

# MANIFESTAÇÃO DO CONAD SOBRE A PEC 45

**O Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, reunido em reunião extraordinária no dia 15 de abril de 2024, aprovou, por maioria de seus membros, a seguinte Manifestação:**

## INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 45, de 2023, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, PSD/MG, tem por objeto a alteração do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para “prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Fica inserido no citado dispositivo o inciso LXXX, com o seguinte teor:

*LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Distribuída a proposta à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, foi designado relator o Senador Efraim Filho, do União Brasil.

Por requerimento do mesmo Senador, houve a realização de audiência pública com o objetivo de instruir a matéria, em 31/10/2023, e foi apresentada a seguinte Emenda para o texto original da PEC:

*LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre o traficante e o usuário pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência*

(destaque nosso nas alterações da Emenda).

Em 13/03/2024, a proposta foi aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ), com apenas quatro manifestações contrárias ao texto do relator, incluindo a emenda apresentada pelo senador Rogerio Marinho (PL-RN) e a apresentada pelo senador Sergio Moro (União-PR), que deixa o texto da seguinte forma:

*LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre traficante e usuário por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência*

(destaque nosso na alteração da Emenda).

O texto segue para deliberação das comissões e pode ser levado ao Plenário no início

de abril de 2024.

Tomando como pressuposto o mérito da iniciativa dos nobres senadores proponentes de proteção dos indivíduos, do direito à vida e à dignidade humana, esta Nota Técnica se debruçará sobre considerações de natureza formal, bem como de conformidade material com os dispositivos constitucionais, à luz dos seguintes argumentos:

- (i) Não obstante o poder constituinte originário tenha determinado a criminalização do tráfico ilícito de drogas, a mesma escolha mandatária **não recaiu sobre a conduta de consumo pessoal de tais substâncias**, como quer a proposta de emenda constitucional em exame. A conduta que está em constante debate e aperfeiçoamento pelas vias legislativas ordinárias e pela regulamentação e a discricionariedade do legislador de conceber a melhor regulação não deve ser eliminada.
- (ii) A criminalização do uso de drogas pelo constituinte derivado viola o princípio constitucional da proporcionalidade.

Destaque-se a importância de uma proposta de emenda constitucional no artigo 5º, questionada nesta argumentação quanto sua contraposição ao artigo 60 parágrafo 4 no que dispõe sobre cláusulas pétreas, ser submetida a amplo debate social a ser fomentado pelos propositores em diálogo com os conselhos de controle social CONAD, CNS, CNDH.

Para além de política consagrada na Constituição Federal, os Conselhos atuam como espaços participativos estratégicos de participação social na reivindicação, formulação, controle e avaliação da execução sobre políticas públicas. É dizer ser razoável que se proponha construir políticas sobre drogas em diálogo com CONAD, a quem compete, nos termos da Lei 11.343 (Lei de Drogas), do Decreto 11.406 de 2023 (Sistema de Participação Social) e do Decreto 11.480/23, nos termos do art. 2º, VIII, "acompanhar e se manifestar sobre proposições legislativas referentes à política sobre drogas".

# 01

## O HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS E A ESCOLHA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

### **Passemos, então, à análise da constitucionalidade formal e material da proposta de emenda à Carta Cidadã de 1988.**

O poder constituinte originário - no caso brasileiro, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 - faz a Constituição. O poder constituinte derivado é poder constituído e está submetido aos limites formais e procedimentais, assim como aos limites materiais impostos pela Carta Cidadã (FERREIRA, E. Inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n.º 132 out./dez. 1996, p. 295).

Dentre os limites materiais que resguardam o cerne inalterável da Constituição, estão aqueles declarados de forma expressa pelo poder constituinte originário, inscritos na proibição jurídico-constitucional do art. 60, parágrafo 4º, e também aqueles considerados implícitos, decorrentes dos princípios constitucionais e imanentes ao próprio espírito da Constituição de 1988.

“As Constituições republicanas brasileiras sempre tiveram um cerne imodificável constituindo a estrutura basilar do edifício jurídico, não podendo ser abalado por obra do poder reformador. As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura.

O constituinte de 1988 buscou excluir determinadas matérias da incidência do poder de reforma. Tratou ele de delimitar quais dispositivos da Constituição podem ser atingidos pelo poder de reforma e quais são inatingíveis. Karl Loewenstein (1976, p. 189), ao tratar das disposições intangíveis de uma Constituição, que têm a finalidade de livrar determinadas normas constitucionais de qualquer modificação, distingue duas situações. Por um lado, existem medidas para proteger instituições constitucionais concretas - intangibilidade articulada. Por outro, há aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição que não devem estar necessariamente expressos em dispositivos ou em instituições concretas, sendo implícitos, imanentes ou inerentes à Constituição. No primeiro caso, determinadas normas constitucionais se subtraem de qualquer emenda por meio de uma proibição jurídico-constitucional, e, no segundo caso, a proibição de reforma se produz a partir do “espírito” ou telos da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional.”

(PEDRA, A. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, pp. 137).

Assim, cabe perquirir se a proposta de emenda à constituição que cria mandado de criminalização da posse ou porte de drogas ilícitas, em qualquer quantidade, ofende as cláusulas pétreas ou qualquer dos princípios constitucionais implícitos. Deve-se alertar que tal comando abarca também o consumo pessoal dessas substâncias ilícitas, haja vista referir-se a drogas em qualquer quantidade.

Do próprio texto constitucional emanado do poder constituinte originário resulta que mandatos de criminalização, a priori, não ofendem o âmago dos direitos fundamentais.

É o que extraímos do art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, CRFB/88, dispostos pelo povo brasileiro, reunido em Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceram mandatos de criminalização para, respectivamente, o racismo, a tortura, e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Art. 5º, XLIII - a lei considerará 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.

A eficácia objetiva dos direitos fundamentais, reconhecida pelo constitucionalismo contemporâneo, resulta, de fato, num dever de proteção por parte do Estado e não apenas na obrigação de abster-se de intervir no âmbito de proteção destes direitos. Assim, levando em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente, ou insuficiente, o constituinte originário explicitou em alguns casos mandatos de criminalização expressos.

A doutrina constitucional brasileira, mirando o Direito Comparado, identifica que:

"a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo 'catálogo' de mandatos de criminalização expresso de que se tem notícia.

(...) Em muitos casos, a eleição da forma penal pode-se conter no âmbito daquilo que se costuma denominar discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais." (MENDES, COELHO e BRANCO. Curso de Direito Constitucional. 2a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 585).

Não obstante o poder constituinte originário tenha determinado a criminalização do tráfico ilícito de drogas, a mesma escolha mandatária **não recai sobre a conduta de consumo pessoal de tais substâncias**, como quer a proposta de emenda constitucional em exame. Também não interferiu o poder constituinte originário nas margens de dis-

criconariedade com que o legislador deveria tutelar a saúde coletiva diante do tráfico ilícito de drogas, restando a melhor escolha de política criminal aberta à decisão do Poder Legislativo.

Nesse ponto, o histórico legislativo brasileiro sobre a regulamentação e criminalização do uso e posse pessoal de substâncias entorpecentes demonstra como o tema nunca foi abordado diretamente via Constituição, mas sim mediante leis.<sup>1</sup>

Dispor de forma absoluta pela obrigatoriedade constitucional da criminalização do consumo pessoal, independentemente da quantidade **desborda dos limites da escolha de política criminal feita pelo constituinte originário.**

Mais que isso, a proposta representa, na prática, um engessamento do próprio Poder Legislativo em matéria que **não foi a vontade expressada pelo constituinte originário.** Afinal, o constituinte originário distinguiu precisamente a conduta de tráfico ilícito de drogas em seu mandado de criminalização (art. 5º, inciso XLIII, CRFB/88) e optou por **não estendê-lo ao consumo pessoal de substâncias entorpecentes ilícitas.** E tal diferenciação foi feita justamente em prol da preservação de uma margem de **discrição legislativa** para tratar sobre o tema.

Afinal, o histórico legislativo indica como a repressão ao uso de drogas sempre foi regulada mediante leis, e nunca na Constituição (muito menos por emenda constitucional). E nem mesmo na Constituição de 1967, que foi promulgada durante a ditadura militar e que fazia expressa referência à “repressão ao tráfico de entorpecentes” dentre as competências da União (art. 8º, ‘b’), houve a opção pela criminalização do uso. Por duas vezes, portanto, o constituinte originário brasileiro – tanto durante o regime autoritário quanto durante o processo de elaboração constitucional democrático de 1988 – optou por restringir o controle do Estado ao **tráfico ilícito**, não incluindo a criminalização do uso no texto constitucional.

Embora **não caiba neste momento fazer considerações específicas sobre o mérito da regulação sobre drogas no Brasil**, é importante ressaltar que há um intenso debate internacional ocorrendo sobre modelos de regulação legal e administrativa, principalmente tendo como principal preocupação a necessária distinção entre o que define o uso da substância e o que define o seu comércio.

Atualmente, o sistema internacional de controle de drogas é estabelecido em nível global por três convenções da ONU sobre drogas, que são consideradas pilares, conforme expressado pelos Estados-membros<sup>6</sup>. Além das convenções, têm centralidade outros instrumentos internacionais que compõem esse sistema, como os tratados de direitos humanos e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para 2030.

---

1 Para um histórico completo da legislação de drogas, veja-se: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>

Dentre os documentos mais recentes, merecem destaque os resultantes da Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGASS) sobre Drogas, realizada em 2016, e a Declaração Ministerial, de 2019<sup>7</sup>. Dentre as diretrizes estabelecidas na UNGASS/2016, estão as seguintes recomendações aos países:

1. deixar de criminalizar e encarcerar usuários de drogas;
2. abolir a pena de morte para crimes relacionados a drogas;
3. dar o mandato à Organização Mundial da Saúde (OMS) para que revise as atuais listas de classificação de drogas com base em evidências científicas;
4. garantir o acesso a uma extensa gama de tratamentos e serviços para dependentes de drogas que visem reduzir os danos relacionados ao uso de drogas;
5. e permitir que governos usem novas abordagens para a regulação das drogas para maximizar a saúde pública e enfraquecer o crime organizado.

Com esta moldura jurídico-política, compreende-se que o controle internacional de drogas deve ser orientado e implementado em conformidade com o respeito integral aos direitos humanos. Os ODS e a temática das drogas estão interconectados, visto que o desenvolvimento sustentável é um fator crítico para que os Estados avancem na promoção do bem-estar de suas populações.

Nesse sentido, no âmbito do Sistema ONU há um posicionamento comum sobre as drogas<sup>8</sup>, conhecido como o UN Common Position on Drugs, que reforça o compromisso do apoio aos Estados-membros para o desenvolvimento e implementação de “respostas verdadeiramente equilibradas, abrangentes, integradas, baseadas em evidências, nos direitos humanos, orientadas para o desenvolvimento de respostas sustentáveis para o problema mundial das drogas, no escopo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Esse documento incorpora considerações importantes de outros instrumentos do sistema ONU e, de muitas formas, atualiza a interpretação das convenções de drogas das décadas anteriores.

A mais antiga, a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961)<sup>2</sup>, já abordava em seu prefácio uma preocupação com a saúde e o bem-estar das pessoas. O documento reconhece que o uso médico de substâncias controladas é essencial para atenuar a dor e que é necessário garantir a disponibilidade para esta finalidade. Ressalta a necessidade de fornecer serviços adequados de prevenção, tratamento e reabilitação (ONU, 1961).

Posteriormente, outras duas convenções sobre drogas foram pactuadas: a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971)<sup>3</sup> e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entor-

---

2 Decreto n. 54.216 de 1964

3 Decreto n. 79.388 de 1977

pecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988)<sup>4</sup>. O Brasil é signatário das três convenções internacionais sobre drogas supramencionadas.

Já em recente relatório publicado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, de 15 de agosto de 2023, há também a correlação da criminalização do uso de drogas à perpetuação de práticas de discriminação e de encarceramento em massa:

Apesar das evidências de que a retirada de sanções contra pessoas que usam drogas possa reduzir a superlotação das prisões, melhorar os resultados de saúde, defender os direitos humanos e lidar com o estigma e a discriminação, um número limitado de países descriminalizou o uso, a posse, a compra e o cultivo de drogas para uso pessoal e, mesmo quando existem alternativas ao encarceramento, sua aplicação é rara em casos relacionados a drogas e, muitas vezes, não atinge pessoas marginalizadas.

(Tradução livre. Human rights challenges in addressing and countering all aspects of the world drug problem. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Agosto 2023).

O documento Diretrizes Internacionais sobre Direitos Humanos e Política de Drogas, publicado por uma coalização de estados membros da ONU, OMS, UNAIDS, PNUD e o International Centre on Human Rights and Drug Policy em 2019, recomenda a descriminalização do uso de drogas em alguns casos específicos: 1) em relação a pessoas menores de idade, com adesão a padrões internacionais de justiça juvenil; 2) no escopo dos direitos de povos indígenas de uso para práticas medicinais e tradicionais; e 3) no escopo de substâncias controladas para uso medicinal.

Nas últimas décadas, observa-se mudanças conceituais e práticas de algumas regiões e órgãos internacionais, que passaram a buscar alternativas de abrandamento aos aspectos proibitivos de suas legislações no que diz respeito a usuários, para adotar ênfase na dimensão de saúde.

A literatura contemporânea e internacional sobre política de drogas tem apontado que a criminalização do uso de drogas muitas vezes perpetua métodos arriscados de uso de drogas<sup>15</sup>. As repercussões para a saúde da comunidade como um todo, especialmente no que diz respeito a HIV/AIDS, são igualmente graves: a Declaração realizada pelo então diretor da Joint United Nations Programme on HIV and AIDS (UNAIDS) na 122ª Assembleia do Inter-Parliamentary Union, afirmou que a criminalização de usuários de drogas ilícitas estimula a epidemia de HIV<sup>16</sup>.

Diante dos acúmulos acerca do tema compartilhados pela comunidade internacional e pelo direito comparado, e em face da disposição do art. 4º, inciso II, CRFB/88, sobre a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais da República Federativa do Brasil, a criminalização mandatória sobre o uso de drogas impede o debate legislati-

4 Decreto n. 154 de 1991

vo sobre a melhor forma de compatibilizar a regulação sobre drogas com as normativas internacionais de direitos humanos.

No âmbito do direito comparado, é possível identificar uma diversidade de tipos de regulação sobre a criminalização do uso de drogas. Não obstante a diversidade de modelos de regulação infraconstitucional, não há registros internacionais da criminalização do uso de drogas em textos constitucionais de países democráticos, de forma que essa escolha tornaria o Brasil o único a optar por esta escolha normativa.

O que se verifica, portanto, é que inserir a criminalização do porte de qualquer quantidade e, conseqüentemente, do uso de drogas ilícitas diretamente no texto constitucional, além de representar um excepcionalismo brasileiro, também significaria aniquilar o debate sobre as melhores políticas de drogas baseadas em evidências, imobilizando o Poder Legislativo, que ficará impedido de regulamentar matéria que se encontra em constante discussão a nível nacional e internacional.

# 02

## DA ANÁLISE DE CONFORMIDADE MATERIAL DA PEC .45/2023 AOS REQUISITOS DO ART. 60, CRFB/88

### LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

No respeitante aos limites materiais ao poder de emenda à Constituição estabelecidos no parágrafo 4º do art. 60 da CRFB/88, faz-se necessário aprofundar o tema em análise, em especial à luz: (I) do princípio constitucional da **proporcionalidade**, e (II) do princípio da separação dos poderes.

Como cediço, o poder constituinte originário - no caso brasileiro, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 - faz a Constituição. O poder constituinte derivado é poder constituído e está submetido aos limites formais e procedimentais, assim como aos limites materiais impostos pela Carta Cidadã (FERREIRA, E. Inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n.º 132 out./dez. 1996, p. 295).

Dentre os limites materiais que resguardam o cerne inalterável da Constituição, estão aqueles declarados de forma expressa pelo poder constituinte originário, inscritos na proibição jurídico-constitucional do art. 60, parágrafo 4º, e também aqueles considerados implícitos, decorrentes dos princípios constitucionais e imanentes ao próprio espírito da Constituição de 1988.

“As Constituições republicanas brasileiras sempre tiveram um cerne imodificável constituindo a estrutura basilar do edifício jurídico, não podendo ser abalado por obra do poder reformador. As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura.

O constituinte de 1988 buscou excluir determinadas matérias da incidência do poder de reforma. Tratou ele de delimitar quais dispositivos da Constituição podem ser atingidos pelo poder de reforma e quais são inatingíveis. Karl Loewenstein (1976, p. 189), ao tratar das disposições intangíveis de uma Constituição, que têm a finalidade de livrar determinadas normas constitucionais de qualquer modificação, distingue duas situações. Por um lado, existem medidas para proteger instituições constitucionais concretas - intangibilidade articulada. Por outro, há aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição que não devem estar necessariamente expressos em dispositivos ou em instituições concretas, sendo implícitos, imanentes ou inerentes à Constituição. No primeiro caso, determinadas normas constitucionais se subtraem de qualquer emenda por meio de uma proibição jurídico-constitucional, e, no segundo caso, a proibição de reforma se produz a partir do “espírito” ou telos da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional.”

(PEDRA, A. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, pp. 137).

Nesta esteira, consolidou-se no direito brasileiro a “teoria dos limites dos limites” (derivada da teoria alemã Schranken-Schranken), que prevê limites vigentes para o legislador, em momentos de restrição de direitos fundamentais (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. 25 neu Auf. Heidelberg: Muller, 2009). Cumpre ressaltar que, ainda assim, caso o legislador faça uso de sua competência constitucional e decida pela restrição de direitos fundamentais, deverão ainda ser observados os princípios da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e da proporcionalidade. Nesse sentido,

“Tem como fundamento, portanto, impedir que o legislador aja livremente – desprovido de qualquer medida ou moderação – na restrição de direitos fundamentais, a fim de que um conteúdo, considerado como essencial, reste preservado, mesmo após a incidência dessas restrições. Portanto, à luz da teoria dos limites dos limites, o princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre se associar ao princípio da proporcionalidade.” (DUQUE, Marcelo Schenk; NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes. O princípio da Proporcionalidade à Luz da Teoria dos Limites: critérios de análise de restrições a direitos fundamentais. Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, pp. 949-968, 2018)

Do próprio texto constitucional emanado do poder constituinte originário resulta que mandatos de criminalização, a priori, não ofendem o âmago dos direitos fundamentais.

É o que extraímos dos seguintes incisos do art. 5º, CRFB/88, dispostos pelo povo brasileiro, reunido em Assembleia Nacional Constituinte:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará 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;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Não obstante o poder constituinte originário tenha determinado a criminalização do tráfico ilícito de drogas, a mesma escolha mandatária **não recaiu sobre a conduta de consumo pessoal de tais substâncias**, como quer a proposta de emenda constitucional em exame. Também não interferiu o poder constituinte originário nas margens de discricionariedade com que o legislador deveria tutelar a saúde coletiva diante do tráfico

ilícito de drogas, restando a melhor escolha de política criminal aberta à decisão do Poder Legislativo.

Assim, cabe perquirir se a proposta de emenda à constituição que cria mandado de criminalização da posse ou porte de drogas ilícitas, em qualquer quantidade, ofende as cláusulas pétreas ou qualquer dos princípios constitucionais implícitos.

## 01 Do princípio constitucional da proporcionalidade

Como estabelecemos acima, os direitos fundamentais, segundo o próprio texto constitucional, são passíveis de restrições por meio de projeto de lei ou proposta de emenda à constituição, em nome da proteção de outros direitos fundamentais ou da proteção do interesse coletivo, como é o caso dos mandatos de criminalização expressa de certas condutas, tais como o racismo, a prática de tortura e de tráfico ilícito de drogas.

Ademais, o art. 60, parágrafo 4º, alínea IV, da CRFB/88 não proíbe que o poder constituinte derivado restrinja direitos fundamentais, mas veda qualquer proposta de emenda ao texto constitucional que “tenda a abolir” os direitos e garantias individuais:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...) IV - os direitos e garantias individuais.

Dessa forma, o poder do legislador ordinário e também do constituinte derivado de estabelecer restrições a direitos fundamentais é limitado, o que a doutrina constitucional nomeia de “limites dos limites” ou “limites imanentes”, que balizam as escolhas legislativas.

Os limites dos limites dizem respeito ao núcleo essencial do direito ou garantia individual, assim como à proporcionalidade da restrição estabelecida:

“Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições propostas”. (MENDES, COELHO e BRANCO. Curso de Direito Constitucional. 2a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 315).

Estabelecidas estas margens materiais dentro das quais o Congresso Nacional poderá ampliar as hipóteses constitucionais de tutela penal de condutas, é necessário perquirir se a PEC n.º 45 de 2023, ao determinar a criminalização da posse e do porte de drogas, independente da quantidade, atendeu aos requisitos contidos no princípio constitucional da proporcionalidade, que tem fundamento no art. 5º, inciso LIX, CRFB/88, e é protegido com natureza de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, inciso IV, CRFB/88.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição de excesso constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador (CANOTILHO, Direito constitucional. 4a ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 447).

A aplicação do princípio da proporcionalidade permite a verificação de eventual excesso no poder legiferante, a partir do controle da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da providência legislativa.

No âmbito da adequação, estão vedadas propostas de emenda à constituição ou projetos de lei que se mostrem inadequados à consecução de sua finalidade. O meio é adequado se, com a sua utilização, pode ser alcançado o evento pretendido.

Por outro lado, a providência legislativa será considerada necessária se não houver outra medida, menos lesiva aos direitos fundamentais, para o atingimento dos fins almejados pelo legislador.

Finalmente, a medida legislativa guardará proporcionalidade em sentido estrito se houver equilíbrio entre a intensidade da intervenção proposta e os objetivos alcançados.

Esse equilíbrio não está presente na PEC n.º 45/2023, em vista do intenso debate em âmbito nacional e internacional sobre a eficácia da criminalização para redução da demanda.

A eficiência da criminalização do uso de drogas vem sendo discutida pela comunidade internacional especialmente diante do aumento global do consumo de drogas e do crescente poderio do crime organizado. Veja-se, a título de exemplo, estudo do Instituto Igarapé, sobre a reforma na política de drogas nas Américas:

“o continente americano se destaca no pioneirismo em reformas na política de drogas. Isso se explica uma vez que, após décadas de investimento com foco em políticas de repressão e de diminuição da oferta de drogas, os resultados esperados não foram atingidos. Ao contrário, não só o consumo de drogas aumentou, como também a violência gerada a partir de um lucrativo mercado ilegal. Assim, desde a década de 90, é crescente a tendência em prol de políticas de drogas voltadas para a saúde e a partir de uma perspectiva humana, com a Colômbia tornando-se o primeiro país do mundo a retirar da esfera criminal o consumo de drogas.” (SZABÓ et al., 2020. Reformas na política de drogas nas Américas, p. 1) (destaques nossos).

Em publicação datada de 2019, a UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime), em conjunto com a Organização Mundial da Saúde, publicou a iniciativa *Treatment and Care of People with Drug Use Disorders in Contact with the Criminal Justice System: Alternatives to Conviction or Punishment* (Tratamento e Cuidado de Pessoas com Transtornos por Uso de Drogas em Contato com o Sistema de Justiça Criminal: Alternativas à Condenação ou Punição), durante a realização da 59ª Sessão da CND (Co-

missão de Drogas Narcóticas da ONU). Os especialistas da UNODC e da OMS abordaram o problema a partir dos dados de percentual de pessoas que vivenciaram dependência de alguma substância e poderiam ser beneficiadas por tratamento de saúde. Curioso notar que, segundo o documento, em geral mulheres representam apenas uma a cada cinco pessoas que recebem tratamento para uso problemático de drogas, apesar de representarem uma a cada três pessoas que usam drogas no mundo, ou seja, desigualdades de gênero em sua interação com o estigma do crime afetam ainda mais negativamente o acesso ao tratamento. Destacamos a seguir outras conclusões importantes do citado documento:

Embora tenha sido descrita uma série de opções de tratamento eficazes para transtornos relacionados ao uso de drogas, a cobertura do tratamento a nível global é baixa. De acordo com estimativas do UNODC, apenas uma em cada seis pessoas que necessitam de tratamento tem acesso a ele e estima-se que, em muitos países, menos de 10 por cento das pessoas com perturbações relacionadas com o consumo de drogas estejam recebendo tratamento.

(...)

Embora o tratamento do transtorno por uso de drogas não seja necessário para todos que buscam redução do uso de drogas e recuperação, para alguns, pode ser um desses caminhos para a recuperação. A cobertura do tratamento é, no entanto, muito limitada em comparação com a necessidade do mesmo.

(Tradução livre. Treatment and Care of People with Drug Use Disorders in Contact with the Criminal Justice System: Alternatives to Conviction or Punishment, UNODC e OMS, 2019)

O contexto pós-Covid-19 tornou esses desafios ainda mais urgentes, como apontou em 2021 a UNODC: “o impacto social da pandemia — que provoca um aumento da desigualdade, da pobreza e das condições de saúde mental, sobretudo entre populações já vulneráveis — representa fatores que podem levar mais pessoas a consumir drogas.” (Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego. CEPAL, 2021).

Na ocasião do Relatório Mundial, afirmou a diretora-executiva do UNODC, Ghada Waly, que emergências globais como a de COVID-19, ampliaram as vulnerabilidades e não impediram que as estatísticas de apreensão e fabricação de muitas drogas ilícitas atingissem níveis recordes: ao mesmo tempo, as percepções errôneas sobre a magnitude do problema e os danos associados estão privando as pessoas de cuidados e tratamento e levando os jovens a comportamentos prejudiciais (Relatório Mundial sobre Drogas 2021, UNODC, disponível em: <https://wdr.unodc.org/>).

De acordo com a diretora-executiva do UNODC, precisamos destinar recursos e aten-

ção necessários para abordar todos os aspectos do problema mundial das drogas, incluindo o fornecimento de cuidados baseados em evidências a todos os que deles necessitam, e precisamos melhorar a base de conhecimentos sobre a relação das drogas ilícitas com outros desafios urgentes, tais como conflitos e degradação ambiental<sup>3</sup>.

Tais discussões em âmbito internacional levantam dúvidas relevantes sobre a eficácia da criminalização do uso de drogas, como definida por José Afonso da Silva:

A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada [...] É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica" (SILVA. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 65-66).

Como visto acima, a medida de tornar mandatária a criminalização da posse e do porte de substâncias ilícitas, independentemente da quantidade, incluindo a figura do consumo pessoal, engessa totalmente a esfera de avaliação dos legisladores ordinários, impedindo que a legislação esteja embasada nas melhores evidências, nas boas práticas de políticas públicas e nos consensos sociais.

Ora, o constituinte originário distinguiu precisamente a conduta de tráfico ilícito de drogas em seu mandado de criminalização (art. 5<sup>o</sup>, inciso XLIII, CRFB/88) e optou por **não estendê-lo ao consumo pessoal de substâncias** em prol da preservação de uma margem de discricção legislativa.

Na história recente, o Poder Legislativo tem se movimentado de acordo com a evolução social da matéria. As sanções para a conduta de consumo pessoal têm variado na legislação brasileira, tendo a própria Lei n.º 11.343/2006 diferenciado a figura penal do consumo pessoal (em seu art. 28) e optado pela tutela penal a partir de sanções não encarceradoras.

Dispor de forma absoluta, pela obrigatoriedade constitucional da criminalização do consumo pessoal, independentemente da quantidade, muito ao contrário de "conferir maior robustez à vontade do constituinte originário", como afirmam os nobres autores na justificativa da proposta de emenda, **desborda dos limites da escolha de política criminal feita pelo constituinte originário.**

Originalmente, o texto da Constituição da República de 1988 determinou a tutela penal

mandatória **tão somente da conduta de tráfico ilícito de drogas**, por meio do art. 5º, inciso XLIII:

XLIII - a lei considerará 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;

Ao positivar tão somente a criminalização da conduta de tráfico ilícito, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 deixou em aberto a margem de discricionariedade legislativa para avaliação da melhor abordagem da questão do uso de drogas ilícitas, em respeito à proteção da dignidade e da saúde da pessoa humana.

Nesse sentido, a extensão do programa criminalizante que pretende a PEC n.º 45 de 2023 não resiste aos testes de adequação e necessidade, ínsitos ao princípio constitucional de proporcionalidade e, portanto, ofende a cláusula pétrea disposta no art. 5º, inciso LIV, conjugado com o art. 60, §4º, inciso IV, ambos da CRFB/88.

## **02 Princípio da separação dos poderes e limitação do poder constituinte derivado.**

A Proposta de Emenda à Constituição traz à tona uma questão fundamental para o equilíbrio democrático do Estado brasileiro: a estrita observância ao princípio da separação dos poderes, tal como consagrado pela Constituição Federal. No âmbito dessa separação, o art. 22, inciso I, da Constituição estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito penal, uma prerrogativa que visa assegurar a uniformidade das normas penais em todo o território nacional, protegendo a justiça e a segurança jurídica.

A introdução de mandados de criminalização por meio de uma PEC, contudo, parece violar esse cuidadoso equilíbrio constitucional. Ao fazer isso, o poder constituinte derivado, responsável pela alteração da Constituição dentro de limites estritos e respeitando as cláusulas pétreas, atua de maneira subverter a competência legislativa privativa da União pensada pelo constituinte originário. Esta competência, conforme desenhada pelo processo legislativo, envolve não apenas a deliberação e votação por parte do Congresso Nacional, mas também a sanção ou veto do Presidente da República (art. 66 da Constituição). Ao obviar esse processo, a PEC retira do chefe do Executivo a legítima apreciação sobre as leis penais, infringindo o princípio da separação dos poderes e o equilíbrio entre as funções estatais. Rememora-se que todos os mandados de criminalização presentes na Constituição decorrem de exercício do poder constituinte originário.

Conectado a isso, o princípio da soberania popular também se vê ameaçado pela criação de um mandado de criminalização via PEC. O art. 1º, parágrafo único da Constituição prevê que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". O art. 14 da CF complementa o

princípio ao prever que a soberania será exercida por meio do direito ao voto e de outras formas de participação social, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Nesse sentido, ao ignorar o processo legislativo que inclui debate parlamentar, participação pública e sanção presidencial, tal medida subtrai do povo, detentor último da soberania, a capacidade de influenciar e decidir sobre mudanças legais significativas, enfraquecendo a democracia participativa e a representação política que são essenciais para a expressão da vontade popular no Brasil.

Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático. (J.J. Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7a. ed., p. 585, Coimbra: Almedina, 2003)

É imprescindível que tais mudanças sejam realizadas seguindo o devido processo legislativo. Este processo foi desenhado pela Constituição justamente para garantir a participação, o debate e o controle mútuo entre os poderes, assegurando que mudanças significativas, como as propostas pela PEC, sejam fruto de uma deliberação cuidadosa e equilibrada. Assim, reafirma-se a importância de aderir ao princípio da separação dos poderes, não apenas como um mandamento constitucional, mas como uma garantia fundamental do Estado de Direito e da democracia no Brasil. A política criminal não deve ser feita no texto constitucional, mas sim através de leis federais.

Em síntese, a criação de mandados de criminalização pelo constituinte derivado viola o princípio da separação de poderes.

# CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se pela inconstitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição n.º 45, de 2023, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG) e de outros respeitáveis Senadores da República, em razão dos **vícios de inconstitucionalidade material** acima apontados.

Nesse sentido, afirmamos que seriam consequências da aprovação da PEC 45:

## a) Incompatibilidade com Princípios Constitucionais

A PEC 45/2023 entra em conflito direto com princípios fundamentais da Constituição Brasileira, como o respeito à dignidade da pessoa humana, a busca pelo bem-estar social e a garantia de direitos individuais.

## b) Consequências Negativas na Saúde Pública

Há evidências de que a criminalização tende a agravar os problemas de saúde pública associados ao uso de drogas, ao invés de mitigá-los.

## c) Impacto Social e Econômico Adverso

A abordagem da PEC 45/2023 acarreta custos sociais e econômicos significativos. Ela sobrecarrega o sistema judiciário e prisional, cria barreiras no mercado de trabalho para indivíduos com antecedentes criminais e exacerba a desigualdade social e a marginalização de grupos vulneráveis.

## d) Violação de Direitos Humanos

A criminalização da posse e do porte de, afetando desproporcionalmente as populações mais vulneráveis e marginalizadas.

## e) Desconsideração de Evidências e Experiências Internacionais e necessidade de políticas baseadas em evidências

A PEC 45/2023 ignora as evidências e lições aprendidas com experiências internacionais e vai contra a tendência global e a necessidade de políticas baseadas em evidências científicas, que priorizam a saúde pública, os direitos humanos e a segurança social.

Em resumo, a PEC 45/2023, representa um retrocesso em termos de direitos humanos, saúde pública, justiça social e eficácia política. As evidências disponíveis sugerem fortemente que uma abordagem mais humanitária, baseada em saúde, educação e respeito aos direitos humanos, seria não apenas mais eficaz, mas também mais alinhada com os valores fundamentais da sociedade brasileira e garantidos pela Constituição Federal a todas as pessoas residentes no país.

SECRETARIA NACIONAL DE  
**POLÍTICAS SOBRE DROGAS  
E GESTÃO DE ATIVOS**

MINISTÉRIO DA  
**JUSTIÇA E  
SEGURANÇA PÚBLICA**

