

7

DOI: 10.5281/zenodo.13172078

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

SUASSUNA SEGUNDO, Francisco Solano de Freitas Suassuna. Neorretribucionismo, reação social e a prevenção terciária ao delito à luz da pec 45/2023. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 119-132, maio/ago. 2024.

Recebido em: 03/07/2024
Aprovado em: 18/07/2024

Neorretribucionismo, reação social e a prevenção terciária ao delito à luz da pec 45/2023

Neoretributionism, Social Reaction, and Tertiary Crime Prevention in Light of PEC 45/2023

Francisco Solano de Freitas Suassuna Segundo¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8552356218518122>.

 E-mail: suassunasegundo@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A PEC 45/2023: UMA RESPOSTA LEGISLATIVA AO ATIVISMO DO SUPREMO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL N° 635.659. 3 A PREVENÇÃO TERCIÁRIA AO CRIME: UM TRATAMENTO PALIATIVO. 4 NEORRETRIBUCIONISMO E TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Pós-graduando em Direito Público, Direito Civil e Processual Civil. Residente jurídico no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8552356218518122>. E-mail: suassunasegundo@gmail.com.

RESUMO:

O estudo analisa o impacto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 45/2023, que criminaliza a posse e o porte de qualquer quantidade de drogas, destacando sua relação com o neorretribucionismo e a prevenção terciária ao crime. A PEC surge como resposta ao julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. A pesquisa aborda as implicações legais e sociais da medida, incluindo o fortalecimento do encarceramento em massa e a reação social à tendência garantista do STF. Utilizando uma abordagem criminológica e jurídica, o trabalho examina a eficácia da emenda em lidar com o problema das drogas no Brasil, considerando as críticas de que a medida poderia intensificar a superlotação carcerária e favorecer o crime organizado. Conclui-se que a PEC 45/2023, ao reforçar uma política punitivista, pode não ser a solução mais adequada para os desafios contemporâneos relacionados ao tráfico e consumo de drogas, sugerindo a necessidade de políticas mais equilibradas e inclusivas.

Palavras-chave:

PEC 45/2023. Neorretribucionismo. Prevenção terciária. Encarceramento em massa. Brasil.

ABSTRACT:

The study analyzes the impact of the Proposed Constitutional Amendment (PEC) 45/2023, which criminalizes the possession and carrying of any quantity of drugs, highlighting its relationship with neoretributionism and tertiary crime prevention. The PEC arises in response to the ongoing judgment in the Supreme Federal Court on the decriminalization of drug possession for personal use. The research addresses the legal and social implications of the measure, including the reinforcement of mass incarceration and the social reaction to the STF's guarantor trend. Using a criminological and legal approach, the paper examines the effectiveness of the amendment in addressing the drug problem in Brazil, considering criticisms that the measure could intensify prison overcrowding and favor organized crime. It concludes that PEC 45/2023, by reinforcing a punitive policy, may not be the most appropriate solution for contemporary challenges related to drug trafficking and consumption, suggesting the need for more balanced and inclusive policies.

Keywords:

PEC 45/2023. Neoretributionism. Tertiary prevention. Mass incarceration. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute no Brasil acerca da descriminalização da maconha e de outras substâncias psicoativas para uso pessoal, bem como acerca da quantidade da droga que caracterizaria porte para uso pessoal ou tráfico de ilícito de drogas. Tal discussão se aprofundou especialmente após a edição da Lei nº 11.343/2006, que passou a prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas no Brasil.

Além disso, as discussões também se embasam em exemplos internacionais como Canadá, Malta e Uruguai que permitem o uso adulto da *cannabis sativa*, além dos estados Nova York, Califórnia e Colorado, nos Estados Unidos da América, que têm leis próprias que permitem o consumo e o comércio de maconha.

Sobre essa problemática, tramita no Supremo, desde 2011, o recurso extraordinário de nº 635.659, que discute a possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio no país e que se encontra em julgamento desde o final de 2023 na Corte Constitucional, após ser afetado ao sistema dos recursos com repercussão geral.

No referido recurso extraordinário, discute-se à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Nesse cenário, analisa-se no referido recurso extraordinário a compatibilidade do artigo 28 da Lei de Drogas com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, ou seja, se a Constituição Federal de 1988 albergaria a tese de que uma determinada quantidade de drogas não configura qualquer ilícito e, ainda, se o uso *cannabis sativa* é constitucional e deveria ter seu porte liberado para consumo pessoal, independentemente da quantidade.

Por meio deste julgamento, fixará o STF uma tese com repercussão geral acerca da quantidade diferenciadora entre porte para uso pessoal e tráfico ilícito de drogas. Entretanto, em resposta ao julgamento do Tribunal, o Senado Federal aprovou, em segundo turno, a Proposta de Emenda Constitucional nº 45/2023 que altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de qualquer quantidade de drogas no país, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Dessa forma, ocupa-se o presente capítulo em discutir a política criminal adotada pelo Senado Brasileiro com aprovação da referida proposta de emenda constitucional, bem como a natureza criminológica da medida, destacadamente acerca do seu viés neoretribucionista e que se mostra como medida de reação social há uma tendência garantista e ativista do Supremo Tribunal Federal, para além de sua natureza de prevenção terciária ao delito, já que busca o fortalecimento de um sistema punitivista e de massificação do encarceramento daqueles flagranteados portando drogas.

Concluiu-se, ao final, que o entendimento majoritário prevalecente no ramo da criminologia, é de que a tese discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal estaria em consonância com os preceitos constitucionais e seria uma medida razoavelmente adequada ao caso, já que fixaria balizas objetivas para a configuração do porte voltado ao consumo pessoal ou do tráfico de drogas ilícitas.

Por outro lado, constatou-se que a PEC se mostra uma medida de discutível aplicação no Brasil, já que de forma muito nítida ocasiona o encarceramento massificado de pessoas flagranteadas portando qualquer quantidade de drogas, o que só tende a favorecer o crime organizado e as grandes facções brasileiras por meio da alimentação desenfreada dos presídios brasileiros.

2 A PEC 45/2023: UMA RESPOSTA LEGISLATIVA AO ATIVISMO DO SUPREMO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635.659

O Recurso Extraordinário nº 635.659, originado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que tramita há quase 13 anos no Supremo Tribunal Federal e que foi afetado ao regime dos recursos com repercussão geral (tema 506), sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, versa sobre a compatibilidade do artigo 28 da Lei 13.343/2006 com a Constituição Federal, e destacadamente se ele feriria os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, vez que criminaliza aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal.

Nesse contexto, discute-se acerca de possível incompatibilidade do referido dispositivo com o ordenamento jurídico pátrio, vez que criminaliza de forma branda o porte de qualquer quantidade de drogas, não especificando de forma objetiva o montante que seria considerado regular, ou seja, para fins de consumo pessoal, daquele que caracterizaria o tráfico de drogas que, por consequência, teria outros reflexos penais, principalmente pela incidência do tipo previsto no art. 33 da Lei 13.343/2006.

Dessa forma, questiona-se ao Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 13.343/2006, ao tempo em que também se intenta a fixação de uma tese para estabelecer a quantidade caracterizadora do tráfico de drogas, daquela que só configura o porte para consumo pessoal e, ainda, a possibilidade de descriminalização da *cannabis sativa* (maconha).

Nesse aspecto, diverge a Corte sobre tais critérios, uma vez que, por exemplo, o Ministro Alexandre de Moraes propõe a tese de que:

"1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar,

tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmea”(BRASIL, 2023).

Enquanto que outros ministros, como Dias Toffoli, André Mendonça e Cristiano Zanin sustentam ser matéria que deveria ser definida pelo Legislativo, de forma que declaram o dispositivo (artigo 28 da Lei nº 11.343/2006) constitucional.

Todavia, o julgamento foi suspenso quando oito ministros já haviam votado, havendo, até então, 5 votos favoráveis e 3 contrários, haja vista que os ministros Gilmar Mendes (relator), Edson Fachin, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber se mostram favoráveis à descriminalização, enquanto que os ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Kassio Nunes Marques são contra a tese.

Contudo, a principal problemática, alvo de uma atuação rápida do Congresso, reside nos critérios adotados por cada ministro, já que Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes (relator) e Roberto Barroso definem como critério para ao porte pessoal 60 gramas ou 6 plantas fêmeas, enquanto que os ministros Cristiano Zanin e Nunes Marques defendem uma tese mais restritiva, de que o porte se daria com, no máximo, 25 gramas ou 6 plantas fêmeas. De modo mais legalista, Edson Fachin e André Mendonça votam apenas para dar prazo ao congresso para fixar os critérios objetivos (Poder 360, 2024, n. p.).

Nesse contexto, como uma medida reacionária ao julgamento, ainda em abril, o Senado aprovou a PEC 45/2023, que insere no art. 5º da Constituição a determinação de que é crime a posse ou o porte de qualquer quantidade de drogas ou entorpecentes “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A proposta de emenda à Constituição é de autoria do senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), presidente do Senado (Agência, 2024 n. p.)

O projeto de emenda aprovado no Senado é uma reação de parlamentares ao julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal (STF), que discute a constitucionalidade de um trecho da Lei de Drogas. O caso pode descriminalizar o porte de maconha, em pequena quantidade, para uso pessoal. Os ministros definirão qual a quantidade máxima de maconha seria tolerada (G1, 2024, n. p.).

Nesse contexto, torna-se notável, pela própria fundamentação jurídica da PEC, apresentada pelo Senador Rodrigo Pacheco, que a proposta seria uma resposta ao Julgamento do Supremo sobre a descriminalização das drogas, ao dispor que:

Essa compreensão vem sendo desafiada no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP1, que se encontra sob julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), e que teve sua repercussão geral reconhecida (Tema 506). [...] Com efeito, o prosseguimento do julgado (RE 635.659/SP) aponta para uma declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, de 2006. Esta Proposta de Emenda à Constituição visa a conferir maior robustez à vontade do constituinte originário, na esteira dos dispositivos anteriormente elencados, ao prever um mandato de criminalização constitucional

para as condutas de portar ou possuir entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Essa medida, uma vez promulgada, daria respaldo à validade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006. É de notar que a própria jurisprudência do STF reconhece a possibilidade de que emendas constitucionais possam ser editadas como consequência de decisões de constitucionalidade do próprio tribunal. E reconhecem, inclusive, que estas merecem maior deferência pelo Tribunal, motivo pelo qual consideramos adequada a eleição desta via – uma proposta de emenda à constituição – para sedimentar, definitivamente, a opção feita pelo constituinte originário a respeito do tema. Cite-se a esse respeito a ementa da ADI 5105/DF2 (Brasil, 2023).

Todavia, é de ressaltar que não se trata, de fato, de uma medida unicamente de ordem política, já que a Constituição Federal de 1988 tratou do tema em vários dispositivos, equiparando o tráfico aos crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII) e autorizando a extradição de cidadãos naturalizados que tenham se envolvido nesse crime (art. 5º, inciso LI). Ainda, incumbindo à Polícia Federal, sem prejuízo das demais forças, “prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (art. 144, § 1º, inciso II).

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 ainda determinou, no art. 243, a expropriação de terras utilizadas para o plantio de drogas e a apreensão de quaisquer bens e valores decorrentes do tráfico. Estabeleceu a necessidade de “programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins” (art. 227, § 3º, inciso VII), pelo que a edição da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que previu a prática de “tráfico de drogas”, com pena agravada (art. 33), bem como a de “porte para consumo pessoal”, com penas que não permitem o encarceramento (art. 28) encontraria nítido respaldo jurídico.

Outrossim, segundo especialistas, a criminalização gera um efeito colateral muito maior do que as próprias substâncias em circulação na sociedade, já que as substâncias que mais causam danos sociais nas famílias e na sociedade, prejuízo ao atendimento público de saúde, não são criminalizadas. E uma política pública eficiente de controle de substância, que é o controle do tabagismo, passou longe (até então) da criminalização (Brasil, 2024).

Assim, em suma, embora o problema em comento possua alta relevância, diante do impacto que causa no sistema de justiça criminal de combate às drogas, o Congresso Brasileiro apenas deu a devida atenção após a Suprema Corte Constitucional pautar o julgamento de um recurso cuja omissão legislativa é responsável por sua chegada à Corte, já que versa exatamente sobre a inexistência de parâmetros legais para a distinção entre o porte para usufruto e o tráfico de drogas na legislação de regência.

3 A PREVENÇÃO TERCIÁRIA AO CRIME: UM TRATAMENTO PALIATIVO

A criminologia contemporânea divide a prevenção ao crime em três categorias, conforme ensina Nestor Sampaio Penteado Filho: a primária ataca a raiz do conflito ligando-

se à garantia de educação, saúde, trabalho, segurança e qualidade de vida do povo, instrumentos preventivos de médio e longo prazo (Penteado Filho, 2020, p. 136).

A segunda categoria destina-se a setores da sociedade que podem vir a padecer do problema criminal e não ao indivíduo, manifestando-se a curto e médio prazo de maneira seletiva, ligando-se à ação policial, programas de apoio, controle das comunicações etc. (Penteado Filho, 2020, p.136).

A prevenção Terciária, por sua vez, se volta ao recluso, por meio do uso do sistema prisional para encerramento e aplicação de medidas socioeducativas, como a laborterapia, a liberdade assistida, a prestação de serviços comunitários, dentre outros (Penteado Filho, 2020, p. 136).

Nesse cenário, fazer constar na constituição que “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” corrobora sobremaneira com o encarceramento massificado, pelo que tal medida possui a natureza de prevenção terciária ao delito, já que se volta ao fortalecimento de um sistema de reclusão daqueles que infringem o texto normativo.

Nesse aspecto, o texto da emenda só agrava a situação de incerteza gerada pela inexistência de critério objetivo no Brasil sobre a distinção entre porte para uso pessoal e o tráfico de drogas, pelo que o julgamento do Supremo se mostra de instrumental importância no estabelecimento de balizas, por meio da fixação de critérios objetivos, na diferenciação do uso e do tráfico.

Nesse aspecto, embora a Lei nº 11.343 de 2006 tenha traçado distinções mais claras entre usuário e traficante do que as previsões contidas na Lei nº 6.368, de 1976, a sua aplicação não foi capaz de diminuir o encarceramento decorrente do tráfico de drogas. Em verdade, com a aplicação da Lei nº 11.343, de 2006, logo em seus primeiros dez anos, viu-se um aumento em mais de 160% dos encarcerados por tráfico - dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), 2016 (FREITAS et al., 2024, p. 90).

Nesse mesmo raciocínio, (Uchôa, 2023, p. 110) também cita a existência de estudos que indicam que essa alta taxa de encarceramento foi exasperada com a atual lei de drogas, editada no ano de 2006, contribuindo significativamente para a expansão de facções criminosas

De modo a minimizar tal problemática, Walter Nunes da Silva Junior defende a tese de que há de se investir em uma política de diminuição do encarceramento, inclusive com a aplicação dos mutirões carcerários, disciplinados pela Portaria CNJ n.º 170, de 2023, que, acertadamente, tem como embasamento as determinações contidas na ADPF n.º 347 MC/DF²,

² Na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional

na Súmula Vinculante n.º 56³, no RE n.º 641.320/RS e nos HCs coletivos n.ºs 143641/SP e 165/DF, concedidos pelo Supremo Tribunal Federal (SILVA JÚNIOR, 2024).

Por outro lado, a prevenção secundária, que deveria ser a principal adotada no Brasil, destina-se a setores da sociedade que podem vir a padecer do problema criminal e não ao indivíduo, manifestando-se a curto e médio prazo de maneira seletiva, ligando-se à ação policial e programas de apoio e de controle (Penteado Filho, 2020, p. 136).

Segundo João Carlos Sproesser Mathias:

esse nível de atuação deve apresentar respostas mais imediatas à violência, enfocando a capacidade de diagnóstico, ações pontuais e limitação do dano. As estatísticas criminais e os serviços de informações são indispensáveis, pois possibilitam a identificação de casos e populações sob risco, permitindo dirigir as ações a pessoas mais suscetíveis de praticar crimes e violências, bem como limitar os danos causados a pessoas mais suscetíveis de serem vítimas de crimes e violências (Mathias, 2010, p. 29).

Pode-se citar como exemplos de práticas relacionadas à prevenção secundária: as barreiras físicas, as técnicas de vigilância de ambientes e o policiamento ostensivo. Além dessas práticas gerais, pode-se mencionar também programas como o Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD), (Rodrigues, 2023, n. p.).

À vista disso, é de se observar que a principiologia da CF de 1988, conforme, inclusive, já citada nos fundamentos jurídicos da PEC 45/2023 não se deu no sentido de majorar o encarceramento, mas sim de aprimorar um sistema de combate ao crime por intermédio da universalização de direitos sociais que, por consequência, reduzem os fatores de marginalização.

Não por acaso, nos locais onde o Poder Público se mostra muito deficiente na garantia dos direitos e garantias fundamentais - saneamento básico, educação, segurança - e onde os grupos armados têm uma presença mais efetiva, que é também onde o combate violento ao comércio dessas substâncias ocorre. Certamente, os jovens pretos periféricos que moram nessas zonas de baixo desenvolvimento humano, nas periferias, nas favelas, eles se tornarão ainda mais vulneráveis a uma política de repressão que é violenta, estigmatizante e criminalizante (Brasil, 2024).

de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

³ Nesta súmula, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento vinculante de que "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS", sendo tais parâmetros: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

Sobre tal perspectiva, é de se concluir que a Emenda Constitucional ora em análise, em nada tende a contribuir com um sistema de prevenção criminal resolutivo e que gere, de fato, reflexos sociais positivos, notadamente no que se refere à redução da criminalidade organizada violenta.

Nesse cenário, a política que o Congresso Nacional tende a aprovar se mostra apenas uma ação reacionária e paliativa a um sério problema de saúde e de segurança pública, que é o tráfico de drogas.

Outrossim, há muito já ensina a doutrina especializada no tema, que de nada adianta os estados implementarem uma política de caça às bruxas e de aprisionamento massivo, como fez os Estados Unidos, sem que ao mesmo tempo promova o estabelecimento de políticas públicas de enfrentamento à pobreza e à marginalização para reduzir os fatores sociais responsáveis pelo ingresso dos jovens brasileiros na criminalidade.

4 NEORRETRIBUCIONISMO E TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL

Segundo Olavo Hamilton, a política antidrogas se divide em duas: a punitivista, que incorpora a bandeira da guerra às drogas; a outra, liberal, absoluta ou relativa, que permite o consumo próprio das drogas em geral, pelas pessoas adultas, e capazes sem qualquer controle ou limitação, adotando, até mesmo, a legalização do comércio das substâncias entorpecentes, assim como feito quanto ao tabaco e ao álcool, com ou sem restrição às substâncias entorpecentes mais pesadas (Hamilton, 2019).

Walter Nunes da Silva Júnior acresce uma terceira classificação, a que visa a redução de danos, com ênfase na prevenção, tratando a droga como um mal e o consumo próprio como questão de saúde, centrando a ação repressiva no tráfico e na desconstrução financeira das organizações criminosas que operam nesse mercado (Silva Júnior, 2024, p. 116).

No âmbito da política a ser estabelecida por meio da PEC 45/2003, vê-se que o Legislativo pátrio, desatento ao que ensina a doutrina majoritária contemporânea acerca da prevenção e repressão ao tráfico ilícito de drogas, procura estabelecer com a referida alteração constitucional uma medida de cunho punitivista e que tende a majorar a extremada política de guerra às drogas.

Tal política, já amplamente aplicada nos Estados Unidos, se funda no encarceramento em massa, por meio de uma reclusão generalizada daqueles que se enquadram no tipo normativo do tráfico, sendo caracterizada como neoretribucionista, também denominada de Teoria da Lei e Ordem ou da Tolerância Zero, por voltar-se ao estabelecimento de medidas desarrazoadas e extremadas na repressão à criminalidade. Segundo, (Penteado Filho, 2020, p. 94) essa teoria surge nos Estados Unidos e é inspirada pela escola de Chicago.

Acerca dela, a doutrina criminológica critica a sua aplicabilidade, no sentido de que produz um elevado número de encarceramentos (nos EUA, em 2008, havia 2.319.258

encarcerados e aproximadamente 5.000.000 pessoas beneficiadas com algum tipo de instituto processual, como sursis, liberdade condicional etc.) (Penteado Filho, 2020, p. 94).

Sob tal ponto de vista, vê-se que a emenda 45/2023 caracteriza-se, pois, com tal espécie de política carcerária, já que acarreta no estabelecimento de uma desarrazoada medida jurídica, que é a de que a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e de drogas.

Não por acaso, esse é um dos fatores que levaram a quantidade de detentos nos Estados Unidos a saltar da casa dos 300 mil, na década de 1970, para mais de 2,3 milhões na década de 2010, uma ampliação próxima a 800%, além da existência de um impiedoso e lucrativo mercado que explora a mão de obra encarcerada (Suassuna Segundo, 2024, p. 76).

Nesse contexto, a referida política criminal apenas corrobora com a criminalidade crescente, organizada a partir dos presídios. Ao mesmo tempo, na periferia dos grandes centros urbanos brasileiros predomina uma indiscutível ausência estatal e, via de regra, uma desordem crescente, formando o ambiente favorável à instalação do crime organizado, das milícias etc (Penteado Filho, 2020, p. 98).

Ademais, tal política também possui nítido caráter de reação punitivista, fortalecendo a negativa política de aprisionamento em flagrante existente no Brasil, o que restou comprovado por estudo realizado por Marcelo Semer (2019 p. 263-269), após análise de sentenças relacionadas ao crime de tráfico de drogas de alguns estados do país, como Bahia, São Paulo, Pará, Maranhão, Goiás, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, concluindo que 88,75% dos casos de processos criminais se originaram de prisões em flagrante e 11,25% de investigações pretéritas.

Nesse contexto, 44% das prisões são decorrentes de atividades de patrulhamento (revelando uma preponderância da polícia repressiva), 29,38% decorrente de denúncia anônima, sendo que 3,88% são em razão, por exemplo, da realização de interceptação telefônica (Semer, 2019 p. 263-269). Pela análise do estudo, pode-se observar que há um número massivo de pessoas que são presas sem uma investigação prévia.

Nesse contexto de assistemática da estrutura de controle da criminalidade no Brasil, Bruno Lacerda Bezerra Fernandes dispõe que a falta de eficácia nas instituições do sistema de justiça criminal não resulta apenas na perda de confiança e reputação dessas instituições, mas também aumenta os sentimentos de insegurança na sociedade (Fernandes, 2016, p. 122).

Isso pode dar origem a demandas por lei e ordem que podem envolver desrespeito às garantias constitucionais conquistadas por amplos segmentos sociais, especialmente os estratos mais pobres da população (Fernandes, 2016, p. 122).

À vista disso, considerando que da evolução das reações sociais ao crime prevalecem hodiernamente três modelos, o dissuasório, ressocializador e restaurador (integrador), é de se dar prevalência à aplicação do mais contemporâneo de todos, o modelo restaurador (integrador), que procura restabelecer, da melhor maneira possível, o *status quo ante*, visando

à reeducação do infrator, à assistência à vítima e ao controle social afetado pelo crime (Penteado Filho, 2020, p. 137).

Isso porque o clássico sistema dissuasório, que visa a repressão por meio da punição do agente criminoso, se mostra incompatível com a atual sistemática de ressocialização vigente por força das garantias constitucionais e dos direitos humanos internacionalmente consolidados.

Sob outro aspecto, já analisou o autor do presente capítulo o entendimento prevalecente no STF, por meio de julgados do ano de 2020, acerca da aplicação de postulados penais finalistas e funcionalistas, concluindo que:

Na aplicação das normas penais, as correntes funcionalistas, substancialmente em sua face teleológica, vêm adquirindo força doutrinária e aceitação jurídica das cortes superiores, visto que suas proposições indicam a necessidade de realizar análises subjetivas pelo direito penal, ou seja, que não a mera capitulação do ato, a fim de que ele cumpra sua função essencial: a proteção dos bem-jurídicos e a garantia da convivência ordenada na sociedade. Desse modo, o sistema jurídico-penal brasileiro adquire novas conformações que, apesar de não relegar por completo os postulados finalistas, aufere expressão crescente pelas correntes que se afastam das limitações construídas sob a vigência do finalismo (Suassuna Segundo, 2024, p. 157).

Dessa forma, com clareza se verifica um posicionamento da Suprema Corte pelo fortalecimento da corrente penal funcionalista, com lastro na principiologia constitucional, destacadamente por um misto de aplicação do garantismo processual, ao tempo em que é afastado um formalismo estritamente legalista presente no ramo para dar efetividade ao direito criminal, desde que inexista prejuízo ao acusado e às suas garantias legais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do que acima foi exposto, percebe-se com clareza haver no Brasil um vácuo normativo no que pertine à inexistência de previsão legal que, de forma objetiva, distinga a quantidade mínima do porte ou armazenamento de drogas ilícitas para fins de configuração do tráfico de drogas.

Nessa senda, por intermédio de um mecanismo processual legítimo, a Suprema Corte Constitucional Brasileira foi instada a se manifestar sobre uma omissão legislativa na Lei 11.343/2006, bem como sobre a possibilidade de não ser mais adequada ao texto constitucional o tipo penal do tráfico de drogas no tocante à *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, haja vista a evolução no entendimento da literatura médica especializada sobre a substância, não por acaso, resta legalizada em alguns países conforme descrito na introdução do presente capítulo.

Assim, discute o Supremo Tribunal Federal até a presente data acerca da hipótese de descriminalizar a referida substância, bem como para fixar parâmetros objetivos e vinculantes aos magistrados brasileiros no tocante à configuração do tráfico de drogas.

As conclusões da Corte quanto ao caso em comento possuem inúmeros reflexos de ordem prática, já que afeta as hipóteses de prisão em flagrante e reduzem o encarceramento pelo tipo penal do tráfico de drogas à medida que retiram dos julgadores a liberalidade de definir de acordo com as circunstâncias do caso se haveria ou não a configuração do tráfico, o que é sempre criticado pela doutrina garantista que afirma ser essa uma hipótese que afeta sobremaneira a parte marginalizada da sociedade.

Todavia, o Congresso Nacional Brasileiro, em oposição ao entendimento prevacente na Corte, de que deveria ser fixado uma quantidade mínima de drogas para fins de configuração do crime de tráfico, já aprovou em uma de suas casas por dois turnos a Proposta de Emenda Constitucional 45 do ano de 2023 que impossibilita a fixação da tese até então dominante no STF, de modo a radicalizar a persecução penal ao tráfico de drogas.

Nessa toada, vislumbra-se um aprofundamento do encarceramento massificado de traficantes portadores de pequenas quantidades de substâncias ilícitas, já que passaria a inexistir quantidade mínima após a promulgação da referida emenda à constituição, o que se caracteriza, pois, como uma política de prevenção terciária ao crime, neoretribucionista e reacionária a uma medida jurídica que se mostra adequada ao atual contexto de omissão legislativa e de insegurança jurídica nas prisões por tráfico.

Dessa forma, a referida Proposta De Emenda à Constituição apenas tende a contribuir com a criminalidade violenta organizada por meio da alimentação dos presídios brasileiros e, por consequência, das organizações criminosas que atuam a nível nacional.

Além disso, contribui também com o fortalecimento do caos já instaurado no sistema carcerário brasileiro que, recentemente, foi declarado pela Suprema Corte como inconstitucional, por violar os direitos humanos e as garantias legalmente previstas daqueles que se encontram encarcerados, notadamente em virtude do superencarceramento e das condições desumanas existentes, contemporaneamente, nos cárceres brasileiros.

REFERÊNCIAS

Agência Senado. **Senado aprova PEC sobre drogas, que segue para a Câmara.** 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/04/16/senado-aprova-pec-sobre-drogas-que-segue-para-a-camara>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL, Agência. **PEC das Drogas é inconstitucional e deve agravar cenário de violência:** especialistas defendem descriminalização e regulamentação. Especialistas defendem descriminalização e regulamentação. 2024. Camila Boehm. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2024-04/pec-das-drogas-e-inconstitucional-e-deve-agravar-cenario-de-violencia>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição nº 45/2023.** 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, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635659.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 02 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 25 abr. 2024.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos Fundamentais como limites ao Dever-Poder de Punir do Estado:** um novo paradigma na execução penal brasileira. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, PPGD/UFRN - ESMARN, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

FREITAS, Beatriz Amâncio de Paiva et al. O processamento e o julgamento dos delitos de tráfico de drogas: análise a partir dos apenados do estado do rio grande do norte. In: SILVA JUNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (org.). **Drogas e Punitivismo:** superlotação carcerária, aumento da criminalidade e fomento das organizações criminosas. Natal: Owl, 2024. p. 75-96.

G1. PEC inclui criminalização de porte de drogas na Constituição, mas não muda punições. 2024. Elaborado por Por Kevin Lima. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/04/17/pec-inclui-criminalizacao-de-porte-de-drogas-na-constituicao-mas-nao-muda-punicoes-entenda.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2024.

HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas.** 4. ed. Natal: OWL, 2019.

MATHIAS, João Carlos Sproesser. A Polícia Militar e as políticas públicas municipais na prevenção criminal. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp-Marília**, Marília, v. 5, n. 5, p. 24-36, out. 2010.

Penteado Filho, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 346 p.

Poder 360. **Mendonça vota contra descriminalização do porte de drogas**. 2024. Elaborado por Natália Veloso. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/mendonca-vota-contra-descriminalizacao-do-porte-de-drogas/#:~:text=O%20ministro%20Andr%C3%A9%20Mendon%C3%A7a%2C%20do,de%20maconha%20para%20uso%20pessoal>. Acesso em: 24 abr. 2024.

RODRIGUES, Lucas. **Prevenção Criminal**: prevenção primária, secundária e terciária. Prevenção Primária, Secundária e Terciária. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/prevencao-criminal/1833557194>. Acesso em: 14 dez. 2023.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. 526 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SUASSUNA SEGUNDO, Francisco Solano de Freitas Suassuna. A aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal à luz do funcionalismo penal. **Avant**, [S. L.], v. 7, n. 2, p. 144-160, 22 fev. 2024. Semestral. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/7318>. Acesso em: 24 abr. 2024.

SUASSUNA SEGUNDO, Francisco Solano de Freitas. Segregação e encarceramento negro: uma análise crítico-jurídica do documentário 13º emenda. **Avant**, [S. L.], v. 7, n. 2, p. 73-80, 22 fev. 2024. Semestral. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/7336>. Acesso em: 24 abr. 2024.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da et al. Política criminal referente às substâncias entorpecentes de acordo com a doutrina da redução de danos: perseguição criminal com foco nas organizações criminosas e na eliminação do lucro com o tráfico. In: SILVA JUNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (org.). **Drogas e Punitivismo**: superlotação carcerária, aumento da criminalidade e fomento das organizações criminosas. Natal: Owl, 2024. p. 115-168.

UCHÔA, Romildson Faria Uchôa. Seletividade de alvos na Perseguição Criminal pelo uso da Ciência de Redes e o Direito Penal do Inimigo. In **VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. CONPEDI. 2023a, Florianópolis/SC. Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, 2023. p. 110–131.