

O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de descriminalização da maconha no Brasil

The principle of proportionality and the possibility of marijuana decriminalizing in Brazil

PAULO HENRIQUE RAUSIS NASCIMENTO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: paulohrn@unipam.edu.br

GABRIEL GOMES CANÊDO VIEIRA DE MAGALHÃES

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: gabrielgcvn@unipam.edu.br

Resumo: De acordo com a Constituição Federal de 1988, a liberdade é um direito fundamental do indivíduo. Porém, no que diz respeito ao uso da *Cannabis*, para fins medicinais ou recreativos, o meio jurídico, a sociedade e a doutrina sempre encararam o tema com receio, tendo como justificativa o maior interesse coletivo. Logo, utilizando-se de pesquisa teórica e documental, foi questionada a possibilidade da descriminalização da *Cannabis* no Brasil, levando em conta principalmente os requisitos encontrados no princípio da proporcionalidade. Assim será possível compreender em que medida a política de descriminalização do uso de *Cannabis* está em consonância com o princípio da proporcionalidade. Além de entender qual é o melhor método de enfrentamento da questão.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. *Cannabis*. Descriminalização. Inconstitucionalidade. Menor ofensividade social.

Abstract: According to the Federal Constitution of 1988, freedom is a fundamental right of the individual. However, with regard to the use of *Cannabis*, for medicinal or recreational purposes, the legal environment, society and doctrine have always faced the issue with fear, having as justification the greater collective interest. Therefore, using theoretical research, conceived through the deductive and documental method, the possibility of decriminalizing *Cannabis* in Brazil was questioned, mainly taking into account the requirements found in the principle of proportionality. How will it be possible to understand to what extent the policy of decriminalizing the use of *Cannabis* is in line with the principle of proportionality. In addition to understanding the best method for dealing with the issue.

Keywords: Principle of proportionality. *Cannabis*. Decriminalization. Unconstitutionality. Low-level offenses.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na maior parte da história, a *cannabis* fez parte de um processo que envolve preconceito, pré-julgamentos e muitas discussões. No Brasil, a maconha foi introduzida

por escravos angolanos em 1549, que a cultivavam entre as plantações de cana-de-açúcar (COURTWRIGHT, 2002). Dessa forma, a planta rapidamente passou a ser utilizada pelos índios e mestiços para os mais diversos fins – medicinais, recreativos e revigorantes. Chegou até a ser recomendada por médicos, no fim do século XIX, para o tratamento de bronquite, asma e insônia.

Posteriormente, em um momento em que já era considerada ilícita, a *cannabis* foi incorporada à cultura *hippie*, resultando assim em uma grande exposição e despertando o interesse de jovens e intelectuais durante a década de 1950. Conseqüentemente, muito influenciado pelos Estados Unidos da América, em 1930, o Brasil começou a reprimir o uso e o consumo da maconha, que foi à época associada à população negra, historicamente marginalizada.

A condição jurídica da *cannabis* no Brasil configura um esforço para a sua proibição, com uma forte intervenção militar e penal do Estado para definir e reduzir o comércio, o uso e o consumo.

Percebe-se, portanto, que a proscrição da maconha repercute diretamente na esfera da liberdade individual, em nome do interesse coletivo. Logo, levando em consideração que, nos últimos anos, países como Estados Unidos, Uruguai e Holanda mudaram suas legislações para autorizar o consumo de maconha tanto para fins recreativos quanto medicinais, faz-se necessário que se submeta a proibição da *cannabis* ao crivo da proporcionalidade, para aferir a sua constitucionalidade, em uma ponderação de valores fundamentais.

Para alcançar os objetivos propostos na presente investigação científica, escolheu-se a pesquisa teórica, levando como norte materiais já publicados, como obras jurídicas nacionais e internacionais constantes de livros principalmente obras que abordam o assunto, periódicos e materiais disponibilizados na internet que discutem a temática traçada neste projeto de pesquisa.

Outrossim, a pesquisa também será documental, uma vez que serão utilizados e analisados julgados atinentes ao assunto, com enfoque nos disponibilizados pelos tribunais superiores, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, além do estudo do direito equiparado, ou seja, decisões relacionadas ao tema da pesquisa na ordem jurídica de outros países.

Desse modo, para uma certa compreensão do princípio da proporcionalidade, é fundamental que se contextualizem a evolução histórica e o seu desenvolvimento no meio jurídico, passando ainda pelo controle da atividade administrativa dos Estados até a sua dogmatização atual.

Como o objetivo desta pesquisa é analisar a proporcionalidade de uma norma penal, é importante também destacar as manifestações do princípio da proporcionalidade quando ao seu crivo se submete uma norma incriminadora. Para tanto, deve-se ponderar o conflito entre o interesse individual, no campo da liberdade, e os interesses coletivos, no âmbito da tutela eficaz de seus direitos.

Logo, deve ser feita uma ponderação através dos subprincípios que dão forma e conteúdo ao princípio da proporcionalidade, de modo que uma norma só poderá ser considerada proporcional se mostrar-se: adequada, por cumprir a finalidade pretendida; necessária, quando não há um meio menos gravoso para obter o fim almejado; proporcional em sentido estrito, na hipótese da sanção imposta ao indivíduo ser

equivalente ao dano que se pretendeu prevenir; socialmente menos ofensiva, em razão de a medida trazer consequências à coletividade menos gravosas do que os males que se propôs evitar.

Por outro lado, ao analisar a possibilidade da legalização da *cannabis*, através da análise da proporcionalidade da norma que a proíbe, é preciso atentar-se ao caráter da proibição de proteção insuficiente. Sobre esse aspecto, o Estado, para obtenção dos seus fins, não pode agir de modo insuficiente, devendo criar medidas necessárias e suficientes para, ao menos, responder à eficácia mínima de cada direito fundamental, ele individual ou coletivo.

Nesse sentido, estabelece-se o cerne da pesquisa ora proposta que, no âmbito do direito constitucional, sobretudo na sua justaposição penal, sem deixar de lado o viés criminológico, econômico e social, analisará de que forma e em que medida a política de descriminalização da maconha está em consonância com o princípio da proporcionalidade.

2 A CANNABIS

A *Cannabis* é uma planta milenar, natural da região central da Ásia e do norte da China, onde até hoje crescem em seu estado selvagem. Esteve presente na civilização egípcia e assíria e, segundo Alain Labrousse (2011), é utilizada pelo homem há mais de seis mil anos para diversos fins – um cultivo valioso, multiuso, que propiciava a produção de um poderoso fármaco e também óleo de cozinha, forragem e fibras de cânhamo, matéria-prima de cordas, redes de pescas e roupas.

Ainda no continente asiático, a *Cannabis* foi integrada aos rituais do hinduísmo e do budismo, durante a sua fase de difusão pela região. Já nos séculos I e II, o cânhamo era amplamente usado pelos romanos na produção das cordas de seus navios. A partir do século VII, com a expansão do islamismo, a planta começou a ser utilizada na cultura mulçumana. Dessa forma, devido ao caráter de mercadores do povo mulçumano, a *Cannabis* passa a ser introduzida em todo o Oriente Médio. Em seguida, no século XI, a levaram para a África Subsaariana e Marrocos.

Por outro lado, quando a planta chegou à Europa Ocidental, devido à sua associação com outras religiões, foi condenada e marginalizada pela Igreja Católica, em contraste a outras substâncias aceitas pela religião, como o vinho e a cerveja.

No que pese a intolerância da Igreja, tem-se que o fato não representou prejuízo na expansão da *Cannabis* no continente europeu, nem impediu de ser utilizada para outros fins. A história registra, por conseguinte, a popularização da utilização das fibras do cânhamo em embarcações, chegando a planta ser utilizada também nas expedições de Napoleão Bonaparte, no século XVIII, o que contribuiu para a popularização da planta entre médicos e escritores. Nesse mesmo período, a *Cannabis* chega à Espanha e à Inglaterra, que, por serem grandes conquistadores de colônias, começam a cultivá-la nas terras de seus respectivos reinos. Dessa maneira, ela foi introduzida na Jamaica, onde passou a ser utilizada pelos negros para fins ritualísticos e recreativos.

No Brasil, embora todos os navios da expedição de Pedro Álvares Cabral utilizassem o cânhamo em suas composições, a *Cannabis* como planta foi introduzida no Brasil por escravos angolanos em 1549. Razão pela qual a planta era inicialmente

conhecida como “fumo de Angola” ou pelos nomes africanos djamba, liamba e pango. Nesse ponto, devido a uma mudança na ordem das letras da palavra “cânhamo”, a *Cannabis* começa a ser chamada, pelos angolanos, também como maconha.

Nesse contexto, a maconha era cultivada entre as plantações de cana de açúcar com a permissão dos “senhores” proprietários de escravos. Com o passar do tempo, a planta se popularizou, passando a ser utilizada por índios e mestiços, para fins medicinais e recreativos e para a confecção de cordas e roupas.

Na América do Norte, a *Cannabis* foi introduzida por jamaicanos; os camponeses lhe atribuíram o nome de *marijuana*. Em seguida, a planta cruzou a fronteira e se instalou nos Estados Unidos da América no começo do século XX, trazida por imigrantes daquele país e marinheiros do Caribe (Labrousse, 2011).

Na potência norte-americana, o hábito de fumar maconha rapidamente se espalhou. A cultura do cigarro facilitou a sua propagação, contanto inclusive com uma forte oferta doméstica do fumo. Posteriormente, quando já era considerada ilícita, a *Cannabis* foi associada ao movimento *hippie*, proveniente do movimento *beat*, que envolvia muitos intelectuais na década de 1950.

Percebe-se que, com a grande influencia dos *hippies*, o interesse dos jovens pela maconha aumentou significativamente, como forma de protesto cultural, contra as guerras do século XX, ao materialismo suburbano e à segregação. Dessa maneira, a *cannabis* passou a ser enxergada como um símbolo de rebelião popular, no Brasil e no mundo.

A aceitação da maconha era gigantesca, que rapidamente se tornou um fenômeno mundial. Hoje em dia, os canabinoides apresentam três formas diferentes de psicotrópicos: a maconha, o haxixe e o óleo de haxixe. A maconha é extraída das folhas e flores secas da *cannabis*, tendo uma concentração de THC que varia de 0,5% a 5%. O haxixe se obtém da resina extraída das flores da planta, possuindo de 10% a 20% de THC. Já o óleo, é extraído da destilação da *cannabis* e pode chegar até 85% de concentração de THC.

De acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas da UNODC, em 2018 mais de 192 milhões de pessoas fizeram o uso de maconha no mundo. Atualmente, a *Cannabis* é a substância ilícita mais consumida no planeta e continua sendo a principal droga que coloca as pessoas em contato com o sistema de justiça criminal, sendo responsável por mais da metade dos casos de infrações à lei de drogas, com base em dados de 69 países, no período de 2014 a 2018.

Entretanto, é importante ressaltar que a maconha não necessariamente apresenta os mesmos riscos de outras determinadas drogas, como à cocaína e os derivados do ópio. Como exemplificou uma pesquisa desenvolvida pela USP em 2006, que constatou que é um psicoativo suave e que não gera dependência física. (HONÓRIO, ARROIO; SILVA, 2006).

2.1 BREVE ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA PROIBIÇÃO DO CONSUMO DE CANNABIS

A *Cannabis*, que hoje é considerada uma substância proibida, ganhou esse status paulatinamente. Para a venda de um simples cigarro de maconha se transformar em uma

relação comercial de caráter punitivo maior do que relativo à venda de um copo de nitroglicerina, foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesses políticos e, principalmente, falta de discernimento oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos.

O mantra que existe nos tratados internacionais que versam sobre drogas, incluindo a *Cannabis*, estabelecem que a proscrição existe para salvaguardar a saúde pública e a moral da humanidade, induzindo, conseqüentemente, a maior parte das legislações a adotarem o bem jurídico tutelado nesses crimes como sendo a saúde pública.

No Brasil, seguindo os parâmetros dos tratados internacionais, optou-se por considerar o comércio de drogas como violadores da saúde pública. Originariamente no Capítulo III (Dos crimes contra a saúde pública), do Título VIII (Dos crimes contra a incolumidade pública), do Código Penal, os crimes relacionados às drogas passaram para a legislação especial sem maiores problemas ou críticas, continuando com a tradição de serem condutas que ameaçam a saúde pública.

Sobre esse aspecto, Luís Carlos Valois (2016, p. 435) critica:

Com tudo isso, o bem jurídico tido como tutelado nos crimes de tráfico de drogas está distante de criar um limite no jus puniendi estatal, servindo mais como escárnio contra a população pobre, únicos punidos pelo sistema, do que como verdadeiro balizador da atividade punitiva.

A Constituição Federal, no artigo 5º, XLIII, considera “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Logo, percebe-se o rigor do legislador ao equipar a venda de drogas com a tortura e o terrorismo.

O legislador constituinte optou por agir de acordo com o senso comum e na concepção de quem vende ou consome drogas é um indivíduo violento, sem qualquer questionamento sobre a proibição nem sobre o agravamento da violência que ela provoca. Fato que se percebe no pronunciamento do deputado Farabulini Júnior, deputado federal constituinte, que consta dos Anais da Assembléia Constituinte de 1987:

Examinado a redação final do Anteprojeto de norma constitucional, fiquei a refletir sobre a parte que se refere à produção e ao tráfico de tóxicos, que segundo o relatório, constitui crime inafiançável. Perfeito, Sr. Presidente. Na verdade, a Nação está precisando moralizar os seus costumes, punir rigorosamente os criminosos violentos, que praticam atos libidinosos, que praticam o contrabando, o tráfico de tóxicos, que desagregam as famílias brasileiras, tudo isso tem de ser coibido. (BRASIL, 1987, p. 101).

Assim, o consumo da *Cannabis* foi considerado imoral, comparado a atos libidinosos e violentos, como se a comercialização da planta não se desse de forma voluntária e a oferta não estivesse ligada à demanda.

Em 2019, de acordo com um Estudo da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 50% dos encarcerados em razão da Lei de Drogas foram presos por estar na posse de menos de 100 g de maconha, fato que ajuda a superlotar o já sucateado sistema penitenciário, provocando, na maioria dos casos, rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Dessa maneira, explica Luís Carlos Valois (2016, p. 517):

A guerra às drogas desvirtua a própria noção de Judiciário como órgão destinado a dirimir conflitos. O crime deveria ser algo esporádico em uma sociedade, como todo e qualquer litígio, a fim de que o judiciário fosse chamado para solucionar aquele conflito específico, aquela lide, e não ser naturalizado com a tipificação de uma conduta comum em todas as sociedades, da pré-história aos dias atuais.

Em outras palavras, justificar a proscrição da *Cannabis* na proteção da saúde pública se mostra uma grande hipocrisia. Isso porque a própria saúde pública é abandonada pelo Estado, seja em hospitais, seja em áreas periféricas, além da sanção para quem conspira contra este bem, o consumidor e o vendedor da maconha, ser o encarceramento em presídios insalubres, onde é sabido que também existem drogas.

No Brasil e também no cenário internacional, a guerra de proibição da maconha traduz uma campanha de intervenção política e militar empreendida pelos Estados Unidos da América. Logo, após ganhar apoio de outros países pelo globo e dominados por um sentimento moral que existia na sociedade norte-americana, definiu-se o claro objetivo de reduzir o comércio de *Cannabis*, embora os resultados dessa luta sejam percebidos no mundo inteiro.

Desde o século XX, mesmo com alternâncias no governo, os estadunidenses sempre estiveram no comando das questões sobre as drogas. Dessa maneira, na Conferência de Genebra de 1931, conseguiram, com poucas exceções, um compromisso dos Estados participantes de tomarem as providências contra a disseminação do vício.

Nessa conjuntura, em 1937, foi aprovada a *Marihuana Tax Act*, dificultando qualquer atividade comercial ou medicinal remunerada do cânhamo. Prevendo, ainda, multa de dois mil dólares e prisão de 5 anos para qualquer violação à regulamentação. Percebe-se, porém, que os objetivos da legislação eram outros, sendo a proteção das grandes indústrias o principal, uma vez que o cânhamo havia se tornado uma alternativa mais barata e mais viável para a produção têxtil.

Por outro lado, isso não era suficiente para que a narrativa da proibição do consumo da *Cannabis* fosse eficiente; era preciso também uma base social. Logo, nos EUA dos anos 1930, a maconha era associada a grupos marginalizados, como os trabalhadores e imigrantes mexicanos. No Brasil, esse aspecto foi atribuído principalmente aos negros, fato perceptível desde as primeiras tentativas de criminalizar o consumo de *Cannabis*, bem antes da campanha norte-americana.

Ainda nos tempos do império, mais precisamente em outubro de 1830, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro promulgou a Lei de Posturas. Em seu artigo sétimo, lia-se:

É proibida a venda e o uso de pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas que dele usarem, em dias de cadeia.

Nota-se, dessa maneira, que a maconha foi criminalizada no Brasil bem antes de ser considerada uma droga, pois na época a planta era consumida principalmente por negros escravizados. Esse caráter racista reflete e provoca consequências até hoje, pois o sucesso da guerra contra a *Cannabis* foi justamente atribuir ao consciente coletivo que há um grupo social mais propenso à criminalidade.

Recentemente, a Holanda, em decisão pioneira, descriminalizou o uso da *Cannabis* e, logo após, outros países adotaram o mesmo modelo, como Espanha, Itália, Portugal e Uruguai, neste o uso foi legalizado. Nos Estados Unidos, um dos maiores entusiastas da guerra conta a maconha, em um terço dos Estados a planta é legal para maiores de 21 anos.

Entretanto, no Brasil, o uso da *Cannabis* ainda é considerado ilegal e tipificado como crime, conforme os termos da Lei n. 11.343 de 2006. Importante ressaltar ainda que a lei não traz expressamente a proscricção da maconha, pois a definição ficou a cargo da Portaria n. 344 de 1998 da ANVISA.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Compreender corretamente o princípio da proporcionalidade exige, inicialmente, uma breve contextualização histórica do seu desenvolvimento na cultura jurídica mundial, passando pelos direitos fundamentais, bem como pelos subprincípios que lhe dão forma e conteúdo. Dessa maneira, é preciso fazer conexões com a sua ideia embrionária, no controle da atividade administrativa estatal, com a sua atual postulação, que lhe garantiu aspecto e utilidade constitucional.

Nos primórdios das civilizações, bem antes da primeira definição de princípio jurídico, a proporcionalidade já era considerada pelo homem. Na Lei de Talião, cujo dogma “olho por olho, dente por dente” é lembrado até os dias modernos, buscava-se aplicar uma pena estritamente proporcional ao prejuízo causado. Noção esta que esteve presente em todos os conjuntos de normas arcaicas, como o Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas e a Bíblia.

Com o surgimento do Estado de Direito Moderno, a ideia de equilíbrio nasceu para o mundo jurídico. Segundo o professor Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 84-85), já era possível observá-la na Magna Carta inglesa, de 1215, que esclarece:

O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.

Logo, tem-se que a ideia de proporcionalidade e de razoabilidade, amplamente dotadas de sentido técnico no direito público e teoria do direito alemão, que significa uma limitação do poder do Estado em benefício da plenitude moral e física dos

indivíduos – teve sua fecundação no início do Estado de Direito. Um marco histórico, em que se passou a priorizar o equilíbrio entre os poderes do Estado e o respeito recíproco entre os indivíduos a eles subordinados, a quem são garantidos direitos fundamentais e inalienáveis.

Paralelamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América confirma que a noção de ponderação advém da Magna Carta, sendo inclusive replicada no *Bill of Rights* e no texto da Oitava Emenda à Constituição norte-americana, de 1971, que proibiu fianças exageradas, multas em excesso e penas cruéis. Como é possível perceber no trecho transcrito a seguir, do caso *Solem vs. Halem*, de 1983:

The principle of proportionality is deeply rooted in common law jurisprudence. It was expressed in Magna Carta, applied by the English courts for centuries, and repeated in the English Bill of Rights in language that was adopted in the Eighth Amendment. When the Framers of the Eighth Amendment adopted this language, they adopted the principle of proportionality that was implicit in it. (SUPREME ..., 1983).

Por outro lado, nos países latinos da Europa, a proporcionalidade e a razoabilidade nasceram como uma limitação do poder, atuando principalmente no âmbito do direito administrativo e do direito penal. Nesse período, marcado pelos ideais iluministas do século XVIII, Charles-Louis de Secondat, popularmente conhecido como Montesquieu, contribuiu com a temática, estabelecendo que nos Estados moderados não são necessárias penas severas. Pois, uma pena fixa e de qualidade, com os sentimentos de desaprovação moral que a ela se liga, seria o suficiente para influenciar a vontade dos indivíduos.

Tem-se, entretanto, que, apesar da dimensão da proporcionalidade no direito penal, principalmente na verificação das penas de Montesquieu, foi no direito administrativo em que a ideia de ponderação primeiramente se firmou, ainda no século XVIII.

Segundo o professor Anderson Sant’Ana Pedra (2006), a proporcionalidade funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada. Logo, presume-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade surgiram no direito administrativo, na medida em que nascia o jusnaturalismo – passando, assim, a limitar o Poder Executivo, como medida de ponderação para as restrições administrativas na liberdade individual.

Consequentemente, já no século XIII, a razoabilidade era detentora do aspecto de norma superpositiva. Nesse sentido, durante o século XIX, no bojo do direito administrativo, era considerada princípio geral do direito de polícia e, posteriormente, foi elevada à condição de princípio constitucional.

Entretanto, é de extrema importância ressaltar que, embora estivesse presente no direito norte-americano desde o advento da Oitava Emenda, o princípio da proporcionalidade, com a sistematização e dimensão que conhecemos atualmente, foi idealizado pela escola constitucional alemã.

De acordo com os ensinamentos do professor André Ramos Tavares, após ser construído na doutrina e jurisprudência germânicas, o postulado da proporcionalidade teve ampla aceitação no direito europeu. É considerado, na Constituição alemã, um princípio constitucional não escrito, derivado do Estado Democrático de Direito.

À vista disso, o juízo de proporcionalidade, é aplicado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir de 1950, sendo facilmente recebido na doutrina local e rapidamente exportado para vários outros Estados. Nessa linha de pensamento, escreveu o professor Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 30):

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim.

A maneira como proporcionalidade foi incorporada e aplicada pelos tribunais alemães deve ser observada como uma consequência das discussões jurídicas e filosóficas que aconteceram após a Segunda Guerra Mundial. Após o traumático período do regime nazista, foi necessário buscar em outras fontes, além da legislação, parâmetros para a correta aplicação das regras em uma sociedade, como muito bem afirma Paulo Bonavides (2004, p. 408):

Depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, uma larga aplicação de caráter constitucional, em mais de 150 arestos.

Dessa maneira, pode-se admitir que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não são sinônimos. Embora tenham objetivos semelhantes, só é possível observar o aspecto constitucional da proporcionalidade após a conceituação da escola alemã. Por outro lado, é inegável que o desenvolvimento desse princípio só aconteceu graças à evolução histórica da ideia de razoabilidade, no sentido da ponderação. Assim, não é possível fazer uma contextualização da proporcionalidade sem atentar-se para os acontecimentos que permitiram a sua concretização.

No Brasil, a jurisprudência e a doutrina não procuraram diferenciar a noção de proporcionalidade, do direito alemão, da ideia de razoabilidade, própria da cultura jurídica norte-americana. Conforme ensina uma das maiores autoridades brasileiras no estudo da proporcionalidade, o jurista Luís Roberto Barroso (2009, p. 304):

Abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos, razão pela qual são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.

Portanto, a exemplo do que acontece no direito alemão, é possível observar a importância de se analisar a compatibilidade de uma norma que limita direitos fundamentais. A restrição de uma liberdade garantida por um direito fundamental deve ser submetida ao crivo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*). Ou seja, proceder-se à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*), e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

Após ser consolidada pela corte alemã, a noção de proporcionalidade migrou para os Estados da Península Ibérica, o que determinou rapidamente a sua recepção no Brasil. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2001) afirma, em sua obra, que o princípio da proporcionalidade já figurava nos julgados do Supremo Tribunal Federal em meados da década de 1960. É, por exemplo, possível perceber a sua aplicação na declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo da Lei de Segurança Nacional, que proibia o acusado que houvesse praticado o crime por ele previsto de desempenhar qualquer atividade profissional.

Nesse caso, que foi julgado no HC 45.232, o Supremo Tribunal do Brasil reconheceu que a restrição se revelava desproporcional (exorbitância dos efeitos da condenação) e era, portanto, inconstitucional.

Percebe-se que, desde então, o princípio da proporcionalidade tem sido aceito pelo Supremo Tribunal Federal, atuando no controle de constitucionalidade dos atos legislativos, pelo que tem prestigiado normas que não se mostram arbitrárias ou irrazoáveis, nas suas determinações ou nas suas proibições.

Dessa forma, Paulo Bonavides (2004, p. 436) considera que, “o princípio da proporcionalidade se apresenta atualmente como um axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”.

Logo, para a plena tutela dos bens jurídicos que possuem fundamento constitucional, deve-se priorizar o estudo do princípio da proporcionalidade, examinando, minuciosamente, requisitos como adequação, necessidade e proporcionalidade, nas limitações a direitos fundamentais.

4 ELEMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como o princípio da proporcionalidade atua como regulador da função legiferante, prevenindo possíveis abusos aos direitos fundamentais, é primordial compreender os seus atributos. A análise do princípio da proporcionalidade, desenvolvido no direito europeu e reproduzido em vários ordenamentos jurídicos pelo globo, mostra-se como um procedimento, sucessivamente, classificatório (adequação), eliminatório (necessidade) e axiológico (proporcionalidade em sentido estrito).

4.1 ADEQUAÇÃO

O primeiro parâmetro a ser observado na análise do princípio da proporcionalidade é o juízo de adequação. A norma inadequada à finalidade do que se propôs é uma intenção sem conteúdo, não podendo ser caracterizada como norma.

O subprincípio da adequação é compreendido como o meio correto para a concretização de um objetivo baseado no interesse público. Obriga que a medida legislativa utilizada para garantir a realização desse interesse seja apropriada para o alcance dos fins propostos.

Logo, se as medidas estatais não resultarem nessa conexão, comprovável de maneira empírica, serão taxadas como desproporcionais e, por consequência, inconstitucionais. A adequação é verificada através da eficiência da medida para a concretização dos fins objetivados. Entretanto, deve-se adiantar que não é no juízo da adequação que se procura identificar os eventuais efeitos colaterais da interferência na sociedade, mas sim se a norma tem capacidade de atingir o resultado que se propôs.

Vale ressaltar, ainda, que também não é na fase em que se examina a adequação que é ponderado o nível de eficácia dos meios utilizados para alcançar tal objetivo. Cabe ao juízo do elemento da necessidade escolher o melhor método ou o menos oneroso ao indivíduo e ao direito individual.

Estabelecendo o subprincípio da adequação no âmbito do direito criminal, a jurista Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 129-130), utiliza o termo idoneidade:

Verifica-se que a efetividade da norma, neste sentido, encontra-se fortemente relacionada com o princípio da idoneidade, na medida em que este indica, justamente, que a legitimidade do direito penal acha-se vinculada à capacidade de suas normas para serem respeitadas pelos seus destinatários, ou se se preferir, à capacidade destas para tutelar o bem jurídico de índole constitucional.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que o requisito da adequação em uma norma penal foi respeitado quando ela é apta para tutelar o bem jurídico de natureza constitucional, para o qual foi criada. Pois, nada mais é o direito penal do que um instrumento, embora o último seja para viabilizar os bens preconizados constitucionalmente.

Nesse sentido, a lei que não permite ou penaliza a venda e o consumo de substâncias psicotrópicas só será adequada ou idônea, se for capaz de tutelar a incolumidade coletiva, prevenir o uso de drogas e, ao menos, diminuir os danos que lhe são inerentes.

Finalmente, percebe-se que é plausível que uma norma contemple, ao tempo de sua edição, uma correlação com os seus objetivos, ou seja, mostrar-se adequada. Porém, como o decorrer do tempo, ela pode demonstrar-se discordante e inadequada com aquilo que estabelece o texto constitucional.

4.2 NECESSIDADE

Na análise da necessidade, há é importante que a norma se apresente como a melhor hipótese para a obtenção do resultado planejado, com o menor prejuízo ao indivíduo, atendendo à relação de custo-benefício, para que os seus direitos sejam protegidos em maior potência.

Em outras palavras, o meio não será considerado necessário se o objetivo almejado puder ser atingido com a utilização de outra medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Isso acontece porque o elemento da necessidade traz consigo o requisito da adequação, como ensinam Gilmar Mendes e Paulo Branco (2018, p. 227):

Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. [...] Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste da necessidade se revelar negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Na esfera penal, a arguição do elemento necessidade encontra espaço na exigência de que o interesse a ser protegido, ou seja, o bem jurídico tutelado por norma incriminadora, mostre importância suficiente para legitimar uma limitação na liberdade individual. Como bem estabeleceu Claus Roxin (2001, p. 406), “seria, portanto, melhor se os benefícios que se imputam ao direito penal pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso”. Percebe-se, dessa forma, que somente os bens de caráter constitucional, aqueles relevantes à efetivação dos direitos fundamentais, legitimam a sua tutela através do direito penal.

Por outro lado, não são só essas características que bastam ao subprincípio da necessidade no contexto criminal. Além de ser garantido o meio menos oneroso, deve-se demonstrar que não seria possível a tutela do bem fundamental através de outro mecanismo que não fosse a lei penal.

Assim, chega-se ao conceito de intervenção mínima. Ou seja, só se justifica constitucionalmente a intervenção penal se existirem: a importância do bem jurídico protegido e a escassez, dentre as circunstâncias, de outra medida de menor lesão ao interesse particular.

Portanto, a norma que proíbe e criminaliza o consumo e a venda de substâncias psicoativas só será necessária se a incolumidade e a saúde pública forem consideradas bens constitucionalmente essenciais ao pleno desenvolvimento da sociedade e demonstrar-se que não seria possível a prevenção do uso de drogas (nem a diminuição de seus efeitos nocivos) a partir de outro meio, administrativo ou legal, que não seja a criminalização.

4.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Para um juízo satisfatório sobre a proporcionalidade, há de se observar também o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito. Em linhas gerais, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a relevância da efetivação do direito fundamental que com ele colide, fato que pode legitimar a adoção de medida restritiva.

Dessa forma, quando se trata de matéria penal, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, como subprincípio da proporcionalidade, deve-se observar a correlação entre o delito e a sua respectiva pena. Análise esta que figura entre

os primeiros postulados do direito penal, como sistematiza o doutrinador Cesare Beccaria (2001, p. 665):

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda 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.

Ou seja, ao vincular o legislador à proporcionalidade em sentido estrito, não se diminuiu a sua atuação apenas no sentido da qualificação de uma conduta como ilícito penal, mas também da escolha de uma sanção proporcional. Pode-se, inclusive, chegar à conclusão de que pena alguma seria razoável.

Portanto, além de sopesar a gravidade da ofensa e a pena cominada em abstrato, deve-se ainda considerar a sanção do crime como integrante de um sistema complexo, em que será analisada a pena imposta em relação ao demais delitos, bens violados e cominações, que estão presentes no ordenamento jurídico. Assim, pode-se aferir a proporcionalidade em sentido estrito.

4.4 MENOR OFENSIVIDADE SOCIAL COMO ELEMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Considerando que, em se tratando de matéria penal, a ponderação do princípio da proporcionalidade não se finda com a análise dos clássicos três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), deve-se acrescentar ao seu leque o pressuposto da menor ofensividade social.

Assim, como enfrentado anteriormente, a norma penal será adequada se for apta a proteger o bem por ela tutelado, cumprindo assim a finalidade pretendida; necessária, se não houver outro método menos gravoso à liberdade individual para proteger o bem tutelado; proporcional, *stricto sensu*, se a sanção atribuída for proporcional à gravidade do fato tipificado e similar às outras penas do ordenamento jurídico que faz parte.

Os bens que são ponderados a partir desses três requisitos são os que são tutelados pela norma penal, ou seja, o interesse social e a liberdade do sujeito infrator, de caráter individual. Logo, somente com os clássicos elementos, não se pode realizar uma certa comparação dos bens, que, embora contrapostos, interessam essencialmente à sociedade.

Mesmo que a norma incriminadora se mostre adequada, necessária e estritamente proporcional, os prejuízos trazidos por ela podem rivalizar com os benefícios que justificaram a sua criação. Essa análise de custo-benefício não pode ser realizada somente com os pressupostos básicos da proporcionalidade, portanto demonstra-se importante a observação da menor ofensividade social, ora proposto como elemento formador da proporcionalidade.

Nesse sentido, a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, ainda em 1994, através da *Sentenza 341*, estabeleceu que:

Infatti, più in generale, 'il principio di proporzionalità .. nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni' (CORTE, 1994 – *Sentenza 341*).

Observa-se que são situações em que há a necessidade de ponderação de todas as consequências no contexto social. Consequências estas que surgem da norma incriminadora, em que se deve analisar a vantagem de manter a norma penal no ordenamento jurídico em comparação com os eventos que foram provocados com a sua criação.

Importante ressaltar que o elemento da menor ofensividade social não se confunde com a análise de adequação. Nesse juízo não se ponderam os efeitos colaterais da tutela do Estado, atentando-se somente a averiguar se com a interferência os resultados propostos pela norma serão atingidos.

Não há também relação com o pressuposto da necessidade, posto que neste, ao averiguar os meios disponíveis para a concretização do objetivo da norma penal, escolhe-se aquele que proporcionar o menor ônus aos direitos individuais, sem perquirir as consequências da norma para a sociedade.

Vale dizer ainda que, na ponderação da pena imposta ao indivíduo com o ato ilícito por ele cometido, característica típica da avaliação da proporcionalidade em sentido estrito, não se encontra a análise dos prejuízos sociais indesejados da norma.

Dessa maneira, é possível perceber a necessidade de uma reflexão, especialmente quando se trata de matéria penal, sobre um quarto elemento do princípio da proporcionalidade, em que é possível a ponderação dos benefícios sociais ocasionados pela norma incriminadora e os malefícios decorrentes da mesma norma, que atingem toda a sociedade.

Como exemplo, para demonstrar que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não esgotam o princípio da proporcionalidade, pode-se utilizar a situação do aborto. A criminalização do aborto é adequada à diminuição dos casos de interrupção voluntária da gestação; necessária, pois oferece proteção ao direito à vida do nascituro e não se encontra eficácia da tutela deste direito fundamental a não ser na esfera penal; proporcional em sentido estrito, já que a sanção atribuída é compatível com a gravidade do crime, além de guardar relação com as demais penas do sistema penal.

Por outro lado, não é difícil perceber que a proibição do aborto provoca um sério problema na saúde pública, considerando o alto número de abortos clandestinos que são realizados. De acordo com o SUS, só em 2020, foram feitos 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos.

A proscrição do aborto também provoca efeitos na criminalidade, como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 146):

Por outro lado, quando a mulher grávida decide realizar um aborto, é provável que recorra à ajuda de terceiros, ou seja, de pessoas capazes de realizar uma interrupção na gravidez. Assim, tendo-se em vista a dificuldade em realizar esta prática sozinha, a gestante utiliza-se do auxílio de outra pessoa possuidora de conhecimentos técnicos para tal prática, ou de outras pessoas que eventualmente podem também prestar algum tipo de assistência. Essas pessoas que prestam seus serviços para realizar o aborto desejado pela gestante acabam, desta forma, igualmente infringindo a lei e, portanto, praticando crimes.

Nesse contexto, a análise da menor ofensividade social abriria uma discussão que não seria possível somente com outros subprincípios da proporcionalidade, o que possivelmente afetaria o veredito de constitucionalidade da norma – uma mudança que se dá através da ponderação dos interesses sociais, tutelados pela incriminação, em comparação aos próprios interesses sociais, prejudicados pela incriminação.

5 SUBMISSÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA AO CRIVO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A submissão da criminalização do uso e venda da *Cannabis* ao crivo do princípio da proporcionalidade não será aqui realizada tomando especificamente como norte a legislação brasileira, nem a partir de um tipo penal específico (como o que proíbe o uso, por exemplo). A análise será feita através de todas as condutas proibidas e criminalizadas, desde o consumo da maconha, até a sua venda.

Dessa forma, inicia-se pelo juízo de adequação, que, como observado anteriormente, deve ser o primeiro requisito a ser considerado na ponderação de proporcionalidade e, conseqüentemente, de constitucionalidade. Logo, se o conjunto de normas que proíbem o uso, a produção e o consumo da *Cannabis* for útil para diminuir as conseqüências do consumo da droga, decide-se pela sua adequação. Por outro lado, demonstrando-se uma inutilidade das normas para a consagração dos bens constitucionais tutelados (a saúde e a incolumidade pública), tem-se a inadequação das normas.

O combate contra a *Cannabis*, mesmo ceifando várias vidas e sendo caro aos cofres públicos, custando 5,2 bilhões de reais por ano, só para o Rio de Janeiro e São Paulo, não reduziu a oferta de maconha, não diminuiu a procura pela substância nem mitigou os danos provocados por ela.

A criminalização do uso, da produção e da venda da *Cannabis* tornou o tráfico uma atividade perigosa e arriscada, fazendo com que conseqüentemente os lucros dessa atividade aumentassem, por uma simples questão de oferta e demanda. Assim, por ser um negócio altamente lucrativo, cada vez mais pessoas estão dispostas a assumir os riscos do tráfico. Para Mariângela Gomes de Magalhães Gomes (2003, p. 147):

Ao tornar criminoso a conduta que corresponde à comercialização de substância entorpecente, o que se faz, na realidade, é limitar o fornecimento do produto proibido, incrementando o risco do vendedor e fazendo aumentar o preço da mercadoria. [...] ao fazer aumentar o preço, poder-se-ia supor que isto faria com que as pessoas parassem de adquirir a mercadoria proibida. No entanto, a experiência tem demonstrado que não é bem assim que as coisas funcionam, e as pessoas continuam a comprar entorpecentes, ainda que tenham que roubar, por exemplo, para pagarem o preço.

O fracasso ainda pode ser observado em relação à demanda pela substância. O relatório da *Global Drug Survey (GDS)* demonstrou que, no Brasil em 2020, houve um aumento de 17,2% no consumo de maconha. Ou seja, nem mesmo o aumento no preço da droga, provocado pela repressão ao tráfico, é capaz de mitigar a sua procura.

Além de não conseguir frear a oferta e a procura, a proscricção da *Cannabis* também não conseguiu diminuir os danos à saúde pública. Nesse caso, alcançou um trágico resultado oposto ao que foi pretendido. Como bem observa o ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso (2011, p. 3):

Toda a evidência disponível demonstra que as medidas punitivas por si só, por mais duras que sejam, não são capazes de reduzir os consumos. Pior, em muitos casos têm consequências nefastas. Ao estigmatizar os usuários de drogas, o medo da polícia e o risco de prisão tornam mais difícil o acesso ao tratamento.

Percebe-se que a insistência em políticas de criminalização resulta no desperdício de recursos públicos, que poderiam ser utilizados para ações de redução de danos e de demanda. Logo, a criminalização da *Cannabis* mostra-se inadequada para a proteção da saúde pública, uma vez que não atinge os fins por ela pretendidos.

A percepção da inadequação já bastaria para a verificação de não proporcionalidade da proscricção da maconha, entretanto a análise seguirá a fim de se esgotarem todos os pressupostos do referido princípio. Então, passa-se a discutir sobre a necessidade da norma.

Tem-se que, dentre os meios adequados para atingir os fins estabelecidos, só aquele que interferir com menor intensidade no direito fundamental será considerado necessário. Ou seja, existe a ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Por outro lado, quando se trata de uma medida criminal, o pressuposto da necessidade traz para o mundo jurídico a obrigação constitucional de que o interesse coletivo protegido tenha relevância suficiente para, em contrapartida, validar uma limitação na esfera individual, refletindo a noção de *ultima ratio*, como explica Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 13):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras

formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária.

Dessa maneira, como o direito penal não possibilita a punição da autolesão, verifica-se que a proscricção da *Cannabis* está amparada na proteção da saúde pública e na possibilidade de causar danos à segurança de outros cidadãos. Logo, é importante ressaltar que, por conta dos vieses ético e moralista que contaminam o debate envolvendo a maconha, não é simplória a busca de meios menos gravosos que a criminalização.

A melhor alternativa para o problema é a “política de redução de danos”. Uma opção que carrega preconceitos, pois o foco está no combate às consequências da *Cannabis* e não em seu combate. Vários Estados ao redor do globo já optam por essa opção e têm obtido mais sucesso do que aqueles que, assim como o Brasil, ainda insistem na proibição da substância.

A experiência do Uruguai, por se tratar de um Estado vizinho ao Brasil, pode, além de servir como exemplo, demonstrar que, quando o preconceito é afastado, a vida e a dignidade da pessoa humana melhoram significativamente. Logo, com o interesse declarado de promover e melhorar a saúde pública, diminuir os riscos e reduzir os danos do consumo da *Cannabis*, o Estado passou a exercer o controle (que era do narcotráfico) e a regulação da importação, exportação, plantio, cultivo, colheita, produção, aquisição, armazenamento e distribuição da planta e dos seus derivados, de maneira direta ou através de instituições certificadas.

No país vizinho, ficou proibido, de qualquer maneira, a promoção, a publicidade ou o patrocínio da substância e a venda para menores de 18 anos. Como efeito, houve o fim do narcotráfico da maconha, uma humanização do usuário e mitigação dos riscos relacionados ao consumo.

O fim da proibição no Uruguai, segundo a Junta Nacional de Drogas do país, não representou um aumento substancial no consumo de *Cannabis*. Em 2014, 9,3% da população adulta usou maconha, já em 2011, ano com menor registro de uso em 14 anos, o uso era de 8,3%. Ou seja, o argumento mais utilizado de que o uso da planta aumentaria significativamente, caso fosse legalizada, não se confirma na experiência uruguaia.

Tem-se, assim, que medidas alternativas à criminalização da maconha são, ao menos, igualmente eficientes, se não mais, do que a norma que proíbe a substância. Logo, chega-se à conclusão da desnecessidade da lei e, conseqüentemente, à sua desproporcionalidade.

Quanto à análise da proporcionalidade estrita, como se trata de uma norma de caráter penal, é preciso fazer uma ponderação acerca da isonomia, observando o tratamento que o sistema jurídico dá às demais substâncias, levando em consideração o potencial lesivo de cada uma delas.

Decorre da razoabilidade, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, a obrigação de punir proporcionalmente de acordo com os danos provocados à sociedade. Na situação da *Cannabis*, isso significa dizer que as sanções devem possuir relação com os riscos que a planta possa oferecer. Por óbvio, não é constitucional, pelo

viés da proporcionalidade *stricto sensu*, proibir o consumo e a venda da maconha, enquanto outra substância, mais nociva à pessoa humana e à sociedade, é considerada legal, sendo regulada pelo campo administrativo.

Muitos estudos já foram realizados com o intuito de comparar o potencial danoso de várias substâncias diferentes. Entretanto, para os fins almejados pela presente pesquisa, pode-se fazer referência ao estudo feito na Holanda, em 2010, coordenado por Jan van Amsterdam, Antoon Opperhuizen, Maarten Koeter e Wim van den Brink. No referido estudo, um grupo de especialistas avaliou os efeitos danosos, individuais e coletivos, de algumas drogas, tendo como meio de pesquisa dados técnicos coletados na Holanda. Numa escala de 0 a 3, foram analisados critérios como toxicidade aguda, toxicidade crônica, potencial viciante, potencial lesivo ao indivíduo e potencial lesivo à sociedade. Os resultados podem ser observados na tabela abaixo:

Tabela 1: Potencial lesivo das drogas

	Puntuación		Daño físico			Depen- dencia	Daño social		
	promedio de daño		Promedio de daño físico	Toxicidad aguda	Toxicidad crónica		Nivel individual	Nivel social	Dife- rencia
	Nivel individual	Nivel social							
Cocaína en Crack	2,63	2,41	2,51	2,39	2,63	2,82	2,55	1,89	0,66
Heroína	2,53	2,30	2,20	2,37	2,03	2,89	2,50	1,78	0,72
Tabaco	2,20	2,27	1,71	0,53	2,89	2,82	2,06	2,28	-0,22
Alcohol	2,16	2,36	2,18	1,89	2,47	2,13	2,16	2,76	-0,61
Metanfetamina	2,06	1,67	2,11	2,03	2,18	2,24	1,84	0,56	1,29
Cocaína	2,06	1,93	2,00	1,95	2,05	2,13	2,05	1,66	0,39
Metadona	1,94	1,68	1,68	1,95	1,42	2,68	1,42	0,68	0,73
Anfetamina	1,84	1,64	1,80	1,71	1,89	1,95	1,76	1,18	0,58
GHB	1,53	1,32	1,32	1,84	0,79	1,71	1,55	0,92	0,63
Benzodicepinas	1,33	1,36	0,87	0,97	0,76	1,89	1,24	1,32	-0,08
Buprenorfina	1,31	1,00	0,99	1,21	0,76	1,71	1,24	0,29	0,95
Cannabis	1,19	1,26	1,18	0,84	1,53	1,13	1,26	1,47	-0,21
Ketamina	1,07	0,82	1,24	1,55	0,92	0,84	1,13	0,39	0,74
Éxtasis	1,06	1,03	1,34	1,34	1,34	0,61	1,24	1,13	0,11
Metilfenidato	0,85	0,69	0,88	0,92	0,83	0,86	0,81	0,33	0,47
Esteroides anabólicos	0,78	0,67	0,84	0,45	1,24	0,71	0,79	0,45	0,34
Khat	0,66	0,52	0,67	0,39	0,95	0,76	0,55	0,13	0,42
LSD	0,65	0,46	1,08	1,47	0,68	0,03	0,84	0,26	0,58
Hongos mágicos	0,40	0,31	0,51	0,89	0,13	0,03	0,66	0,39	0,26

Fonte: Van Amsterdam *et al.*, 2010, p. 204.

Dessa forma, submetendo à isonomia e levando em consideração o tratamento jurídico dado ao álcool e ao tabaco, observa-se que a criminalização do consumo e do comércio da *Cannabis* não passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito. Tendo, assim, *status* desproporcional e inconstitucional.

Finalmente, como demonstrado anteriormente, a análise da proscrição da maconha, no âmbito da proporcionalidade, não deve ficar restrita aos três clássicos critérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Deve-se, ainda, ser submetida ao crivo da menor ofensividade social. Mesmo que a norma se mostre adequada, necessária e estritamente proporcional, há de se averiguar se os

prejuízos sociais que ela eventualmente possa ocasionar são antagônicos aos benefícios que ela objetivou trazer, ou seja, é uma avaliação de custo benefício.

O cerne da proibição da *Cannabis* se dá, em tese, no âmbito da proteção da saúde pública. Assim, a norma teria a sua constitucionalidade assegurada, pois é um bem fundamental. Entretanto, quando se observa a violência urbana que o combate à substância provoca, a dificuldade de se criar outras políticas públicas para a redução de danos e o fato de a proibição conferir ao usuário o caráter de criminoso, dificultando que o contato com a maconha seja controlado, fica claro que a situação atual, além de gerar mais danos para a sociedade, impede que os problemas relacionados à saúde e segurança pública sejam solucionados.

É chegada a hora de o Estado assumir a responsabilidade e retirar o controle da *Cannabis* do crime organizado e ele próprio passar a exercer a fiscalização. Logo, nota-se que a norma que incrimina a maconha não atende ao pressuposto da menor ofensividade social.

6 CONCLUSÃO

A *Cannabis* é uma planta milenar, que possui um grande leque de possibilidades de uso. Entretanto, por diversos fatores, dentre eles a xenofobia, o racismo e a intolerância religiosa, a planta passou a ser perseguida e criminalizada.

O cenário atual de proscrição só existe porque, ao longo de toda história, houve um empenho em estabelecer distúrbios, mentiras científicas e interesses políticos. Logo, amparada na falsa ideia de proteção da saúde pública, a *Cannabis* foi e ainda é criminalizada no Brasil.

Atualmente, é a Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/2006) que trata a situação da planta no país, demonstrando um notável atraso social e legislativo. Vários países do globo já optam por uma maneira diferente de tratar a situação, com a sua descriminalização e legalização, além da proscrição mostrar-se inconstitucional quando confrontada com o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade que se encontra implícito na Constituição Federal de 1988, mas está expressamente previsto no artigo 2º da Lei n. 9.784 de 1999, existe como uma decorrência do Estado Democrático de Direito, funcionando como um limitador da atuação estatal, principalmente quando a ação limita ou restringe direitos e garantias fundamentais.

Assim, como posto pela doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade ganha forma através de três dimensões, caracterizadas por seus pressupostos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Logo, pode-se dizer que uma lei será: adequada, se cumprir a finalidade por si pretendida; necessária, se não houver outra maneira menos gravosa para a obtenção do resultado almejado; e proporcionalmente estrita, se a intensidade da punição ao indivíduo for equivalente ao dano que se quis prevenir. Todos os bens que são colocados em ponderação nesses critérios são de interesses sociais (tutelados pela norma incriminadora) e de interesses individuais (as liberdades dos indivíduos).

Por outro lado, quando se trata de matéria criminal, como é o caso da proscrição da *Cannabis*, as consequências da norma repercutem diretamente e com mais ênfase na

esfera individual. É necessária, portanto, uma atenção especial na avaliação da proporcionalidade dos bens constitucionais envolvidos, ou seja, saúde e segurança em contraposição à liberdade.

Tendo a constatação anterior como norte, sugere-se um novo pressuposto para o crivo da proporcionalidade. A análise do princípio da proporcionalidade, quando se observa a criminalização da maconha, não finda somente com os três clássicos requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sendo preciso adicionar ao seu conteúdo o pressuposto da menor ofensividade social.

Nesse novo elemento, observa-se se as consequências da restrição da liberdade individual, ainda que atendam à adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, não são mais gravosas para a sociedade do que os fatos que ela objetivou prevenir. Assim, a norma que proporcionar consequências menos graves do que os males que propôs mitigar será considerada socialmente menos ofensiva.

Quanto à análise da proibição da *Cannabis* no âmbito do princípio da proporcionalidade, mostrou-se necessária a submissão da norma a cada dimensão do referido princípio. Desse modo, na sequência, será apresentado o resultado de cada uma das inspeções.

Na averiguação da adequação da proscrição da maconha, restou demonstrado que a política de criminalização representa um desperdício de dinheiro público que poderia ser utilizado para ações de redução de danos. Além de não conseguir mitigar a oferta e a procura da substância, observa-se que a proibição contribuiu para o fortalecimento do tráfico, que, mesmo sendo uma atividade perigosa, é altamente lucrativa. Assim sendo, não é nenhum exagero concluir pela inadequação da norma que não permite o uso e o comércio da *Cannabis*.

Já no estudo do elemento necessidade, ficou claro que existem outros métodos de salvaguardar a saúde e a segurança pública, que não seja a criminalização. Logo, a melhor solução e a que causaria menor interferência na esfera individual seriam as denominadas políticas de redução de danos. Com o enfoque no combate das consequências da substância e não na sua proibição, essa experiência foi feita no Uruguai, que viu o fim do narcotráfico ligado à maconha, a humanização do usuário e a diminuição dos riscos relacionados ao consumo.

Por outro lado, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, observando os riscos que a *Cannabis* pode oferecer e a sua situação de proibição, evidenciou-se que não é proporcional punir quem consome ou vende a maconha enquanto outra substância, mais perigosa, é considerada legal pelo mesmo ordenamento jurídico. Dessa maneira, levando em consideração a isonomia, que se comunica com a proporcionalidade estrita, além de observar o claro efeito devastador do álcool, não é possível estabelecer concordância da criminalização com a proporcionalidade em sentido estrito.

Finalmente, no que toca a menor ofensividade social, como nas dimensões anteriores, só é analisado o confronto entre bens de interesse social e bens de interesse individual – é preciso também colocar nos dois lados da balança os interesses coletivos, que em tese a norma objetivou proteger, e os bens coletivos, que são atingidos pela existência da norma. Portanto, quando se percebe a violência urbana provocada pelo tráfico e o seu combate, a dificuldade de se criar outras políticas públicas para a redução

de danos e o fato de a proibição conferir ao usuário o caráter de criminoso, dificultando que o contato com a maconha seja controlado, fica evidente que a proscrição da maconha não atende ao pressuposto da menor ofensividade social. Além de gerar mais danos para a sociedade, impede que os problemas relacionados à saúde e segurança pública sejam solucionados.

Logo, restou evidenciado que a criminalização da *Cannabis* não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade, sendo por consequência inconstitucional. Entretanto, a sua legalização deve ser realizada com cautela. A liberação deve ser acompanhada por uma série de restrições, que evidentemente não limitariam a liberdade do uso, produção e comercialização, mas sim no sentido de estabelecer quem pode e quem não pode plantar, vender e consumir – assim como acontece com as bebidas alcoólicas, por exemplo.

No que toca ao uso, assim como acontece no Uruguai, somente seria permitido em ambientes privados, não podendo ser feito em locais públicos. No caso de descumprimento, cabe ao Estado estabelecer uma sanção de natureza administrativa, como já é realizado com o tabaco.

Importa dizer ainda que, assim como acontece com o álcool, não seria permitido desenvolver atividades sob o efeito da substância, como dirigir e trabalhar, por exemplo. Já quanto à produção e à venda, as legislações que regulam as indústrias farmacêuticas, de bebidas alcoólicas e a do fumo, mostram experiências aptas para a confecção de um modelo regulatório e de controle de composição e pureza.

Por fim, a comercialização irregular, ou seja, o tráfico, seria amplamente desestimulado. A queda dos preços, provocada pela legalização e livre concorrência, afastaria o crime organizado da atividade.

Nesse sentido, a descriminalização da *Cannabis* atenderia ao princípio da proporcionalidade e acabaria com os inúmeros problemas provocados pela sua proscrição, acarretando em melhorias na saúde e incolumidade pública.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; Vera Malaguti Batista. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro, RJ: Revan. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 5. ed. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento, Paulo Henrique Machado, Regina Machado Garcez, Régis Pizzato e Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed. 2015.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

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

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** [S. l.]: Ed. Ridendo Castigat Mores. 2001. *E-book*.

BEWLEY-TAYLOR, David; JESELMA, Martin. La internacionalización de la guerra contra las drogas: las drogas ilícitas como un mal moral y un valioso enemigo. *In: Casus Belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra.* Tradução: Beatriz Martínez Ruiz. Amsterdam: Transnational Institute (Kindle), 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 2008. **Tratado de direito penal.** 13. Vol. I. São Paulo: Saraiva.

BOITEUX, Luciana. Modelos de controle de drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. *In: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO, Rubens. Drogas & sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo.* São Paulo: Instituto de Saúde, [s/d], p. 183-201.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte.** Atas e Comissões, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio à edição portuguesa. *In: DOMOSŁAWSKI, A. Política da Droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas,* tradução: Nuno Portugal Capaz. Capaz. Warsaw: Open Society Foundations, 2011.

CARTA CAPITAL. **A quem interessa criminalizar o usuário de drogas**. 2015.

Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-quem-interessa-criminalizar-o-usuario-de-drogas-1546.html>. Acesso em: 20 out. 2021.

CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. **Historia de las drogas y de la guerra de su**

difusión. 2007. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4340-historia-de-las-drogas-y-de-la-guerra-de-su-difusion/>. Acesso em: 05 maio 2021.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização**, 2016.

CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. *Sentenza 341*. 1994.

(Corte costituzionale della Repubblica Italiana, 19 de 07).

COURTWRIGHT, David T. **Forces of habit: drugs and the making of the modern world**. 3. ed. Kindle. Cambridge: Havard University Press, 2002.

CRUZ, José Ángel Fernández. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, p. 51-99, 2010.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN - Atualização Junho de 2016, Departamento Penitenciário Nacional, Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília, 2016.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HAEBERLIN, Martín. Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, p. 165-199, 2018.

HONÓRIO, Káthia Maria; ARROIO, Arroio & SILVA, Albérico Borges Ferreira da. Aspectos terapêuticos de compostos da planta cannabis sativa. **Química Nova**, março/abril: 318-325. 2006.

LABROUSSE, Alain. **Géopolitique des drogues**. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **Uma história das drogas e do seu proibicionismo transnacional**: relações Brasil-Estados Unidos e os organismos internacionais. Rio de Janeiro, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, ago. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MUNDIM, Pedro Santos. **Das rodas de fumo à esfera pública**: o discurso de legalização da maconha nas músicas do Planet Hemp. São Paulo: Annablume, 2006.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. **Revista dos Tribunais**, 08, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 23-50, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Solem v. Helm**. 1983. 463 U.S. 277 (Supreme Court of the United States, 28 de 07).

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALOIS, Luís Carlos. **Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VAN AMSTERDAM, Jan *et al.* **Ranking the harm of alcohol, tobacco and illicit drugs for the individual and the population.** European Addiction Research, July 2nd: p. 203-207, 2010.