



ISSN 0034-835X  
e-ISSN 2596-0466

# Revista de Informação Legislativa



volume 62

# 246

abril a junho de 2025

SENADO FEDERAL



# A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023

## The Unconstitutionality of the Criminalization Order Proposed in PEC n. 45/2023

Claudio Demczuk de Alencar<sup>1</sup>

### Resumo

O artigo demonstra a inconstitucionalidade da PEC nº 45/2023 com base na caracterização dos mandados de criminalização como institutos históricos e excepcionais. Isso significa que o constituinte derivado não pode instituir novas hipóteses de mandados sem que infrinja os postulados dos direitos e garantias individuais e da separação dos Poderes (inconstitucionalidade formal). Do mesmo modo, se se procede ao exame da constitucionalidade material, a solução não é diferente; a criminalização do consumo de drogas por adultos capazes em quantidades compatíveis com o uso pessoal, como determina a PEC nº 45/2023, não responde adequadamente aos critérios da dignidade penal (merecimento) nem da carência da pena (necessidade). Desse modo, seu componente de proibição do excesso é desproporcional e contraria jurisprudência recente do STF a respeito do tema.

Palavras-chave: PEC nº 45/2023; Direito Penal; mandados de criminalização; Direito Constitucional; controle de constitucionalidade.

### Abstract

The article demonstrates the unconstitutionality of PEC n. 45/2023 based on the characterization of criminalization orders as historical and exceptional institutes. This means that the derived constituent cannot establish new hypotheses of orders without violating the postulates of individual rights and guarantees and the separation of Powers (formal unconstitutionality). Likewise, if the substantive constitutionality is examined, the solution is no different; the criminalization of drug use by capable adults in quantities compatible with personal use, as determined by PEC n. 45/2023, does not adequately

---

<sup>1</sup> Claudio Demczuk de Alencar é mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado. E-mail: [claudioalencar@pertence.com.br](mailto:claudioalencar@pertence.com.br)

respond to the criteria of criminal dignity (merit) or the need for punishment (necessity). Therefore, its component of prohibition of excess is disproportionate and contradicts recent jurisprudence of the STF on the subject.

Keywords: PEC n. 45/2023; Criminal Law; criminalization warrants; Constitutional Law; constitutionality control.

Recebido em 19/8/24

Aprovado em 31/1/24

DOI: [https://doi.org/10.70015/ril\\_v62\\_n246\\_p71](https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p71)

Como citar este artigo: ABNT<sup>2</sup> e APA<sup>3</sup>

---

## 1 Introdução

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45, de 2023, pretende alterar o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), para estabelecer um *mandado de criminalização* para a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”<sup>4</sup>. A iniciativa é inédita: ainda não se havia tentado limitar o poder de conformação do legislador penal ordinário mediante emenda constitucional (EC).

A PEC nº 45/2023, também chamada *PEC das drogas*, já aprovada em dois turnos no Senado Federal, aguarda deliberação da Câmara dos Deputados. Contudo, ao contrário do que se poderia esperar de um mandado de criminalização, seu intento declarado não se destina propriamente ao legislador; conforme se afirma na justificção, o propósito é alterar o possível resultado do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659/SP, no qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (*Lei de drogas*) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que deu provimento ao recurso.

---

2 ALENCAR, Claudio Demczuk de. A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 71-97, abr./jun. 2025. DOI: [https://doi.org/10.70015/ril\\_v62\\_n246\\_p71](https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p71). Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril\\_v62\\_n246\\_p71](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p71)

3 Alencar, C. D. de. (2025). A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 71-97. [https://doi.org/10.70015/ril\\_v62\\_n246\\_p71](https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p71)

4 O novo inciso LXXX do art. 5º da CRFB, segundo o texto aprovado pelo Senado, teria a seguinte redação: “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” (Brasil, 2023).

Este estudo analisa o emprego e a adequação do instituto jurídico dos *mandados de criminalização* definidos na PEC nº 45/2023 e como sua correta compreensão pode repercutir na análise da sua constitucionalidade. Aliás, a própria denominação desses *mandados* varia bastante, segundo a preferência de diferentes autores. É possível, entretanto, tomar como expressões sinônimas: “mandados de criminalização”, “imperativos explícitos de criminalização” (Gomes, 2003, p. 111), “expressas obrigações constitucionais de tutela penal” (Dolcini; Marinucci, 1994, p. 170), “cláusulas de criminalização” (Luisi, 2003, p. 58), “imposições constitucionais expressas de criminalização” (Cunha, 1995, p. 309; Antunes, 2020, p. 60), “competência punitiva positiva (deveres constitucionais de criminalização)” (Dimoulis, 2016, p. 95), “mandados constitucionais de penalização” (Feldens, 2005, p. 69) e até “indicações constitucionais de criminalização”<sup>5</sup> (Paschoal, 2003, p. 73).

Adota-se aqui a expressão *mandados de criminalização*, utilizada em trabalhos mais recentes e pelo STF em suas decisões. Dirigido ao legislador ordinário, o mandado de criminalização é uma norma constitucional que estabelece a obrigação de *criminalizar* – no sentido mesmo de *tipificar* – certa conduta. Desse modo, o constituinte registra uma prévia valoração político-criminal concernente à dignidade penal de um bem jurídico e à necessidade de pena para determinada conduta, de modo a afirmar a ambas em substituição do juízo que normalmente competiria ao legislador ordinário.

Um exemplo: na CRFB há o inciso XLII do art. 5º, que define: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (Brasil, [2024a]). Para dar cumprimento à regra, editou-se a Lei nº 7.716/1989 (*Lei de racismo*), que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. É notável, pois, a atuação do legislador penal infraconstitucional para efetivar o disposto no texto da CRFB (Gonçalves, 2007, p. 162).

À primeira vista, chama atenção a frequência de certa prevenção ao tema dos mandados de criminalização. Gomes (2003, p. 111) afirma tratar-se de “questão delicada”; Palazzo (1989, p. 103) vê um “problema” nas obrigações constitucionais de criminalização; Prado (1997, p. 81) entende as indicações criminalizadoras como “excepcionais”; Semer (2020, p. 175) aponta que a contradição de motivos no cerne do instituto recomenda extrema cautela em sua aplicação; Santana Vega (2001, p. 865) pontua que se trata de “problemática cuestión”; e Paschoal (2003, p. 134) vai além e defende que, mesmo nos casos de determinações constitucionais, não pode haver obrigatoriedade incondicional de criminalização.

O estudo dos mandados de criminalização está no vértice das relações entre a Constituição e o Direito Penal. Mais que isso, está entre os direitos fundamentais dos acusados e das vítimas e a intervenção penal. O ponto nevrálgico é conceber a Constituição não apenas como limite, mas também como fundamento do Direito Penal, de modo que a existência dos mandados de criminalização é evidente sintoma.

---

<sup>5</sup> Com as ressalvas que obviamente o entendimento da autora impõe (Paschoal, 2003, p. 96).

## 2 Perspectiva histórica dos mandados de criminalização

### 2.1 Mandados de criminalização de primeira geração

Os mandados de criminalização estão presentes em Constituições ocidentais, e o Brasil muito se valeu deles. Na maioria das vezes, os mandados prescritos pelo constituinte originário estão relacionados ao contexto histórico e político da ruptura que desagou no processo constituinte (Santana Vega, 2001, p. 866). Trata-se dos mandados de primeira geração.

Na Alemanha do pós-Segunda Guerra, por exemplo, estabeleceu-se apenas um mandato de criminalização: a punição ao atentado à convivência pacífica entre os povos e à preparação de guerra de agressão (Deutschland, [2024], art. 26). Na Constituição da Itália, também há um: a penalização da violência física e moral contra pessoas submetidas a restrições de liberdade (Italia, 2023, art. 13, n. 4). Dolcini e Marinucci (1994, p. 173-174) registram sua presença na Constituição alemã “como resposta às experiências tiradas do período do nacional-socialismo”; e que na italiana se refletiu “o conhecimento dos arbítrios e das violências, sobretudo de parte da polícia, que se tinham perpetrado sob o regime fascista”. Cunha (1995, p. 212), por sua vez, ressalta o “condicionalismo histórico bem situado” de semelhantes dispositivos, ao passo que Santana Vega (2001, p. 867) salienta a realização desses processos constituintes posteriores a regimes autoritários e a preocupação de se evitar “la repetición de tan trágico pasado”.

### 2.2 Mandados de criminalização de segunda geração

Há outra ordem de mandados de criminalização também históricos, mas prospectivos e direcionados ao futuro: os da segunda geração. São os mandados relativos a bens jurídicos coletivos considerados vulneráveis e de difícil recuperação, numa projeção social de futuro (Santana Vega, 2001, p. 867). Na Constituição espanhola, por exemplo, destacam-se como merecedores e carentes de sanções penais a proteção do meio ambiente (art. 45.3) e a conservação do patrimônio histórico, cultural e artístico (España, [2024], art. 46). De acordo com Palazzo (1989, p. 104), tais “cláusulas são expressões de uma sensibilidade constitucional, hoje indiscutivelmente viva na tutela dos interesses difusos e sociais, destinada a perdurar por todo o futuro no quadro das indicações de conteúdo, características do Estado Social”.

No Brasil não é diferente. A CRFB contém mandados de criminalização de primeira e segunda gerações. Após a ditadura militar (1964-1985), o constituinte originário ocupou-se do passado recente ao definir como crime a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); também estabeleceu a necessidade de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias individuais (art. 5º, XLI), além do severo tratamento penal para a tortura (art. 5º, XLIII). Na outra ponta, com os olhos no futuro, o constituinte firmou que as condutas e atividades lesivas

ao meio ambiente sujeitam os infratores, inclusive pessoas jurídicas, a sanções penais e administrativas (Brasil, [2024a], art. 225, § 3º).

Assim, os mandados de criminalização são institutos jurídicos históricos, frutos “de um condicionamento historicamente bem situado pelo constituinte” (Palazzo, 1989, p. 104). Trata-se de razões de política criminal orientadas para o futuro ou pelo passado que não se quer repetir – daí sua perenização no texto constitucional. Nisso há uma imbricação histórica: o juízo prospectivo do constituinte tomado em dadas circunstâncias acaba plasmado na Constituição.

### 2.3 Excepcionalidade dos mandados de criminalização

A par de sua perspectiva histórica, ou mesmo em razão dela, são excepcionais os mandados de criminalização. Sua primeira função é não só criar para o legislador ordinário a obrigação de criminalizar, mas também conferir maior estabilidade (ou mesmo “engessamento”) à abordagem dos temas que passam a submeter-se à disciplina de reforma das Constituições rígidas.

É preciso, entretanto, observar o princípio da legalidade (Brasil, [2024a], art. 5º, XXXIX). Não pode o constituinte suplantar a função reservada ao legislador ordinário ao estabelecer um mandato de criminalização. Gonçalves (2007, p. 162), nessa linha, teoriza sobre o que chamou de “tipo constitucional de crime”, em que o preceito primário (tipo descritivo) e o secundário (sanção cominada) fossem dispostos em norma constitucional<sup>6</sup>. Para o autor, semelhante construção seria inconstitucional ao infringir o princípio da legalidade, pois a própria Constituição estabelece que a lei ordinária é o *locus* apropriado para a tipificação de condutas. Isso tem uma razão de ser: a lei penal deve ser flexível justamente para acompanhar a dinâmica dos valores da sociedade. Em regra, a lei penal é mutável e seu “engessamento” constitucional, uma exceção; assim, os mandados de criminalização, condicionados historicamente, têm caráter excepcional (Santana Vega, 2001, p. 866).

Outro dado que se pode recolher desses exemplos de mandados de criminalização é que os crimes mais graves não são os escolhidos pelo constituinte para figurar em dispositivos constitucionais. O bem jurídico *vida*, por exemplo, não consta expressamente de nenhuma daquelas Constituições, embora seja realmente difícil recusar dignidade penal à vida humana. Esse é exatamente o ponto de partida de algumas construções em torno dos mandados *implícitos* de criminalização (Feldens, 2005, p. 118) examinados adiante; por ora, basta reafirmar o caráter histórico da seleção dos mandados de criminalização. Se no passado anterior a uma assembleia constituinte certo evento tivesse provocado uma grave periclitância da vida, ou se isso se pudesse ter antevisto, a esse bem jurídico poderia ter sido

---

<sup>6</sup> A redação da PEC nº 45/2023 chega bem perto disso.

concedido um mandado de criminalização<sup>7</sup>. E isso não se verificou; não porque a vida não seja dotada de dignidade penal suficiente, mas porque critérios históricos não indicavam uma necessidade premente.

## 2.4 Especificidades do caso brasileiro

Também se devem considerar os mandados de criminalização constantes da CRFB. Gomes (2003, p. 111) julga ser “excepcionalmente ampla” a quantidade de imperativos explícitos de criminalização. Luisi (2003, p. 58) afirma que a CRFB foi “por demais farta” nessa função criminalizadora. Santana Vega (2001, p. 867) menciona o espectro mais amplo da Constituição, e Dolcini e Marinucci (1994, p. 171) ressaltam ser excepcionalmente vasto o rol de mandados de criminalização da CRFB.

A correlação de forças políticas na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) (1987-1988) resultou não só nos tradicionais dispositivos históricos (por exemplo, sobre a tortura e ação de grupos armados) e nos relativos a um projeto de país (por exemplo, sobre meio ambiente), mas também em outros, desligados dessa agenda progressista, para atender aos conservadores na então incipiente pauta da segurança pública (por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes hediondos).

A esse respeito, Dimoulis (2016, p. 96) argumenta que a CRFB cuidou de pormenorizar os direitos e garantias penais e processuais penais para afastar a recorrência das violências perpetradas na ditadura. A crença no potencial do Direito Penal para a solução de conflitos, no entanto, não se abalou; da retenção de salários aos danos ambientais, a solução tem sido o Direito Penal. Para o autor, a opção do constituinte “confirma a natureza compromissória da Constituição de 1988, que incorpora normas de inspiração diversa e não raramente contraditória, atendendo reivindicações de grupos sociais com interesses contrapostos” (Dimoulis, 2016, p. 96).

Gonçalves (2007, p. 18-19) revela o raciocínio: os mandados de criminalização seriam a “contrapartida” do constituinte ao extenso rol de garantias penais e processuais penais constantes da CRFB, o que evidentemente não põe fim à contradição. Paschoal (2003, p. 101-102), por sua vez, afirma que esse suposto acordo pode não ter ocorrido de fato; embora reconheça o caráter negocial da ANC, enfatiza que muitas negociações então consideradas provisórias alcançaram o texto definitivo da CRFB por força de conflitos de interesses insuperáveis.

Por sua vez, em que pese reconhecer a influência da política criminal de *lei e ordem* na constitucionalização dos crimes hediondos, Franco (2007, p. 74, 79) contemporiza com as contradições constantes do texto constitucional para rematar a questão:

---

<sup>7</sup> Pense-se, por exemplo, nas repercussões históricas imediatas de um evento como a pandemia de Covid-19 (2020-2023) no funcionamento de uma assembleia constituinte.

Não deve, por fim, causar estranheza que a Constituição abrigue posições que se antagonizam, ora movidas pela nobreza da motivação, ora cedendo a posturas político-criminais menos generosas. Está ela longe de ser uma ordenação fechada em si mesma e que, por tal motivo, guarde uma harmonia perfeita. Toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de ideias subjacentes ao pacto fundador.

Ou seja, um mandado de criminalização nasce da experiência histórica e do projeto de futuro da Constituição. Trata-se de regra constitucional dirigida ao legislador ordinário. É medida excepcional, que deve ser empregada com cautela, ainda que se considere o vasto rol instituído pelas especificidades do constituinte.

Nisso já se vê que algo anda mal com a *PEC das drogas*, pois a criminalização do porte e posse de droga está na contramão da história e da experiência internacional. Dado o componente histórico e excepcional do instituto, é o caso de se negar legitimidade ao constituinte derivado para tratar do tema, sobretudo quando sua declarada intenção é influir na jurisdição constitucional (Brasil, [2024a], art. 60, § 4º, III-IV). Não há acontecimento histórico algum a recomendar a excepcional adoção de mais um mandado de criminalização. Além disso, não há vácuo ou vazio legislativo, já que vigora o art. 28 da *Lei de drogas*.

Essas breves considerações indicam a inconstitucionalidade formal da PEC nº 45/2023.

### 3 Constituição, Direito Penal e mandados de criminalização

Se se concebe a Constituição também como *fundamento* do Direito Penal, e não apenas como seu *limite*, como antes ocorria, avultam alguns pontos de contato entre as matérias. O principal deles é a teoria do *bem jurídico*. Nessa concepção, a teoria perde sua função exclusivamente limitadora do poder punitivo, mas o bem jurídico penal ainda deve ter amparo na Constituição. Em linhas gerais, ele é o direito (constitucional) fundamental e, em caso de ofensa, em seu nome se autoriza intervir na liberdade do autor.

Assim, a necessária *congruência* (mas nem por isso *identidade*) deve ser verificada entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais; por isso, Antunes (2020, p. 59) dispõe-nas numa “relação de mútua referência”. Além da aproximação entre direitos fundamentais e bem jurídicos penais, o relacionamento mais direto entre o Direito Penal e a Constituição também ocorre por meio: a) das proibições constitucionais de incriminação; b) dos mandados expressos de criminalização; e c) dos mandados implícitos de criminalização (Dolcini; Marinucci, 1994, p. 155-164, 170-190; Antunes, 2020, p. 59-73).

### 3.1 Bem jurídico penal, direitos fundamentais e proporcionalidade

A categoria constitucional dos direitos fundamentais relaciona-se *materialmente* com a categoria penal dos bens jurídicos (Feldens, 2005, p. 69). Isso fica mais visível com o desenvolvimento da compreensão de que os direitos fundamentais, sobretudo os de novas gerações, podem ser compreendidos também como *imperativos de tutela*.

Em geral, os direitos fundamentais eram garantias oponíveis pelo cidadão contra o Estado. Com os direitos de segunda e terceira gerações, a correlação ficou mais complexa e podem-se divisar *deveres estatais de prestação* – em que o Estado é obrigado a prover o direito de particulares –, bem como situações em que os direitos fundamentais são mediados pelo Estado numa relação entre particulares e mesmo diretamente entre os cidadãos. São exemplos clássicos disso a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e o direito à propriedade (Brasil, [2024a], art. 5º, XXII). Entretanto, a defesa do consumidor não consta de um mandado expreso de criminalização. Pode o Estado, ainda assim, criminalizar condutas atentatórias aos direitos dos consumidores? Sim, e o fez por meio da Lei nº 8.078/1990 (*Lei de proteção e defesa do consumidor*). Contudo, nesse caso a missão do legislador e a sua margem de discricionariedade não se esgotam na identificação do bem jurídico com ancoragem constitucional. É preciso mais.

É indispensável que, em relação aos demais princípios penais (notadamente os da ofensividade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade), se afirmem a dignidade penal (merecimento) e a carência de sanção penal (necessidade) da conduta em questão (Gomes, 2003, p. 112). A adoção da Constituição como fundamento do Direito Penal permite, ademais, um refinamento no emprego do princípio constitucional da proporcionalidade que transcenda a proporcionalidade penal ou em sentido estrito.

Concepções como as de Sarlet (2004), Streck (2005) e Feldens (2005, p. 155-210), com amparo na literatura alemã e já referendadas pelo STF (Brasil, 2019, p. 524-525), apresentam critérios significativos para a análise de constitucionalidade das leis penais e inevitáveis reflexos para o instituto dos mandados de criminalização. Em princípio, o poder do legislador penal é discricionário, e são excepcionais as conformações constitucionais em que se estabelecem os tipos e se cominam as correspondentes sanções. Essa deferência para com o legislador penal faz parte da história da jurisdição constitucional. Alguns critérios mais sérios têm sido postos em prática e, se não chegam a propriamente contrastar com o juízo de conveniência e oportunidade do legislador penal, agregam requisitos constitucionais antes desprezados e que se devem observar para criminalizar condutas.

A dimensão do princípio da proporcionalidade mais conhecida é a da proibição do excesso (*Übermassverbot*), em que a proporcionalidade não só atua como limite para controlar a ação estatal, como forma de contenção crítica à atividade criminalizadora, mas também impõe a abstenção do Estado em hipóteses de restrições a direitos fundamentais (D'Avila; Scalcon, 2017, p. 62). Streck (2005, p. 176) chamou-a de “garantismo negativo”. Entretanto, há o critério da proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais

(*Untermassverbot*), cuja finalidade não é limitar o Direito Penal, mas fomentar a atividade legislativa criminalizadora sempre que o Estado esteja aquém da proteção devida aos cidadãos em matéria criminal. Quando um direito fundamental se apresenta como imperativo de tutela ou como dever de prestação estatal e se verifica situação de deficiência, o Estado pode lançar mão da lei penal para atender à proporcionalidade. Com base nesse entendimento, Feldens (2005)<sup>8</sup> defende a existência de mandados implícitos de criminalização.

Como situar, pois, as pretensões da PEC nº 45/2023 e o princípio da proporcionalidade? A primeira dificuldade é identificar se o novo mandato de criminalização tutela algum direito fundamental. A alteração ocorre em virtude da inclusão de novo inciso no art. 5º da CRFB, mas isso não é suficiente para se reconhecer a criminalização da posse e do porte de drogas como um direito fundamental. Essa seria uma solução simplista, positivista e sem fundamento dogmático.

Na justificação da PEC nº 45/2023, destaca-se a saúde como direito de todos e dever do Estado (Brasil, [2024a], art. 196). Porém, não é possível tratar o usuário de drogas com tanta condescendência, como incapaz de cuidar da própria saúde e merecedor da intervenção estatal em tema que, quando muito, se relaciona à inviolabilidade de sua vida privada (Brasil, [2024a], art. 5º, X). Ademais, outras intervenções em matéria de saúde pessoal dependem sempre da permissão do paciente; é assim até na internação decorrente da drogadição.

A segurança pública é outro “direito fundamental” comumente referido na justificação e levantado no debate sobre a criminalização do uso de drogas. Esse tema tem surgido no debate sobre quase toda e qualquer incriminação. Dimoulis (2016, p. 75-79) desenvolve bons argumentos sobre o direito fundamental à segurança (arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput*, da CRFB), e um deles é o de que a segurança pública é espécie (art. 144, da CRFB). Para o constitucionalista, que se afasta da noção de bem jurídico penal (Dimoulis, 2016, p. 82-83), a tutela da segurança é pré-requisito de qualquer incriminação; não pode haver tipo penal que afete a segurança de terceiros. Essa é a razão de ser da tipificação e da pena: somente depois de afirmada a afetação da segurança se prosseguirá no exame da proporcionalidade e, conseqüentemente, da possível legitimação constitucional do crime em questão.

O autor (Dimoulis, 2016, p. 75-79) divisa quatro aspectos no direito à segurança: a) apenas a invocação da segurança não é suficiente para legitimar a incriminação; ao contrário, dado seu caráter vago, a segurança poderia acabar por legitimar toda e qualquer incriminação; trata-se apenas de um pré-requisito; b) a segurança é um direito sem conteúdo próprio e por isso não satisfaz a legitimidade de qualquer incriminação; a segurança trata de garantir a intangibilidade de outros direitos fundamentais, e a remissão aos direitos de fundo é indispensável para legitimar a incriminação; assim, a menção à segurança pública é também

---

<sup>8</sup> “Essa categoria [mandados constitucionais de penalização], como intentaremos demonstrar, não se exaure nas disposições constitucionais expressas. Paralelamente, afigura-nos possível extrair outras, implícitas, as quais, em nosso estudo, viabilizam-se como tais desde um raciocínio enfeixado a partir de duas categorias autorreferentes, mas distinguíveis conceitualmente: os direitos fundamentais (como imperativos de tutela) e o princípio da proporcionalidade (especificamente, como proibição de proteção deficiente)” (Feldens, 2005, p. 68).

insuficiente, pois não convence e não passa de mero pretexto ilegítimo; a justificativa há de ser concreta e específica; c) o direito social à segurança é prestacional; é dever do Estado em favor de todos, independentemente de condições pessoais; e d) a segurança só pode ser buscada com penas de finalidades preventivas negativas (especial e geral).

Como se vê, também não socorre a PEC nº 45/2023 algum fundamento na segurança pública de forma indeterminada porque não há afetação da segurança de quaisquer terceiros pelo ato de possuir ou portar drogas para consumo *pessoal*. A menção feita na justificação não passa de mero pretexto para o mandado de criminalização pretendido. Ainda que se admita por hipótese que o cuidado com a saúde pública possa de alguma forma amparar a criminalização do usuário de drogas, a desproporcionalidade da medida impõe-se na vertente da proibição do excesso. Não há por que colocar na prisão quem possua quantidade de drogas compatível com o uso pessoal. A própria redação final da PEC nº 45/2023 reconhece isso ao estabelecer um estranho mandado de criminalização a que, constitucionalmente, se cominam penas alternativas à prisão e tratamento contra a dependência.

De outra parte, como também não se demonstrou que as previsões vigentes da *Lei de drogas* estão em descompasso com a realidade e deixam o amparo à sociedade aquém do suficiente, não há que se cogitar da proibição de proteção deficiente, que deveria ser o fundamento maior para se implantar um mandado constitucional de criminalização.

### 3.2 Proibições constitucionais de incriminar

Dolcini e Marinucci (1994, p. 155-164) divisam duas formas de proibições constitucionais de incriminação: as decorrentes do exercício de *direitos da liberdade* e as provenientes dos próprios *princípios fundamentais*. Se a CRFB estabelece a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (Brasil, [2024a], art. 5º, IX), promana desse direito à liberdade o fato de que não é crime contra a honra a opinião desfavorável da crítica (Brasil, [2024b], art. 142, II). O legislador penal não pode transformar em crime o puro e simples exercício de um direito constitucional.

Nessa linha é a decisão do STF. No caso conhecido como *Marcha da maconha*, ao julgar a ADPF nº 187/DF, ele procedeu a uma interpretação conforme à Constituição do tipo penal *apologia de crime*, “de forma a excluir qualquer interpretação que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (Antunes, 2020, p. 64, nt. 137).

A outra ordem de proibições de criminalização, segundo Dolcini e Marinucci (1994, p. 155-164), advém dos princípios fundamentais; eles destacam o papel do princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (Brasil, [2024a], art. 5º). Assim, qualquer que seja o motivo, a lei penal não pode ser discriminatória, ao tratar desigualmente os cidadãos. Um exemplo muito difundido desses casos diz respeito aos direitos dos homossexuais. O Tribunal Constitucional português julgou

inconstitucional o crime de atos homossexuais com adolescentes (na redação anterior a 2007) porque havia indevida diferenciação do crime sexual análogo que ocorresse entre heterossexuais (Acórdãos nºs 247/2005 e 351/2005 *apud* Antunes, 2020, p. 27, nt. 29). Por semelhantes motivos, ao julgar a ADPF nº 291/DF, entendeu o STF como não recepcionadas pela CRFB as expressões *pederastia ou outro e homossexual ou não* então constantes do art. 235 do Decreto-lei nº 1.001/1969 (*Código penal militar*); o texto desse artigo foi alterado pela Lei nº 14.688/2023.

É possível detectar na inviolabilidade da vida privada e da intimidade (Brasil, [2024a], art. 5º, X) uma proibição de incriminar condutas que não influem na vida de terceiros, como é o caso do consumo de drogas. Afinal, o crime do art. 28 da *Lei de drogas* é um crime sem vítimas. No mínimo, está-se diante de um conflito penal-constitucional de primeira ordem ou originário, em que a conduta que se pretende incriminar (o uso de drogas) corresponde ao exercício de um direito fundamental (a inviolabilidade da vida privada) (Dimoulis, 2016, p. 74).

### 3.3 Mandados expressos de criminalização

Já se comentou aqui sobre o instituto dos mandados de criminalização, em especial de seu componente histórico e caráter excepcional (Santana Vega, 2001, p. 866). Contudo, em alguma medida é possível aprofundar-se em sua dogmática. A função do mandato de criminalização tomada em sentido amplo é a proteção de direitos fundamentais (Gonçalves, 2007, p. 162), encartados numa regra constitucional (e não em princípios) com eficácia limitada, pois para o seu cumprimento depende da intervenção do legislador ordinário (*interpositio legislatoris*) (Gonçalves, 2007, p. 160-161).

Quanto às consequências da previsão de um mandato de criminalização, o constituinte condiciona o agir do legislador penal, diminuindo-lhe a discricionariedade. De fato, segundo Gonçalves (2007, p. 178), a decisão político-criminal pela criminalização, normalmente a encargo do legislador ordinário, é antecipada pelo próprio constituinte que “já se decidiu por ela”; para Santana Vega (2001, p. 867), a margem de discricionariedade do legislador acaba reduzida a zero. De todo modo, a lei penal decorrente de mandato de criminalização não é diferente da lei penal ordinária (Santana Vega, 2001, p. 870). As considerações subjacentes à criação de um mandato de criminalização são as mesmas para a criação de um tipo penal. Fundamentam-se numa dupla ordem de considerações: a dignidade penal do bem jurídico protegido e a necessidade do recurso à pena (Dolcini; Marinucci, 1994, p. 172) – a diferença é que advém do constituinte essa antecipação de valores político-criminais (Antunes, 2020, p. 72).

Assim, estaria de fato o legislador de mãos atadas e desincumbido de suas funções? Dimoulis (2016, p. 97-99) apresenta uma abordagem que, detalhista e pródiga em mandados de criminalização, pormenoriza as penas a serem aplicadas (reclusão), as regras de prescrição (imprescritível) e os critérios para a concessão de eventual liberdade provisória

(inafiável). A CRFB limitou-se ao *nomen iuris* do tipo penal a ser criado. Basta pensar em conceitos como *tortura*, *crimes hediondos* e mesmo *tráfico de drogas*, para constatar que ainda restou uma grande margem de discricionariedade para o legislador definir taxativamente esses conceitos, muito em razão da baixa densidade normativa dos mandados da CRFB. Com esse entendimento, o autor delinea uma tríplice alteração do ordenamento jurídico pela introdução de um mandado de criminalização: a) há a obrigação do legislador de cumprir o mandado; b) o mandado estabelece uma justificativa inicial não exauriente nem suficiente para a atividade legislativa; e c) como decorrência das anteriores, e mais importante, a criminalização decorrente de mandado constitucional não é infensa ao controle de constitucionalidade (Dimoulis, 2016, p. 98). Para o jurista, é inconstitucional não só a criminalização do consumo de drogas mas também os tipos previstos para o *tráfico de drogas*<sup>9</sup>, dado que não há justificativa plausível para a escolha de um número reduzido de entorpecentes criminalizados, o que gera tratamento desigual, nem há direito fundamental a ser tutelado se o destinatário das drogas é “adulto mentalmente são” (Dimoulis, 2016, p. 99).

O proposto controle da constitucionalidade dos tipos decorrentes de mandados de criminalização *fundado em suas justificativas* coloca essa posição como um meio-termo entre os pontos de vista de Gonçalves e Paschoal. Paschoal (2003) refuta a possibilidade de a Constituição servir de fundamento a um Direito Penal que se pretenda mínimo; a única função da Constituição é servir como limite ao Direito Penal. O bem jurídico não só deve ter *status* constitucional, como deve limitar-se a bens de natureza fundamental, “já que, pelo menos formalmente, tudo pode ser alçado ao nível constitucional” (Paschoal, 2003, p. 134). Isso ocorre com a PEC nº 45/2023, em que se objetiva criar artificialmente um direito fundamental. Paschoal (2003, p. 80) diferencia as indicações constitucionais de criminalização das determinações expressas de criminalização. Nas primeiras, o constituinte ter-se-ia limitado a afirmar a dignidade do bem jurídico penal e deixado a carência de tutela a cargo do legislador ordinário; na segunda espécie, o constituinte antecipou o juízo sobre a importância do bem e sobre a necessidade da pena. Porém, no entendimento da autora, mesmo essa criminalização não seria obrigatória<sup>10</sup>.

Em matéria de mandados de criminalização, a existência de um mandado constitucional pode abrandar as justificativas de política criminal do Legislativo, mas nunca desobrigará o Judiciário do devido controle de constitucionalidade; aqui pode até haver algum atrito, mas não mais que isso<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Gonçalves (2007, p. 191-192, 208) não chega a tanto, mas utiliza uma classificação em que a criminalização do tráfico de drogas não é preceito constitucional fundamental, e muito menos cláusula pétrea, justamente porque “não traz como bem jurídico tutelado nenhum direito ou liberdade fundamental de cariz individual”.

<sup>10</sup> “a tomada da Constituição como limite do Direito Penal permite que, mesmo ante as determinações expressas de criminalização, não exista obrigatoriedade de tipificar, e, sim, a possibilidade de fazê-lo, diante da efetiva necessidade e utilidade da tutela, que serão verificadas pelo legislador ordinário” (Paschoal, 2003, p. 82-83).

<sup>11</sup> “no tiene por qué existir [...] un conflicto de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento” (Santana Vega, 2001, p. 871). Ver também Antunes (2020, p. 11-12).

### 3.4 Mandados implícitos de criminalização

Seria possível deduzir do texto constitucional outras obrigações de criminalizar que não as previstas? A questão é complexa, e há bons argumentos num e noutro sentido. O tema ganhou destaque em 1975 com a decisão conhecida como *Aborto I*, quando o Tribunal Constitucional alemão entendeu como implícito na Constituição o direito à vida do nascituro (BVerfGE 39,1 *apud* Cunha, 1995, p. 387-393).

Gonçalves (2007, p. 135-136) distingue os mandados de criminalização expressos dos implícitos. Nos primeiros, o constituinte já afirmou a relevância do bem jurídico e a carência de tutela penal; nos segundos, compete ao legislador syndicar a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade da pena (*Strafbedürftigkeit*), valendo-se do juízo de proporcionalidade (proibição do excesso e proibição de proteção deficiente).

Feldens (2005, p. 139-140, 153) vai além e considera os mandados implícitos de criminalização uma “teoria de extremos”. Também com esteio no princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da proteção deficiente (*Untermassverbot*), ele reconhece a condição de mandados de criminalização implícitos para os bens jurídico-constitucionais de inquestionável preponderância e quando houver repulsa da agressão sofrida. No desenvolvimento desses critérios, afirma ser esse o caso da proteção da vida, da dignidade humana e da liberdade, mas identifica uma zona cinzenta entre a obrigação e a conveniência de se editar a lei penal. Os mandados implícitos alcançariam, pois, maior relevância apenas no tema das leis penais descriminalizantes.

Procede-se a esses comentários sobre os mandados implícitos de criminalização porque na justificação da PEC nº 45/2023 busca-se “sedimentar, definitivamente, a opção feita pelo constituinte originário a respeito do tema” (Brasil, 2023) da posse e do porte de drogas para consumo pessoal<sup>12</sup>. Não há, como se viu, como reconhecer na CRFB qualquer obrigatoriedade de criminalização nesse assunto<sup>13</sup>. Ao contrário: mesmo para os que os reconhecem, os mandados implícitos estão reservados para situações extremas, de bens jurídicos de alta relevância e de condutas repulsivas. Esse não é o caso do consumo de drogas, muitas vezes aceito socialmente.

Por fim, ressaltem-se também as posições contrárias às obrigações constitucionais tácitas de penalização. Roxin (1997, p. 24 *apud* Santana Vega, 2001, p. 880) considera-as difícil de sustentar em razão da harmonização do bem comum com a liberdade individual e da necessidade de deixar ao legislador a escolha de qual ramo do Direito empregar na proteção de determinado bem. Igualmente, Figueiredo Dias (cap. 6, § 39, *apud* Antunes, 2020, p. 68) considera que onde não existam

<sup>12</sup> Semelhante argumentação poderia vir a salvar a PEC nº 45/2023. Em relação à criação de direitos fundamentais, por exemplo, entende-se por analogia que o novo direito não é cláusula pétrea, salvo no caso de ser mera explicitação de direito já constante da CRFB (Mendes; Branco, 2023, p. 95).

<sup>13</sup> “Ela [a CRFB] não impôs parâmetros para toda política relativa às drogas e estupefacientes e nada diz sobre o uso de substâncias entorpecentes” (Gonçalves, 2007, p. 251, grifo nosso).

injunções constitucionais expressas de criminalização, da existência de um valor jurídico constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais, não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização de comportamentos que o violam. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto pelo critério da necessidade ou da carência de pena.

## 4 Mandados de criminalização e controle de constitucionalidade

### 4.1 A inconstitucionalidade por omissão

O primeiro ponto relacionado à constitucionalidade dos mandados de criminalização é o descumprimento da regra constitucional pelo legislador ordinário que se omite do dever de editar a lei penal. Nesses casos, são plenamente aplicáveis os dispositivos referentes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 103, § 2º) e ao mandado de injunção (MI) perante o STF (Brasil, [2024a], art. 5º, LXXI, art. 102, I, q).

Contudo, o STF não pode muito mais que decretar a mora legislativa do Congresso Nacional e não dispõe de outros instrumentos para efetivar os mandados constitucionais de criminalização (Feldens, 2005, p. 79) – daí a referência aos mecanismos “em regra fracos” (Antunes, 2020, p. 73) da inconstitucionalidade por omissão. E muito menos poderia o STF substituir-se ao legislador para, mediante “decisão de tipo aditivo e verdadeiramente substitutiva” (Palazzo, 1989, p. 110-111), colmatar ele próprio a lacuna da legislação, com a edição de ato normativo ou o recurso à analogia. Esse procedimento não se sustenta em face do princípio penal da legalidade em sentido estrito.

A jurisdição constitucional não precisou de muita paciência para ver atendidos os mandados expressos de criminalização da CRFB. Além das leis recepcionadas, como a Lei nº 6.368/1976 (sobre o tráfico e o uso de entorpecentes)<sup>14</sup>, logo se seguiram as leis nºs 7.716/1989 (*Lei do racismo*), 8.069/1990 (*Estatuto da criança e do adolescente*) e 8.072/1990 (*Lei dos crimes hediondos*). Tardaram um pouco mais as leis nºs 9.455/1997 (*Lei da tortura*) e 9.605/1998 (*Lei dos crimes ambientais*). Ainda mais tardia foi a Lei nº 14.197/2021 (*Lei dos crimes contra o Estado democrático de Direito*)<sup>15</sup>. Em nenhum desses casos, contudo, o STF lançou mão da mora legislativa em face de mandado constitucional de criminalização.

Todavia, há uma especificidade. Nesse meio tempo, a *Lei do racismo* foi-se alterando para converter-se paulatinamente numa lei geral contra o preconceito. Com efeito, a lei que antes cuidava do preconceito de “raça e de cor”, por força da Lei nº 9.459/1997, passou a tutelar a discriminação e o preconceito de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Tanto

<sup>14</sup> Reformada pela Lei nº 10.409/2002 e revogada pela *Lei de drogas*.

<sup>15</sup> Houve quem defendesse a recepção da Lei nº 7.170/1989 (*Lei de segurança nacional*) para se atender ao mandado de criminalização do art. 5º, XLIV, da CRFB. Não parece o melhor posicionamento, segundo Gonçalves (2007, p. 81-83).

os idosos quanto as mulheres em situação de violência doméstica ou familiar receberam tratamento individualizado nas leis nºs 10.741/2003 (*Estatuto da pessoa idosa*) e 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*).

A mesma proteção penal, contudo, ainda falta à comunidade de “gays, lésbicas, bissexuais e transexuais”<sup>16</sup>; afinal, a CRFB estabelece que a lei “punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais” (art. 5º, XLI). A orientação sexual e a identidade de gênero dos cidadãos estão acobertadas pela inviolabilidade da vida privada e da intimidade, que também é assegurada constitucionalmente (Brasil, [2024a], art. 5º, X); desse modo, elas devem estar protegidas pelo mesmo mandado de criminalização que fundamenta a penalização de outros grupos vulneráveis. Até houve iniciativas na Câmara e no Senado que procuraram tratar adequadamente o tema, mas religiosos, falsos moralistas e a competente obstrução dos conservadores em geral desde sempre têm impedido a reclamada aprovação da lei específica para proteger a comunidade LGBT<sup>17</sup>.

## 4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF

O STF foi provocado na ADO nº 26/DF<sup>18</sup>, distribuída à relatoria do ministro Celso de Mello. Um dos fundamentos constitucionais da ação era precisamente o mandado de criminalização do art. 5º, XLI, da CRFB, mas seus autores também apontaram o descumprimento do mandado referente ao racismo (Brasil, [2024a], art. 5º, XLII). Esses dois dispositivos, segundo registrou o relatório, se devidamente tratados pelo princípio da proporcionalidade em sua dimensão da proibição da proteção deficiente, conduziriam à necessidade de criminalizar a homofobia e a transfobia.

A sucessão de pedidos formulados pelos autores da ADO foi a seguinte: a) que a homofobia e a transfobia fossem reconhecidas, para fins penais, como espécie de racismo, na linha do precedente firmado em 2003 no caso *Ellwanger* (*Habeas Corpus* (HC) nº 84.424/RS), atendendo ao mandado de criminalização do art. 5º, XLII, da CRFB; b) que fosse declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional com a fixação de prazo para legislar; c) que, transcorrido o prazo, fossem “efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte [...], superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar” (Brasil, 2019, p. 16); e d) que todas as formas de homofobia e transfobia fossem enquadradas na *Lei do racismo* enquanto o Congresso Nacional não criminalizasse tais condutas.

<sup>16</sup> Em vez de LGBTQIA+ (acrônimo de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queers, intersexuais, assexuais e demais orientações sexuais e identidades de gênero), o relator da proposta inicial da ADO nº 26/DF empregou a sigla LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) (Brasil, 2019, p. 15, 42-48); por isso, ela ocorre outras vezes neste artigo.

<sup>17</sup> “Porém, aqui, é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional” (voto do ministro Luís Roberto Barroso (Brasil, 2019, p. 295)).

<sup>18</sup> Julgou-se conjuntamente o MI nº 4.733/DF, relatado pelo ministro Edson Fachin.

Colocada assim a questão, é notável a dificuldade imposta pelo STF aos seus intérpretes. Não há uma decisão unívoca do tribunal, mas uma coleção de votos individuais que não dialogam entre si; coincidem numa parte, mas se contradizem em outra. É muito difícil, ademais, alcançar o real sentido de uma decisão que ultrapassa as cinco centenas de páginas.

Como visto, o julgamento da ADO nº 26/DF é pura aplicação do instituto dos mandados de criminalização. No caso, *por unanimidade* se conheceu da ação apenas parcialmente, nos termos do voto do relator (Brasil, 2019, p. 61-64)<sup>19</sup>; ele tratou o tema em preliminar e logo excluiu a possibilidade de o STF tipificar os crimes de homofobia e transfobia por decisão judicial<sup>20</sup>, com fundamento no princípio da legalidade penal (Brasil, [2024a], art. 5º, XXXIX).

O extrato da ata do julgamento afirma que dez ministros reconheceram “o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implantação da prestação legislativa destinada a cumprir o *mandado de incriminação* a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT” (Brasil, 2019, p. 565). Entretanto, isso não consta dos votos publicados. Os ministros Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 198, 202), Alexandre de Moraes (Brasil, 2019, p. 233, 235), Ricardo Lewandowski (Brasil, 2019, p. 508) e Dias Toffoli (Brasil, 2019, p. 558) restringiram suas considerações ao mandado de criminalização que cuida dos atos de discriminação atentatórios aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB<sup>21</sup>). Os demais julgadores abordaram indistintamente um e outro mandado. Essa é uma primeira crítica relevante ao julgamento, porque o juízo de vulneração restrito ao art. 5º, XLI, da CRFB tendeu a reconhecer apenas a mora legislativa, sem outras determinações, na linha dos fracos mecanismos da inconstitucionalidade por omissão.

Como se sabe, o STF foi além. Com base na constatação da violência cotidianamente sofrida pelos integrantes da comunidade LGBT, bem como nas vicissitudes discriminatórias suportadas por eles, os julgadores<sup>22</sup> afirmaram a necessidade de se aplicarem aqueles mandados de criminalização. Saliente-se o papel que o precedente firmado no HC nº 104.410/RS, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, tem adquirido no tema do controle de constitucionalidade de leis penais. Naquele caso (Brasil, 2012), que tratava do crime de porte de arma de fogo, o relator enfatizou que, mesmo diante de mandado constitucional de criminalização, ao proceder ao juízo de constitucionalidade de um tipo penal, o juiz deve empregar o princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão, a da proibição do excesso (*Übermassverbote*) e a da proibição de proteção insuficiente ou de imperativo de tutela (*Untermassverbote*).

19 Também se ocupou do tema, em preliminar, o voto da ministra Rosa Weber (Brasil, 2019, p. 369, 384-389).

20 Não se conheceu do pedido de indenização inicialmente formulado.

21 Em voto vencido, o ministro Marco Aurélio Mello também limitou sua análise ao mandado do art. 5º, XLI, da CRFB, mas julgou improcedente a ADO por entender que o termo *punirá* presente no texto constitucional não significa necessariamente punição de cunho criminal (Brasil, 2019, p. 566).

22 Notadamente os ministros Celso de Mello, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

No julgamento da criminalização da homofobia, os ministros Celso de Mello (Brasil, 2019, p. 78), Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 204), Cármen Lúcia (Brasil, 2019, p. 489-490) e Ricardo Lewandowski (Brasil, 2019, p. 503) invocaram o precedente para firmar a mora do legislador ordinário. Além deles, os ministros Luiz Fux (Brasil, 2019, p. 423) e Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 524) indicaram a infringência da proibição de proteção deficiente no caso. A parte mais controversa do julgado, no entanto, foi além do reconhecimento da mora do legislador. Ela confere

interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional (Brasil, 2019, p. 10).

Aqui foi determinante o precedente firmado em 2003 no HC nº 84.424/RS (caso *Ellwanger*), que tratou de condutas de antissemitismo. Nesse julgamento, o STF reconheceu que não existem raças na espécie humana, que não há diferenças biológicas entre os seres humanos e que, por isso, todos os humanos são iguais. O conceito de *raça* foi construído em processo de conteúdo meramente político-social; assim, é inconciliável com os ideais de dignidade da pessoa humana qualquer intuito de segregação. O HC foi, então, denegado. Esse conceito ampliado de *raça* também foi utilizado pelo STF para reconhecer afronta ao art. 5º, XLII, da CRFB no caso da homofobia e da transfobia<sup>23</sup>. Contudo, a interpretação judicial não pode equiparar-se à lei penal em sentido estrito. O princípio da legalidade penal não admite medidas provisórias nem emendas constitucionais para atender ao disposto no inciso XXXIX do art. 5º da CRFB. Porém, diante do quadro, o STF não admitiu ter criminalizado condutas por decisão judicial – tudo seria “mera” interpretação conforme.

Da barafunda que se tornou a decisão, são possíveis conclusões em mais de um sentido. Invocou-se o direito de greve dos servidores públicos como um precedente<sup>24</sup> a autorizar que o STF, de alguma forma, “legislasse”. Em alguns votos, parece que se toma o conceito de *racismo* de modo a abarcar a *homofobia*; mas, nesse caso, não seria necessário que o STF constituísse o Congresso em mora, pois o mandado de criminalização já estaria cumprido ontologicamente. Em outros votos, parece que se aplica ao termo *racismo* (constante da *Lei do racismo*) interpretação conforme à Constituição para entender a agressão contra membros da comunidade LGBT subsumida aos tipos vigentes, o que também seria problemático dada a vedação da analogia *in malam partem*.

---

<sup>23</sup> Sete ministros citaram o precedente do caso *Ellwanger* em seus votos: Celso de Mello (Brasil, 2019, p. 109), Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 215), Luís Roberto Barroso (Brasil, 2019, p. 294), Rosa Weber (Brasil, 2019, p. 369), Luiz Fux (Brasil, 2019, p. 427), Cármen Lúcia (Brasil, 2019, p. 472) e Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 531).

<sup>24</sup> Celso de Mello (Brasil, 2019, p. 103), Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 211) e Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 537-538).

Enfim, a perplexidade decorre principalmente do fato de que se entendeu a *Lei do racismo* como aplicável à homofobia e, ao mesmo tempo, colocou-se em mora o Congresso. Segundo o ministro Marco Aurélio Mello (Brasil, 2019, p. 555), a controvérsia

resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se declara eventual “mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia” ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989.

Todavia, nunca as duas coisas ao mesmo tempo, como se acabou fazendo.

#### 4.3 A inconstitucionalidade material do mandado de criminalização

Não é preciso recorrer à teoria das normas constitucionais inconstitucionais para analisar constitucionalidade de um *novo* mandado de criminalização. Se se assume que o texto original da CRFB é infenso ao controle de constitucionalidade, o mesmo não ocorre com as emendas a cargo do constituinte derivado, como é da própria jurisprudência do STF, conforme sustentam destacados constitucionalistas (Silva, 2022, p. 70; Barroso, 2023, p. 131). Argumentam Mendes e Branco (2023, p. 1.402-1.403) que é

admissível a aferição de constitucionalidade do chamado direito constitucional secundário (correspondente ao exercício do denominado poder constituinte derivado), uma vez que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II e III, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/88 (reforma constitucional em sentido estrito) e do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT, regramento da revisão constitucional), como também as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). O cabimento da aferição da constitucionalidade de uma emenda constitucional, em sentido formal e material, foi reconhecido já em 1926. A jurisprudência posterior admitiu a possibilidade de se examinar a constitucionalidade de proposta de emenda constitucional antes mesmo de sua promulgação.

Desse modo, se fosse possível, um novo mandado expresso de criminalização deveria atender aos mesmos critérios reservados aos tipos penais – relevante dignidade penal do bem jurídico protegido e demonstração da necessidade das penas –, além da observância dos princípios da ofensividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal. Ademais, para autorizar o emprego de uma norma constitucional na espécie, é indispensável o recurso ao princípio da proporcionalidade para afirmar e reconhecer uma grave situação de proteção insuficiente aos direitos fundamentais a serem protegidos pela Constituição e pela lei penal que lhe der concretude.

Ao Poder Judiciário defere-se o controle de constitucionalidade da legislação penal. Dimoulis (2016, p. 73) sustenta a necessidade de se analisarem as “justificativas jurídicas” da criminalização para eventualmente se afirmar a inconstitucionalidade da lei penal. Nesse modelo (Dimoulis, 2016, p. 83-89), há três componentes na proporcionalidade das leis penais: a) os meios e os fins do novo crime frente aos direitos fundamentais ou sua licitude constitucional; b) a adequação e a idoneidade do novo crime em relação aos direitos fundamentais protegidos com avaliação empírica do impacto do novo crime; e, principalmente, c) a necessidade do novo crime ou se não há alternativas menos gravosas com o mesmo resultado, o que deve ser afirmado com base em fatos reais, dados empíricos concretos e prognósticos fundamentados.

Por outro caminho, é exatamente o que também tem propugnado o STF. Na linha do citado HC nº 104.410/RS, ele tem incrementado um modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal baseado em níveis de intensidade. São três níveis, conforme a literatura alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). No primeiro nível, concede-se ampla margem de discricionariedade ao legislador para escolher o bem jurídico e delimitar as condutas incriminadas. Assim, só se declara inconstitucional a lei com “patente inidoneidade”. Por sua vez, no segundo nível, o de controle da justificabilidade, podem-se perquirir os dados da realidade levados em conta pelo legislador, se são válidos e ainda aplicáveis ao caso (devida aferição dos fatos legislativos), bem como sobre eventuais externalidades. Destacam-se aqui os instrumentos do controle concentrado brasileiro, como os *amici curiae* e as audiências públicas. A análise do juiz não é estritamente jurídica, mas deve alcançar a situação concreta em debate. E o terceiro nível se realiza quando for

evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, [momento em que] poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância (Brasil, 2012, p. 27).

Ou seja, de acordo com entendimentos doutrinários ou a jurisprudência do STF, é inevitável reconhecer que, em plena terceira década do século, a criminalização do usuário de drogas *independentemente da quantidade de substância*<sup>25</sup> portada ou possuída acarrete a inconstitucionalidade do novo mandato expresso de penalização; no caso da PEC nº 45/2023,

---

<sup>25</sup> Na votação final do RE nº 635.659/SP (Brasil, 2024c), nove ministros concordaram com o estabelecimento de uma quantidade de maconha para diferenciar os casos de usuários e de traficantes. As quantidades preconizadas por uns e outros variam, mas sete deles reconheceram que a medida poderia ser tomada no exercício da jurisdição constitucional. Outros dois ministros indicaram o Poder Legislativo ou órgãos do Poder Executivo como responsáveis pela definição de critérios objetivos.

tais filtros não estão atendidos. A saúde pública de terceiros não pode ser invocada como o bem jurídico protegido ou como o direito fundamental atingido pelo consumo de drogas. Em vez disso, a preservação da vida privada (art. 5º, X, da CRFB) milita contra a criminalização. O texto atual da PEC nº 45/2023 nem sequer advoga a necessidade da pena de prisão para os usuários de drogas, ao listar as penas previstas entre alternativas e tratamentos para a dependência; isso indica que o Direito Penal não é o mais apto e necessário ao enfrentamento do tema. Penas alternativas à prisão e tratamento médico – além das já previstas na *Lei de drogas*, como advertência, serviços à comunidade e medidas educativas – não se relacionam muito mais com outros ramos do Direito, que lhes poderá emprestar maior eficiência que a tormentosa justiça criminal.

Também chama atenção a desproporcionalidade da medida. É impossível falar em proteção insuficiente de qualquer direito fundamental envolvido no consumo de drogas por adultos capazes. A redação atual da PEC nº 45/2023 incluiu outra cláusula no mandado de criminalização: a posse e o porte de drogas serão crime, independentemente da quantidade, mas deve ser observada a distinção entre usuário e traficante por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto. É louvável a preocupação do constituinte derivado. Entretanto, é possível questionar: para quê alterar a Constituição se há risco de confusão entre usuário e traficante? Isso seria gravemente desproporcional em termos constitucionais e penais, e é esse exatamente o ponto estabelecido no julgamento do RE nº 635.659/SP.

É possível, pois, concordar com Franco (1996, p. 179-180); segundo ele, por meio das infiltrações que os mandados de criminalização significam, põe-se “em xeque o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica”.

#### 4.4 O Recurso Extraordinário nº 635.659/SP

Não é possível encerrar este estudo sem algumas notas sobre o julgamento do RE nº 635.659/SP; ele é a razão maior da propositura da PEC nº 45/2023, embora não tenha tratado (ao menos ainda não) de um mandado constitucional de criminalização. O caso concreto sob a análise do STF dizia respeito a um detento com quem, em vistoria, foram apreendidas três gramas de maconha. O julgamento do RE iniciou-se em 19/8/2015 e só terminou em 26/6/2024. O placar foi um apertado seis a cinco pelo provimento do recurso<sup>26</sup>.

Examinar um julgamento encerrado há tão pouco tempo implica dificuldades adicionais, sobretudo porque ainda não se dispõe do conteúdo da decisão e porque, antes da publicação, os votos apresentados podem ter sido alterados ou ajustados. Isso acontece em razão da própria sistemática da repercussão geral, na forma como tem sido aplicada pelo STF; por vezes, são necessárias alterações significativas nos votos, já que o STF tem buscado um

---

<sup>26</sup> Pelo provimento votaram os ministros Gilmar Mendes (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Pelo desprovimento, os ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Kassio Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux (Brasil, 2024c).

consenso na definição da tese constitucional. Discutiu-se no RE a inconstitucionalidade do crime previsto no art. 28 da *Lei de drogas*, em contraposição à inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X, da CRFB) e, por consequência, a descriminalização da posse e do porte de drogas em quantidades compatíveis com o uso pessoal, bem como a definição dessas quantidades.

Gilmar Mendes reiterou os termos de seu voto no HC nº 104.410/RS sobre o controle de constitucionalidade das leis penais. Ao tratar do controle de *evidência*, destacou a crescente estigmatização dos usuários de drogas num contexto criminalizado, sobretudo quando não se dispõe de critérios objetivos para diferenciar usuários e traficantes. Na linha do controle de *justificabilidade*, o ministro buscou demonstrar tanto o fracasso da “guerra às drogas” quanto a indiferença da criminalização sobre o consumo de drogas. Ocupou-se com maior vagar do controle *material de intensidade* tanto para dispensar a necessidade da norma penal para cuidar da saúde ou da segurança públicas, quanto para referendar a opção constitucional pelo livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação, conforme o art. 5º, X, da CRFB. Em capítulo adicional, contudo, divisou a ausência de critérios internacionais firmes sobre o tema das quantidades definidoras de uso e de tráfico (Brasil, 2024c).

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, formulou um voto que demonstra a seletividade penal quando o assunto é o uso de drogas. Sua decisão fundamenta-se em estudo produzido pela Associação Brasileira de Jurimetria com base em dados do estado de São Paulo. O trabalho demonstrou, por exemplo, que o autuado pelo porte de maconha, se detentor de diploma universitário, precisa deter 52% a mais de droga que um analfabeto para responder como traficante; ou, do mesmo modo, se a droga em questão for cocaína, pelo menos 32% mais drogas do que alguém com o segundo grau completo. Por idades, a situação é similar: quanto mais velho, mais droga precisa portar ou possuir para alcançar a capitulação mais gravosa. Contudo, não foi possível depreender informações suficientes com base na raça do autuado em razão da precariedade dos dados de origem (boletins de ocorrência). Mesmo assim, pôde-se constatar *grossa modo* que jovens negros são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas que os brancos, maiores de 30 anos e portadores de curso superior (Brasil, 2024c). De todo modo, preocupado com a inversão do ônus da prova, o ministro estabeleceu uma faixa de 25 a 60 gramas: a) para se caracterizar a situação de consumo pessoal; b) para que, com base na quantidade, o usuário não seja obrigado a provar que não é traficante; e c) para não estimular a ação de pequenos traficantes. O limite superior já é o reconhecível nos dados para os homens brancos, maiores de 30 anos e com curso superior, segundo aquele estudo (Brasil, 2024c).

O ministro Dias Toffoli entendeu ser o caso de se superar o precedente firmado no RE nº 430.105/RJ, quando o STF entendeu que a *Lei de drogas* não teria descriminalizado o usuário, mas apenas despenalizado a sua conduta; conforme o art. 28 da *Lei de drogas*, já não seria crime desde a sua edição. Ressaltou, entretanto, que “a simples implementação de um critério quantitativo, sem uma política robusta desenvolvida com a participação do Legislativo, Executivo e setores da sociedade civil, seria ineficaz” (Brasil, 2024c).

Entre os ministros que declararam inconstitucional o art. 28 da *Lei de drogas*, cinco fixaram critério objetivo com base na quantidade (60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, para distinguir usuários de traficantes): Gilmar Mendes (depois de ajustar o voto), Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia; Luís Roberto Barroso foi mais comedido e fixou em 25 gramas. Edson Fachin, que também reconheceu a inconstitucionalidade, deixou a definição da quantidade para o Poder Legislativo. Porém, mesmo alguns ministros que mantiveram a criminalização do uso da maconha dispuseram-se a estabelecer uma quantidade de droga como parâmetro para se distinguirem usuário e traficante por decisão judicial do controle de constitucionalidade. Cristiano Zanin e Kassio Nunes Marques estipularam 25 gramas (Veja [...], 2024; Entenda [...], 2024). André Mendonça, que também votou pela constitucionalidade do art. 28, inicialmente tinha fixado em 10 gramas a quantidade, mas posteriormente ajustou seu voto para não prever quantia alguma. Assim também o fizeram Dias Toffoli e Luiz Fux (Queiroz, 2024), que sustentaram uma posição híbrida: é constitucional o art. 28 da *Lei de drogas*, mas a infração nela prevista não é de caráter criminal.

Na proclamação do resultado final e na definição da tese constitucional (Informação [...], 2024), que não foi simples, o recorrente foi absolvido por atipicidade, já que não comete infração penal quem guarda, transporta ou traz consigo a maconha para consumo pessoal. Foi reconhecida a ilicitude extrapenal da conduta, sujeita a apreensão da droga, a advertência sobre os efeitos das drogas ou a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, à semelhança do que consta do art. 28, I e III, da *Lei de drogas*. Quanto à especificação do critério objetivo, o STF estabeleceu que se deve presumir usuário quem possui para uso próprio até 40 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, até que o Congresso Nacional estabeleça novo parâmetro; e essa presunção admite prova em contrário.

Essas anotações sobre o julgamento do RE nº 635.659/SP evidenciam que uma emenda constitucional que almeje punir criminalmente o usuário de droga *independentemente da quantidade*, como preconiza a PEC nº 45/2023, não terá vida fácil em eventual controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

A PEC nº 45/2023 tem dois objetivos: a) estabelecer como crime o porte e o uso de drogas para consumo pessoal e b) proibir o uso de critério objetivo fundado na quantidade de drogas para a diferenciação de usuários e traficantes. Quanto ao resultado do julgamento, oito ministros rechaçaram a natureza criminal do art. 28 da *Lei de drogas*; de outra parte, sete ministros compreenderam a necessidade do critério objetivo firmado na quantidade de drogas apreendidas, estipulando judicialmente essa referência, ainda que de forma provisória – o que, em tema tão controverso, constitui uma maioria confortável.

Ademais, a instituição do novo mandado de criminalização não poderá alterar a decisão tomada pelo STF com base na “constitucionalização” do tema. A decisão do STF se manterá hígida mesmo frente à redação do novo inciso LXXX do art. 5º da CRFB; ela certamente será submetida ao controle concentrado de constitucionalidade e deverá, por coerência, ser declarada inconstitucional. A virtual emenda constitucional terá a sua constitucionalidade

aferida segundo os mesmos critérios utilizados para o controle do art. 28 da *Lei de drogas* no julgamento do RE nº 635.659/SP. A decisão do constituinte derivado de instituir um mandado de criminalização apenas antecipa a decisão político-criminal que caberia ao legislador ordinário, de modo que, no caso concreto abordado, acabam por se confundir o juízo de constitucionalidade<sup>27</sup> a ser feito sobre a PEC nº 45/2023 com o já realizado sobre o art. 28 da *Lei de drogas*.

O único ponto de fricção poderia ser o estabelecimento da quantidade em gramas para a presunção relativa de uso de maconha, já que o STF devolveu ao Congresso Nacional a palavra final sobre a fração específica a ser considerada. No entanto, é preciso notar que, mesmo nesse caso, enquanto a PEC nº 45/2023 defende a supressão total desse critério, no STF foram *nove* votos pela indispensabilidade constitucional e de política criminal de certa quantidade para diferenciar usuários e traficantes de drogas<sup>28</sup>. Assim, a margem favorável à inconstitucionalidade da PEC nº 45/2023 fica ainda mais confortável, e é mesmo provável a concessão de eventual medida cautelar para a suspensão de seus efeitos.

## 5 Conclusões

Os mandados expressos de criminalização são excepcionais e condicionados historicamente. Por isso, a PEC nº 45/2023 está numa situação similar à do vício de iniciativa. Há dúvidas sobre a possibilidade de o constituinte derivado estabelecer um mandado de criminalização, que é instituto reservado ao constituinte originário. Além disso, como desrespeita cláusulas pétreas – os direitos e garantias individuais e a separação dos Poderes (Brasil, [2024a], art. 60, § 4º, III, IV) – a PEC nº 45/2023 nem sequer poderia tramitar. Todo mandado de criminalização implica, em maior ou menor medida, não só uma afetação dos direitos e garantias individuais dos acusados – em geral da liberdade de locomoção (pena privativa de liberdade) –, mas também a concepção de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, como no caso das penas restritivas de direito (Gomes, 2003, p. 101-102).

Além disso, não pode ser desconsiderada a asserção reconhecida na justificativa da PEC nº 45/2023 de que a proposição busca influir no julgamento do RE nº 635.659/SP sobre a constitucionalidade do consumo de drogas. Isso é muito grave, pois o controle da constitucionalidade das leis penais é função do STF (Brasil, [2024a], art. 102, *caput*, III). A indevida “constitucionalização” do *Código penal* mediante mandados de criminalização suprimiria a atuação do STF nesse âmbito, não fosse evidentemente a possibilidade de se reconhecerem

---

<sup>27</sup> Qualquer membro do Congresso Nacional, aliás, já o poderia ter provocado em mandado de segurança.

<sup>28</sup> Os ministros Edson Fachin e Dias Toffoli discordaram quanto à possibilidade de o próprio STF fixar o critério, mas defenderam em seus votos a necessidade de que o Poder Legislativo e, eventualmente, o Poder Executivo o façam.

como inconstitucionais as emendas promulgadas fora dos limites da Constituição. Não por outra razão, os mandados de criminalização devem ser marcados pela excepcionalidade.

Há também uma objeção quanto à natureza das coisas. Não há sentido em, mediante emenda constitucional, obrigar o Congresso Nacional a criminalizar uma ou outra conduta. Isso fica evidente sobretudo no caso do Direito Penal, quando a instituição já detém essa competência legislativa de forma originária (Brasil, [2024a], art. 22, I). Nesse cenário, na PEC nº 45/2023 avulta apenas o objetivo de invadir o âmbito de ação privativa do Poder Judiciário, o que atenta contra o princípio da separação dos Poderes (Brasil, [2024a], art. 2º). Por essas razões, afirma-se aqui a inconstitucionalidade formal da PEC nº 45/2023.

Quando se ressaltam os aspectos históricos dos mandados de criminalização, evidencia-se que a punição penal dos usuários de drogas está na contramão da história e da experiência internacional mais recente. Não é possível sequer divisar o bem jurídico, merecedor de dignidade penal e constitucional, a ser tutelado. As referências à segurança pública ou à saúde pública não se sustentam e não têm a mínima densidade normativa. Se o uso de drogas é crime sem vítima, não pode o próprio usuário ser protegido de si mesmo. E, se já seria inconstitucional um tipo penal construído sobre essas bases, um mandado de criminalização acabaria por perenizar a injustiça.

A PEC nº 45/2023 fere o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição do excesso e por isso também deve ser considerada materialmente inconstitucional. A CRFB conferiu inviolabilidade à vida privada e à intimidade dos cidadãos (Brasil, [2024a], art. 5º, X), e o porte e a posse de drogas para consumo *pessoal* não transcendem esse direito fundamental. É de se reconhecer, assim, a proibição constitucional de incriminar, e não a autorização para se instituir mandado de criminalização em matéria proibida pelo texto original. Além disso, golpeia o princípio fundamental da igualdade (Brasil, [2024a], art. 5º, *caput*) em desfavor de jovens, negros e periféricos a tentativa de revogar o critério objetivo, de presunção apenas relativa, fundado na quantidade de droga para diferenciar usuários e traficantes, conforme se estabeleceu no julgamento do RE nº 635.659/SP.

Se a PEC nº 45/2023 vier a ser aprovada, a emenda constitucional dela resultante também será inconstitucional, visto que é patente o desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Não pode a Constituição estabelecer que seja crime o uso de drogas por um adulto capaz, independentemente da quantidade portada ou possuída, sob a pena de incidir na proibição do excesso (*Übermassverbote*). Competirá ao STF afastar, na espécie, a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade da pena (*Strafbedürftigkeit*) do novo mandado de criminalização.

Nos últimos anos, o furor legislativo do Congresso Nacional em matéria penal tem produzido grandes inconvenientes à racional aplicação do Direito Penal e Processual Penal. É mesmo de se temer que, em âmbito constitucional, o jogo se repita com fim de manietar a atuação do Poder Judiciário.

## Referências

- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020. (Coleção monografias).
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. atual. com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: Saraiva, 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 17 mar. 2025.
- \_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 mar. 2025.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2023*. Altera o art. 5º da Constituição Federal, 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. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal [...]. Paciente: Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 635.659/SP*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de *cannabis sativa* para uso pessoal [...]. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Ed., 1995. (Estudos e monografias).
- D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. *Constituição e direito penal: novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira*. In: IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 45-72.
- DEUTSCHLAND. [Grundgesetz (1949)]. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2024]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. Tradução de José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994.

ENTENDA as três teses em julgamento do STF sobre descriminalização do porte de maconha. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 jun. 2024. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/06/entenda-as-tres-teses-em-julgamento-do-stf-sobre-descriminalizacao-de-maconha.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2024]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 17 mar. 2025.

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

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 6, n. 2, p. 175-187, abr./jun. 1996.

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

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. (Coleção Fórum de direitos fundamentais, v. 1).

INFORMAÇÃO à sociedade: RE 635.659 (Tema 506): porte de pequena quantidade de maconha para uso pessoal. Brasília, DF: STF, 2024. Disponível em: [https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/06/27103347/RE-635659-Tema-506-informacao-sociedade-rev.-LC-FSP-v2\\_27-6-24\\_10h11.pdf](https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/06/27103347/RE-635659-Tema-506-informacao-sociedade-rev.-LC-FSP-v2_27-6-24_10h11.pdf). Acesso em: 17 mar. 2025.

ITALIA. [Costituzione (1947)]. *Costituzione della Repubblica italiana*. [Roma]: Corte Costituzionale, Servizio Studi, ott. 2023. Disponível em: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione\\_della\\_Repubblica\\_italiana.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana.pdf). Acesso em: 17 mar. 2025.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. (Série IDP. Linha doutrina).

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Claudinei. Tire suas dúvidas sobre a descriminalização do porte da maconha. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 jun. 2024. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/06/tire-suas-duvidas-sobre-a-descriminalizacao-do-porte-da-maconha.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

SANTANA VEGA, Dulce María. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 865-883. (Monografías Aranzadi, 181).

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático de direito*: anotado com alterações da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 125, de 14.07.2022. São Paulo: Malheiros, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

VEJA como votaram os ministros do STF no julgamento sobre porte de drogas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 25 jun. 2024. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/08/stf-volta-a-julgar-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-veja-como-ja-votaram-os-ministros.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

## Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/ril](http://www.senado.leg.br/ril)