isto fica constatado pelo destaque das prescrições jurídicas pertinentes (análise do próprio texto, do projeto de lei, dos entendimentos jurisprudenciais e etc), dos elementos sistemáticos, históricos, teleológicos e a política jurídica (análise do histórico de criminalização no país, do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, da intenção do legislador e etc) e pela construção de um programa normativo a partir desses elementos.

Por fim, do ponto de vista do garantismo constitucional, apesar de não reconhecer a inconstitucionalidade pelo acolhimento da corrente que defende a descriminalização a partir do início da vigência da lei, durante a sua fundamentação, conforme pode se atestar pelos destaques feitos acima, o ministro promoveu a valorização dos direitos fundamentais em detrimento de um punitivismo prejudicial para a concretização dos fins pretendidos pela referida lei.

5.11. Voto Luiz Fux

Dando início ao seu voto, o ministro reiterou seu discurso proferido na ocasião da sua nomeação a presidente do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se tal fato pois a matéria contida nessas manifestações têm relação direta com o seu posicionamento diante do julgamento em questão. Isto porque, segundo seu entendimento, o Poder Judiciário tem sido demandado a resolver questões sobre as quais não possuiria capacidade institucional, fato motivador da exposição desse Poder, e em especial do Supremo Tribunal Federal, a um protagonismo deletério.

Conforme asseverou, Fux organizou a sua fundamentação pertinente ao Recurso Extraordinário 635.659 sob 3 enfoques: primeiro, a análise do controle de constitucionalidade de normas em situações de razoável dissenso moral e científico; segundo, a questão da autocontenção e deferência do legislador, sob a ótica do direito comparado e dos fins pretendidos pelo legislador ao elaborar a Lei 11.343/2006; terceiro, considerações acerca da liberação do consumo de drogas sem a regularização de todo o sistema.

Alinhado com o discurso proferido pelo próprio ministro, reiterado anteriormente, afirmou que o excepcional legitimidade democrática de sobreposição da interpretação da Constituição sobre os atos decorrentes da atividade dos demais poderes políticos eleitos, diante de disposições constitucionais dotadas de alto grau de abstração, deveria suscitar na Suprema Corte a busca pelo ponto de equilíbrio entre democracia e constitucionalismo. Nesse sentido, a pauta abordada nesta lide potencializaria esse embate, partindo-se do pressuposto de que ainda há amplo dissenso moral na sociedade. Acresceu, ainda, o fato de que no plano do Congresso Nacional está em pauta uma emenda à constituição que estabelece como crime a conduta do porte de drogas para consumo pessoal.

Para corroborar com seu ponto de vista, o ministro também apresentou como pressuposto a existência de dissenso científico acerca da temática do consumo de drogas, realidade que exigiria da Corte a adoção de uma postura minimalista. Dessa forma, Fux se manifesta pela inadequação do ato do Poder Judiciário que fixe quais as substâncias, assim como quais as quantidades, os cidadãos estariam autorizadas a plantar ou adquirir para consumo próprio.

Nesse contexto, observa-se que a linha de pensamento elaborada pelo ministro até leva em consideração a realidade fática da norma, extrapolando a mera interpretação do texto legal. Entretanto, a sua construção do âmbito normativo teve importante colaboração do dissenso moral que permeia a sociedade. Desta maneira, a construção do seu posicionamento aponta no sentido contrário ao dos preceitos garantistas.

Em relação ao que se poderia buscar no direito comparado, o ministro destacou as experiências realizadas em outros países, como Alemanha, Uruguai e alguns estados membros dos Estados Unidos. Conforme apontou, em todos esses países, os quais optaram por adotar uma postura liberatória em relação ao consumo de determinadas

drogas por meio de atos dos seus respectivos poderes legislativos, procurou-se realizar uma ampla regulação da cadeia de produção, distribuição, venda e consumo. Desse modo, asseverou que o reconhecimento da legalização do consumo de maconha no Brasil dependeria da sua prévia regulação pelo Poder Legislativo, normatizando integralmente toda a cadeia de interação referente.

Concluiu, assim, a que essa liberação do consumo por meio de decisão judicial representaria interferência em tema que escaparia da capacidade institucional do Poder Judiciário, diante da ausência de violação expressa da Constituição, classificando o ato como temerário por três aspectos: no âmbito do sistema de saúde pública e de vigilância sanitária, visto que o Supremo Tribunal Federal não possuiria conhecimentos técnicos suficientes para propor tais medidas; na proteção da saúde individual, posto que entende que a declaração de inconstitucionalidade não contribuiria para a regulamentação médica dos limites seguros para o consumo individual; no que se refere a segurança pública, em decorrência do seu entendimento de que a liberação da aquisição ou do cultivo de maconha propiciaria às organizações criminosas incremento no mercado consumidor, com potencial de fortalecimento financeiro da criminalidade.

Com a devida vênia, de acordo com a análise dos autos das demais fundamentações, percebe-se que o que estaria em discussão não seria a legalização, mas sim a proporcionalidade ou não do tratamento da conduta no âmbito penal, restando esta ilícita e combatida por outros meios jurídicos.

Sobre a natureza da infração contida no art. 28 da Lei 11.343/2006, Fux evidenciou o fato de que essa temática foi objeto de discussão doutrinária, diante da ausência de pena de prisão neste dispositivo. Destacou a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 430105-QO, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, a qual reconheceu a ocorrência da despenalização da conduta, em detrimento do entendimento de que teria ocorrido a descriminalização.

O ministro asseverou não restarem dúvidas acerca da intenção do legislador de manter a natureza ilícita do porte de drogas para consumo pessoal, aduzindo ser irrelevante a discussão conceitual promovida, perante reconhecida a constitucionalidade do preceito primário e do preceito secundário do art. 28 da Lei 11.343/2006, assim como da previsão de que os órgãos competentes para o processo e julgamento dessa matéria estariam inseridos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Com a devida vênia, além do grande lapso temporal entre as duas ações, suficiente para ser realizado um novo exame da matéria, o que se buscou nesse julgamento foi a análise de proporcionalidade frente aos direitos fundamentais afrontados. Dessa forma, observa-se que, devido ao exame realizado pelo ministro sob essa ótica diferente, não foram considerados os preceitos garantistas.

5.12. Voto Cármen Lúcia

A ministra introduziu sua fundamentação com a ideia de que a promulgação da Lei 11.343/2006 se incumbiu de transformar o arcabouço legal de enfrentamento às drogas no Brasil, por meio da distinção da prevenção do uso e do tratamento do usuário pelos órgãos de saúde, da repressão do tráfico pelos órgãos de segurança pública.

Por esse motivo, o novo tratamento legal teria levado parte da doutrina a defender a essa mudança legislativa teria descriminalizado formalmente a conduta do porte de drogas para consumo pessoal. Todavia, constatou que essa tese elaborada foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 430.105, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, no qual se decidiu que a natureza jurídica da modificação foi apenas de despenalização, e não de descriminalização, sendo esse entendimento reafirmado posteriormente em outros julgamentos.

Cármen Lúcia apontou que essa iniciativa do legislador de impedir a aplicação de pena privativa de liberdade por essa conduta não teve a capacidade de obstar a inserção do usuário de drogas no sistema de persecução penal, devido à atuação dos órgãos e agentes do sistema de justiça criminal, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, que deram interpretação e aplicação mais rigorosa esse dispositivo, deturpando a finalidade da Lei.

É nesse contexto que, segundo a ministra, surgiu também uma outra problemática envolvendo o dispositivo da referida Lei: a necessidade de análise da constitucionalidade dessa criminalização pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme destacou, pelo princípio da alteridade, o qual aduz que a tipificação penal de uma conduta pressupõe lesão a bem jurídica alheio, não poderia configurar fato típico a autolesão.

Portanto, a ministra aduziu que os demais tipos penais previstos na Lei n. 11.343/2006 seriam suficientes para promover a tutela da saúde pública, o que

evidenciaria a desproporcionalidade da criminalização das condutas em exame, por contrariedade aos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da intervenção mínima, em expressa afronta aos preceitos fixados na Constituição Federal.

Apesar de não estarem detalhadamente desenvolvidas parte das fases da Metodica Estruturante, nota-se que a ministra realizou a análise do âmbito da norma e dos acontecimentos materiais apontados como relevantes para o seu processo de concretização, fazendo uma separação entre o direito e a moral. Além disso, considerou a desproporcionalidade da conduta a partir da inibição da intervenção estatal desnecessária, apresentando uma conclusão em conformidade com a teoria garantista.

5.13. O critério objetivo de diferenciação entre o porte de drogas para consumo próprio e o tráfico de drogas

No decurso do estudo da formação da legislação de drogas atualmente em vigor, evidenciou-se a expressa finalidade do legislador de promover a diferenciação entre o usuário/dependente de drogas e o traficante, a fim de aplicar a cada um deles as medidas que considerou mais adequadas. Para fazer essa separação, ficou estabelecido que “o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (Brasil, 2006).

Entretanto, o procedimento adotado pelos responsáveis por conduzir o sistema de justiça penal (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) fez que se agravasse a situação dos usuários, contrariando de maneira nítida as pretensões fixadas na Lei 11.343/2006 (Brasil, 2024³¹). Sobre essa intempérie, Valente (2020, p. 69) assevera que as alternativas elaboradas pelo legislador devem ter uma capacidade mínima de aplicabilidade e exequibilidade funcional, posto que a atuação das instâncias de controle podem se dar de forma a desvirtuar e inviabilizar os princípios e declarações fixados na lei. Desse modo, refletindo sobre o que pode ser uma tentativa de perpetuar modelos estruturais construídos com base em paradigmas sociais deturpados, o referido autor expõe a ideia de que “esta desadequação [da aplicação da norma com a sua finalidade] nem sempre é inocente, podendo surgir como reação ao implemento de novos figurinos ou como tentativa de conservar esquemas que o legislador pretende ultrapassar”.

³¹ Essa problemática foi exposta pela ministra Cármen Lúcia durante o seu voto.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, ganhou ainda mais importância a discussão acerca da necessidade de impor critérios mais objetivos para possibilitar a distinção entre usuários e traficantes, de forma a retirar a elevada subjetividade da qual se utilizam os agentes das instituições que compõem o sistema judicial brasileiro, decorrente da omissão legislativa.

Edson Fachin, o segundo ministro a proferir voto neste julgamento, declarou como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que definissem o parâmetro para a diferenciação, propondo a nomeação de órgãos do Poder Executivo, pela incumbência de elaboração e execução de políticas sobre drogas, para emitir, de modo provisório, medidas substitutivas a prevalecerem até a manifestação do Poder Legislativo. Nesse mesmo sentido apontaram os posicionamentos do ministro Dias Toffoli.

O ministro André Mendonça, reconhecendo a seletividade do sistema a partir de preconceitos e estigmas, constatou as nefastas consequências da ausência de critérios objetivos. Entretanto, também não chegou a fixar um *quantum*, aduzindo que estaria em curso um processo de inconstitucionalidade por omissão em andamento, a recomendar a atuação do Poder Legislativo.

Luís Roberto Barroso concluiu que a análise do Supremo Tribunal Federal deveria se dar em duas instâncias: a primeira, a decisão acerca da forma de tratamento do porte de maconha para uso pessoal, se como crime ou como um ilícito administrativo; a segunda, a definição de um critério objetivo para auxiliar a autoridade policial e os operadores do sistema de justiça na distinção entre usuário e traficante, estabelecendo uma quantidade máxima que, em regra, se caracterize a posse para consumo pessoal.

Em destaque, Barroso, foi o primeiro a suscitar a fixação de um critério quantitativo pela Suprema Corte. Com suporte em dados divulgados por diversas instituições, como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, concluiu que ausência desses critérios produziria impacto discriminatório em determinada parcela da sociedade, quais sejam aquelas que já são socialmente vulneráveis.

Mas, foi por meio de uma nota técnica do Instituto Igarapé que o ministro encontrou embasamento para a definição de um *quantum*. Essa instituição elaborou diagnóstico com a participação de profissionais de diferentes áreas, como juristas, economistas, médicos e psicanalistas (Instituto Igarapé, 2015). A nota vislumbrou a possibilidade de fixação de três diferentes valores como limites a presumir o consumo: 25 gramas, 40 gramas e 100 gramas. A conclusão foi de que, para a realidade brasileira (considerando fatores como padrão de uso brasileiro), a quantidade ideal para presumir o consumo estaria entre 40 e 100 gramas, posto que a quantia de 25 gramas não se demonstraria suficiente para mitigar as problemáticas da aplicação da Lei 11.343/2006 (Instituto Igarapé, 2015, p. 3).

Em contrapartida, Barroso fixou inicialmente como referência a quantidade de 25 gramas ou de 6 plantas fêmeas para se presumir o status de usuário. Contrariando o estudo supracitado, esse valor esteve abaixo do que se apontou como ideal, sob a prerrogativa de se buscar um consenso dentro da Suprema Corte. Com a devida vênia, apesar de destacar-se a ideia de elaborar um critério a partir da realidade nacional, essa sugestão inicial se verificou aquém do necessário para contexto fático.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes se destacou, posto que também apresentou um estudo detalhado, desenvolvido com a Associação Brasileira de Jurimetria, analisando os critérios já adotados pelas autoridades nas prisões em flagrante por tráfico de entorpecentes e as apreensões por porte para uso pessoal no Estado de São Paulo entre 2010 e 2017.

A primeira inferência a ser realizada desse estudo foi de que a tipificação, realizada no momento do flagrante pela autoridade policial, como tráfico de drogas apresenta variação a depender da localidade da região do estado de São Paulo, variando também de acordo com a região dentro do próprio estado. De maneira concreta, no universo estudado de mais de dois milhões de ocorrências, o valor médio aplicado na capital para configuração do tráfico foi de 51 gramas de maconha, ao passo que no interior esse valor foi de 32 gramas. Nas delegacias da capital, constatou-se a variação entre 20 a 50 gramas.

Ressalta-se que, conforme afirmou Alexandre de Moraes, no mundo todo, é intensa a discussão acerca da necessidade de se chegar a um meio-termo desta quantidade para que: não se enquadre usuários como traficantes, corroborando com a

condenação injusta de cidadãos; e nem se enquadre traficantes como usuários, o que geraria a ocorrência de impunidades.

No contexto brasileiro, por meio da análise do estudo, percebe-se que, na maioria das vezes, a quantidade de droga é o único critério para tipificar a conduta do indivíduo como traficante ou usuário. De modo mais grave, percebeu-se na prática a grande diferença da quantidade a configurar tráfico, a depender de fatores como: regiões do estado em que efetuada a prisão e características dos indivíduos, como grau de escolaridade, idade e cor da pele.

Alexandre de Moraes, então, após fazer relevante exame da perspectiva brasileira, analisando um “meio-termo” que melhor se enquadrasse no contexto pátrio, propôs a fixação do critério já adotado para homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, qual seja a quantidade de 60 gramas ou seis plantas fêmeas, como presunção relativa de distinção.

A ministra Cármen Lúcia, seguindo essa mesma corrente, se manifestou pela legitimidade do Supremo Tribunal Federal para fixar parâmetros objetivos ou determinar a aplicação de norma existente, até que o legislador supra omissão inconstitucional, sem que isso configure usurpação de competência específica do Poder Legislativo. Corroborando com essa ideia, a ministra cita jurisprudência da próprio Suprema Corte (Brasil, 2019, grifo nosso):

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

[...]

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) **aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação** prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Em sentido diametralmente oposto, Nunes Marques afirmou em seu voto que não haveria omissão legislativa que reclamasse a intervenção do Judiciário. Assim, segundo ele, poderia haver, na pior das hipóteses, uma solução controversa, que pode

não ser a melhor na avaliação subjetiva do intérprete e aplicador da lei, mas que está dentro do campo de competência e discricionariedade do legislador, representando uma resposta compatível com a Constituição.

Com percepção semelhante, mas sob uma outra fundamentação, Luiz Fux considerou que o Poder Judiciário não possuiria capacidade institucional para fixar um parâmetro quantitativo objetivo, cabendo ao Poder Legislativo promover referida delimitação, importando em invasão de competência a atuação da Suprema Corte nesse sentido.

Por fim, após finalizadas as ponderações realizadas pelos ministros, ficando vencidos apenas os ministros Flávio Dino e Luiz Fux, concluiu-se pela adoção do seguinte critério quantitativo (Brasil, 2024, p. 7):

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.

Restaram vencidos na questão os ministros Flávio Dino e Luiz Fux.

Inicialmente, sobre o critério adotado, convém tecer considerações acerca da relatividade da presunção. Trata-se de um mecanismo para que a autoridade aplicadora possa eventualmente corrigir distorções que possam surgir no caso concreto. Desse modo, para evitar o aumento de impunidade ou um punitivismo desequilibrado, as demais circunstâncias da realidade fática podem afastar a quantia fixada.

Sobre a fixação de 40 gramas como parâmetro pelo Supremo Tribunal Federal, parece ser razoável a escolha por esse valor, considerando as medidas adotadas em diversos países e, principalmente, levando em conta os estudos apresentados, em destaque para o realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria, posto que nestes foi sopesada a realidade brasileira. Assim, a decisão da Suprema Corte apontou para correção da desigualdade criada na prática pelo sistema judicial brasileiro, aplicando um valor que levasse em conta o que já se observava na prática no país e em outras nações.

Embora se apresente como resolução jurisprudencial significativa para a segurança jurídica dos cidadãos, essa decisão do STF não esteve imune aos mais

controversos entendimentos, inclusive de outros poderes³². Isso porque, conforme se apresenta por vezes característico, a atuação jurisdicional pode se dar de maneira contramajoritária. Dessa maneira, apenas a atuação legislativa, de maneira a corrigir sua própria omissão, se utilizando das alternativas que lhe são próprias dentro de um democracia, poderia solucionar a temática de modo a suscitar menos discordância.

³²Tal fato pode ser observado, por exemplo, pelo anúncio da criação de uma comissão especial para avaliar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que criminaliza a posse e o porte de qualquer quantidade de drogas ilícitas no país, realizado pelo presidente da Câmara dos Deputados horas após a formação de maioria pela Suprema Corte (BBC News Brasil, 2024).

6. CONCLUSÃO

Do estudo das circunstâncias que permeiam o Recurso Extraordinário 635.659, realizado no presente trabalho, podem ser evidenciadas importantes considerações. Por meio da elaboração da progressão histórica das legislações sobre drogas do Brasil, observa-se, inicialmente, a influência de paradigmas sociais que atribuem a determinadas substâncias uma valoração moral discriminatória. Além disso, percebe-se a interferência de políticas aplicadas em outros países, fato que fez que as normas nacionais ignorassem o contexto brasileiro em diversos momentos. Do mesmo modo, vislumbra-se a alternância entre modelos sanitários e repressivos ao longo da história.

A Lei 11.343/2006, como se pode apreender, apesar de ter surgido como uma alternativa para solucionar boa parte dessas problemáticas, não teve a força necessária para atingir suas finalidades, devido a um processo legislativo eivado de controvérsias, à ausência de critérios objetivos no texto normativo final e à atuação posterior dos agentes que regem o sistema judicial. Dessa forma, se demonstrou de relevante valor a atuação do Supremo Tribunal Federal diante do exame de constitucionalidade do Art. 28 da referida Lei.

Durante o julgamento do recurso, conforme exposto, a Suprema Corte se posicionou pela incompatibilidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal frente aos princípios da liberdade, da vida privada, da intimidade e da proporcionalidade. Para realizar a conclusão salientada, se demonstrou de grande relevância, em boa parte dos votos, a observância dos preceitos contidos na Teoria Garantista, o que contribuiu para o prevalecimento de uma tese que assegura os direitos e garantias individuais, em detrimento de um controle estatal mais incisivo. Além disso, a presença de atuações em comunhão com a Metodica Estruturante corroborou com a elaboração de uma fundamentação que afastasse uma desfavorável influência em moral que se sobrepusesse ao princípio da legalidade e com respeito à realidade fática à qual está inserida a norma impugnada.

Entretanto, ressalva-se, em determinadas considerações ainda se observou a interferência de argumentações eminentemente morais, as quais prevalecerão sobre razões jurídicas. No mesmo sentido, na análise de alguns dos ministros, as ponderações acerca dos princípios em questão ficaram em segundo plano, o que prejudicou o principal exame a ser realizado no caso em destaque.

Em relação ao critério relativo fixado, não se pode deixar de reconhecer a relevância da decisão no caminho de se alcançar uma maior segurança jurídica no que concerne à temática. Conforme se constatou, a realidade decorrente aplicação do texto legal corroborava com a manutenção de um modelo punitivista que, além de ineficaz, perpetuava o prevailecimento de atuações discriminatórias. Dessa forma, se demonstrou relevante a elaboração de um parâmetro que considerasse a realidade brasileira, com o objetivo de mitigar essas distorções que submetiam milhares de indivíduos ao sistema penal brasileiro, não oferecendo medidas adequadas e piorando a sua situação fática.

Por fim, aduz-se, somente por meio da correção da problemática em sua origem é que se pode vislumbrar a solução da intempérie. Se foi por meio de um processo legislativo contraditório e, por vezes, omissivo que se chegou ao contexto que suscitou atuação do Supremo Tribunal Federal, salienta-se que somente por meio da elaboração de uma norma que considere as circunstâncias sociais, políticas e jurídicas brasileiras é que se pode esperar uma resolução mais eficiente das controvérsias apresentadas.

REFERÊNCIAS

- ALTINO, Lucas. **Do Império às regras atuais: veja a linha do tempo das legislações que proibiram o uso da maconha no Brasil**. O Globo, Rio de Janeiro, 7 mar. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2024/03/07/do-imperio-as-regrais-atuais-veja-a-linha-do-tempo-das-legislacoes-que-proibiram-o-uso-da-maconha-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 29 maio 2025.
- ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. **Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais**. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018.
- BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system)**. *RJLB*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 1627-1634, 2019.
- BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In.: Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- BBC NEWS BRASIL. **Os planos do Congresso para anular decisão do STF na descriminalização da maconha**. 20 jun. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c066k1315g2o>. Acesso em: 02 jul. 2025.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Moraes. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas comentada**. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – volume 1 – parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.
- BOITEUX, Luciana (Coord.). **Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas**. Revista Jurídica, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1–29, jun./set. 2009. Publicação quadrimestral da Presidência da República. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/197/186/0>. Acesso em: 17 jun. 2025.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.134, de 2002_b**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e condições para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. [S. l.], 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=83318. Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.134, de 2002_c**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e condições para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Autoria: Comissão Mista. [S. l.], 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197242. Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. **Consolidação das Leis Penais**. Rio de Janeiro, 14 dez. 1932. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>. Acesso em: 23 maio 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940_b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Exposição de Motivos do Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940_a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf>. Acesso em: 29 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 2.861, de 8 de julho de 1914**. Aprova o regulamento para execução da Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia em 1912. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1914. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2861-8-julho-1914-575437-publicacaooriginal-98630-pl.html>. Acesso em: 22 maio 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Dispõe sobre a fiscalização de entorpecentes e medicamentos. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 dez. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 3 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851**. Coleção de Leis do Império do Brasil, Rio de Janeiro, p. 233, 1851. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>. Acesso em: 22 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de out. 1851**. Código Criminal do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1851. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 23 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 19 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Mensagem de veto nº 25, de 2002_a**. [Veto parcial ao Projeto de Lei que originou a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002]. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 453.437/SP**. *Habeas Corpus*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Processo n. 2018/0135290-0. Quinta Turma, julgado em 4 out. 2018_a. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 15 out. 2018, p. 202. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22453437%22%29+ou+%28HC+adj+%22453437%22%29.suce.&O=JT>. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 539**. A simples omissão de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) não configura, por si só, o crime de falsificação de documento público (art. 297, § 4º, do CP). 15 mai. 2014. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/669>. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.672.654/SP**. *Recurso Especial*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma, julgado em 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 30 ago. 2018. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1742857&tipo=0&nreg=201701226657&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180830&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 23 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 dez. 2020. Publicado em 7 abr. 2021. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>. Acesso em: 12 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102.940**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, julgado em 15 fev. 2011, publicado em 6 abr. 2011. Ementa: Penal. Habeas corpus. Art. 28 da Lei 11.343/2006. Porte ilegal de substância entorpecente. Extinção da punibilidade. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. Ínfima quantidade. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Periculosidade social da ação. Existência. Crime de perigo abstrato ou presumido. Precedentes. Writ prejudicado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur190391/false>. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.684**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 21 out. 2010, publicado em 13 abr. 2011. Ementa: Habeas corpus. Crime militar. Conscrito ou recruta do Exército Brasileiro. Posse de ínfima quantidade de substância entorpecente em recinto sob administração castrense. Inaplicabilidade do postulado da insignificância penal. Incidência da Lei Civil nº 11.343/2006. Impossibilidade. Resolução do caso pelo critério da especialidade da legislação penal castrense. Ordem denegada. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur190935/false>. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 110.475**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, julgado em 14 fev. 2012, publicado em 15 mar. 2012. Ementa: Penal. Habeas corpus. Artigo 28 da Lei 11.343/2006. Porte ilegal de substância entorpecente. Ínfima quantidade. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Writ concedido. [...] 3. Ordem concedida. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur205949/false>. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.759**. Relator: Ministro Menezes Direito. Primeira Turma, julgado em 9 out. 2007, publicado em 30 nov. 2007. Ementa: Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90317/false>. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.412-0/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 19 out. 2004, publicado em 20 out. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 4.733**. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 13 jun. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 set. 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 27 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 13 fev. 2007, publicado em 27 abr. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90996/false>. Acesso em: 4 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 26 jun. 2024, publicado em 27 set. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 26 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 71.525/SP**. Relator: Ministro Antonio Neder. Segunda Turma, julgado em 27 set. 1971, publicado em 12 nov. 1971. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142776/false>. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 178.512 AgR/SP. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. Relator: Ministro Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 22 de março de 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 jun. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345267162&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2025.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: volume 1 - parte geral: arts. 1º a 120**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC, 1996.

CASTILHO, Ricardo. **A liberdade como fundamento dos direitos humanos** [recurso eletrônico]. São Paulo: Expressa, 2021.

CORDEIRO JÚNIOR, Silvio Luis. **A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e a afronta aos direitos fundamentais da personalidade**. 2023. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Cesumar, Maringá, 2023. Orientador: Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 - v. 1**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Coleção Direito Penal).

EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION (EMCDDA). **The state of the drugs problem in Europe**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. Disponível em: www.emcdda.europa.eu. Acesso em: 17 jun. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Tradução de André Karam Trindade. [S.l.: s.n.], [2012].

FONTOURA, João Fábio Silva da et al. **Hermenêutica constitucional e pós-positivismo: notas sobre a metódica estruturante e sobre a técnica da ponderação**. In: ANAIS DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Joinville, SC. Joinville: ABDConst, 2010. p. 310–335.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de drogas comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade** [livro eletrônico]. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016. 5,5 MB. ePUB.

IGARAPÉ INSTITUTO. **Nota técnica: critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil**. Rio de Janeiro, ago. 2015. Disponível em: <https://igarape.org.br/criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-traficantes-de-drogas-cenarios-para-o-brasil/>. Acesso em: 02 jun. 2025.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri, SP: Manole, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991

MATOS, Bruna Portela. **Política criminal de guerra às drogas no brasil: uma análise a partir da criminologia crítica**. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2023. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/25019>. Acesso em: 22 maio 2025.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; FREITAS, Matheus Pimenta de (Coord.). **Constituição, direito penal e novas tecnologias**. São Paulo: Almedina, 2023.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MUSEU DO UNIVERSO DA FARMÁCIA. **Convenção Internacional do Ópio**. [S. l.], [202-]. Disponível em: <https://museoudouniversodafarmacia.com.br/acervo/linha-do-tempo/convencao-internacional-do-opio/>. Acesso em: 22 maio 2025.

NEVES, Isadora Ferreira; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da**

política no Brasil. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. Disponível em:

<https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=dazU5tUAAAAJ&citation_for_view=dazU5tUAAAAJ:d1gkVwhDpl0C>. Acesso em: 7 jun. 2025.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989.

NOTTINGHAM, Andréa De Boni; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. **Uma análise hermenêutico-garantista das razões de decidir do Supremo Tribunal Federal na aplicação do art. 28 da Lei de Drogas.**

Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 191–213, set./dez. 2017.

Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3068/2797>.

Acesso em: 6 jun. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado.** *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 1, jan./mar. 1992. Publicado simultaneamente em: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 1, p. 184-205, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROSA, O. P. **Drogas e a Governabilidade neoliberal: uma genealogia da redução de danos**. Editora: Insular. Florianópolis, 2014.

ROSMARIN, Ari; EASTWOOD, Niamh. **A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Policies in Practice Across the Globe**. London: Release, 2012.

Disponível em:

<https://www.opensocietyfoundations.org/publications/quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies-practice-across-globe>. Acesso em: 17 jun. 2025.

ROXIN, Claus et al. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal**. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUZA, R. L. **O uso de drogas e tabaco em ritos religiosos e na sociedade brasileira: uma análise comparativa**. 2004. 18 f. . Saeculum - Revista de História. n.11, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2004. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/srh/article/view/11301>. Acesso em: 22 maio 2025.

SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. **Leis penais especiais anotadas**. Coordenador: Wilson Lavoretti. 11. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2010.

TRAD FILHO, Fábio Ricardo. **A política criminal da guerra às drogas e a seletividade penal no Brasil**. Campo Grande, MS: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/8ty3b>. Acesso em: 22 maio 2025.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.], [202-]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 maio 2025.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente. **Consumo de Drogas**. Coimbra: Almedina, 2020.