

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ISABELA AUGUSTA RAMOS

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006)

CURITIBA
2014

ISABELA AUGUSTA RAMOS

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006)

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Priscilla Placha Sá

CURITIBA
2014

Aos meus pais, com todo o amor.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, que, com grande esforço, persistência e amor, me apontaram o caminho para seguir, me ensinaram a perseguir meus sonhos e realiza-los, tiveram paciência com meus primeiros passos, trilharam meu destino comigo e esperam, com confiança, minha vitória. Sou imensamente grata à calma que aceitaram minhas inconstâncias de humor, minha impaciência e nervosismo com toda a minha vida acadêmica. Vocês são meu suporte, minha essência, sem vocês não sou nada.

Ao meu irmão, cuja força que me inspira a seguir, e à minha nova família, Amanda e Alessandra.

Agradeço especialmente à Professora Priscilla Placha Sá, sua orientação foi a realização de um sonho. Sou imensamente grata pela chance de mudança que me proporcionou com suas aulas, seu conhecimento, e pelo senso crítico que aprendi contigo. É, sem sombra de dúvidas, o exemplo de profissional que quero ser, e de generosidade que quero aprender a ter.

Agradeço a todos os meus amigos que conquistei ao longo da vida, todos mesmo, desde a infância aos que persistiram à passagem incansável do tempo. Alguns, mesmo à distância, torcem incansavelmente por mim, o mesmo tanto que torço por eles. Cleonice e Tatiane, são minhas irmãs de alma. Às minhas amadas da faculdade: Jamyle, Laís, Jessica, Patrícia, Daniela e Bibiana. Lutamos nossas batalhas juntas, e juntas venceremos as próximas. Obrigada pela amizade e companheirismo. Ao Júlio, companheiro de todas as horas, sua amizade e bondade foram imprescindíveis para minha formação e a conclusão desse trabalho. À Karina Ferreira Lima, cuja generosidade incessante me deu suporte ao longo de toda a vida universitária e fez de mim uma pessoa melhor. À Luisa, sempre presente, torcendo e me dando forças. Às minhas amadas do estágio: Danielle, Karoline, Heloisa e Thais. Seus conselhos, amizade, alegria, complacência e companheirismo foram imperiosos para esse trabalho fosse iniciado e terminado.

Aos mestres que me acompanharam durante toda minha formação. Foram e são essenciais.

Por fim, *in memoriam*, agradeço à minha *nona* Anna. Espero que saiba, onde estiver, que busco incansavelmente ser feliz como sempre desejou que eu fosse. Você vive eternamente no meu coração.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a demonstrar como o sistema penal atua de forma preconceituosa e opera a seleção criminal, primária e secundária, criminalizando pessoas jovens, pobres, negros, semianalfabetos e marginalizados. Passando pelas finalidades do Direito Penal e as construções do Direito penal do inimigo, a monografia que segue irá comprovar como tal seleção se dá no tocante às drogas, e que apenas as pessoas colocadas à margem da sociedade são as que farão parte das estatísticas criminais.

Palavras-chave: drogas – seletividade – sistema penal – criminologia – encarceramento.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate how the criminal system works and operates with prejudice criminal screening, primary and secondary, criminalizing young, poor, black, semi-literate and marginalized people. Going through the purposes of criminal law and enemy criminal law constructions, the monograph that follows will demonstrate how this selection occurs in relation to drugs, and that only those placed on the margins of society are those that will be part of the crime statistics.

Keywords: drugs - selectivity - penal system - Criminology - incarceration.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
Capítulo I - FUNÇÕES DO DIREITO PENAL	12
1.1 As funções do Direito Penal segundo o discurso oficial.....	12
1.2 As funções do Direito Penal segundo o discurso crítico	15
Capítulo II – DIREITO PENAL DO INIMIGO	22
2.1 Direito Penal do inimigo – Günther Jakobs.....	22
2.2 Críticas ao Direito Penal do Inimigo.....	24
Capítulo III – SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.....	33
3.1 Seletividade do sistema penal: conceito e estrutura	33
Capítulo IV – SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006)	48
4.1 A criminalização primária	48
4.1.1 O proibicionismo internacional.....	48
4.1.2 O tratamento legislativo do Brasil às drogas.....	54
4.1.3 A Lei 11.343/2006.....	58
4.2 A criminalização secundária.....	64
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

LISTA DE TABELAS

- Tabela 1** – Indicadores do número de pessoas condenadas no Brasil segundo seu perfil, no período compreendido em dezembro de 201243
- Tabela 2** – Indicadores do número de pessoas condenadas no Paraná-PR segundo seu perfil, no período compreendido em dezembro de 201245
- Tabela 3** – Indicadores do número de pessoas condenadas no Brasil e no Paraná-PR segundo os crimes cometidos, no período compreendido em dezembro de 2012....46
- Tabela 4** – Indicadores do número de pessoas condenadas por tráfico no Brasil e no Paraná-PR, no período compreendido no segundo semestre de 2012.....69

INTRODUÇÃO

A proposta desse projeto é analisar a forma como o sistema penal seleciona e criminaliza os indivíduos, especialmente no que se refere à Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006.

Para tanto, inicialmente serão reveladas as funções do Direito Penal. As funções declaradas pela linha de pensamento postulada pelo discurso oficial, no sentido de que o Direito Penal a tem por função a proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade como um todo, motivo pelo qual tem como pressuposto ser aplicado como sendo a *ultima ratio* e de forma igualitária.

Ao final dessa parte haverá o tema do discurso crítico do Direito Penal, o qual aponta as funções não declaradas como sendo as efetivamente aplicadas no caso concreto. Por exemplo, a forma como os bens jurídicos a ser tutelados, os quais são escolhidos em prol dos interesses das minorias favorecidas economicamente, em detrimento da grande massa pobre da população, que é a verdadeiramente atingida pelas penas aplicadas.

No segundo capítulo, é necessário analisar a teoria “direito penal do inimigo”, do teórico Günther Jakobs, pois servirá de embasamento para explicar o recrudescimento das formas de perseguição ao “criminoso”, principalmente no que se refere ao tratamento do “traficante”. Nesse mesmo capítulo, em contrapartida, serão analisadas as mais diversas críticas à teoria jakobiana.

A próxima parte, o terceiro capítulo, será orientado no sentido de descrever, de forma geral, o que é a seletividade do sistema penal: a descrição das agências de criminalização, a seletividade primária e secundária, os preconceitos existentes em tais agências, e a forma como isso se dá no caso concreto. Será analisado o perfil dos indivíduos atingidos por tal seletividade por meio de dados obtidos do Ministério da Justiça, os motivos por trás da ação seletiva. Delineado o tema de forma geral, o próximo passo se dará com a análise específica da criminalização das drogas.

A última parte consistirá em dois momentos: a criminalização primária e a criminalização secundária das drogas. Num primeiro momento, será necessário acentuar o proibicionismo internacional das drogas – todo o histórico dessa proibição, o cenário no qual se deu, o fortalecimento internacional no combate ao uso e à venda de entorpecentes, até chegar ao segundo momento, consistente na forma como o

Brasil adotou tal proibicionismo, internalizando, desde as primeiras legislações, a negação às drogas, até chegar à última norma vigente sobre o assunto, e também a mais rigorosa. Na última parte do capítulo, a seleção secundária, serão demonstrado como os agentes se utilizarão da normatividade para aplicar a criminalização, bem como haverá a descrição dos perfis cristalizados do usuário e do traficante conforme doutrina crítica, a fim de demonstrar teoricamente como se dá a criminalização das drogas. Ainda nesse contexto, os indicadores de seleção de indivíduos a serem punidos por tal Lei serão demonstrados pelos dados trazidos pelo Ministério da Justiça e pelo Projeto “Mulheres pelas Mulheres”, sendo, por fim, aplicados ao caso concreto, conforme experiências pessoais.

Capítulo I - FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Para uma compreensão segura dos motivos pelos quais se delinea a seletividade penal no nosso sistema penalista, é necessário saber, inicialmente, qual é a função exercida pelo Direito Penal, a sua missão dentro do Estado Social Democrático de Direito, por sua vez insculpido na Constituição Federal de 1988.

O objetivo deste capítulo é, portanto, esquadrihar quais são essas funções, analisando-se, para tanto, as visões apontadas por duas grandes vertentes doutrinárias: o discurso jurídico oficial e o discurso jurídico crítico.

1.1 As funções do Direito Penal segundo o discurso oficial

Julio Fabbrini Mirabete¹ e Renato N. Fabbrini explicam, ao conceituarem introdutoriamente sobre o Direito Penal, que para a sociedade conviver de forma pacífica devem existir regras, as quais são denominadas como Direito Positivo. Afirmam que todos os indivíduos integrantes da sociedade devem cumprir tais regras, indispensáveis – segundo estes e uma boa parte dos autores – ao convívio, sofrendo sanções, caso não as sigam. Assim, o Direito Penal é, para os autores, o conjunto de normas proibitivas determinadas por sanções penais, aplicadas àqueles que as transgredirem. O Direito Penal, para eles, também possui o pressuposto de interpretação de tais normas.

No entanto, os autores informam que nem todas as regras postuladas no Direito Positivo merecem a atenção do Direito Penal. Determinam eles que ilícitos civis são aqueles cuja resposta dada ao infrator corresponde à reparação civil, mas, que muitas vezes, não conseguem impedir transgressões de grau mais elevado, a quais podem atingir “não apenas interesses individuais, mas também bens jurídicos relevantes, em condutas profundamente lesivas à vida social”². Desta forma, expõem

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 28ª Edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 1-5.

²MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 2012, p. 2.

que o Estado responsabiliza-se pela sanção aos sujeitos que praticarem os atos mais nocivos à vida em sociedade, estabelecendo tais punições no Código Penal.

É possível verificar que ambos consideram como função ética do Direito Penal a proteção da sociedade, consubstanciada pela defesa aos bens jurídicos mais relevantes:

[...] que o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.). [...] Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que, ao menos em caráter secundário, o Direito Penal tem uma aspiração ética: deseja evitar o cometimento de crimes que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados. Essa finalidade ética não é, todavia, um fim em si mesma, mas a razão da prevenção penal, da tutela da lei penal aos bens jurídicos preeminentes. Assim, a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica e, como tal, primordialmente destinada à proteção dos bens jurídicos.³

No mesmo sentido, Damásio de Jesus aponta que “a função específica do Direito Penal é a tutela jurídica. Visa o Direito Penal a proteger os bens jurídicos.”⁴ O autor explana que apenas os bens jurídicos mais importantes são os protegidos pelo Direito Penal, e sua intervenção só ocorre quando há lesão aos bens jurídicos mais fundamentais, cujo valor é reafirmado à consciência da sociedade, fortalecendo as normas penais tuteladas.

Cezar Roberto Bitencourt⁵, por sua vez, destaca o caráter fragmentário, inerente ao Direito Penal. Esclarece o autor que, sendo uma de suas modernas características, a matéria tem como pressuposto representar a *ultima ratio*, de forma a apresentar sanções específicas de acordo com o caso concreto. Já quanto a suas finalidades, o autor apresenta o escopo preventivo do Direito Penal, já que, antes de punir o transgressor da norma, tenta motivá-lo para que não o faça.

Afirma ainda que, uma vez que a função preventiva não cause os efeitos esperados, a sanção fica “abstratamente cominada, através do devido processo legal, em sanção efetiva, tornando aquela prevenção genérica, destinada a todos, numa

³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 2012, p. 3.

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. 28 ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 4.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 13. Edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 2-5.

realidade concreta, atuando sobre o indivíduo infrator”⁶, o que, segundo o autor, considera-se como sendo a chamada *prevenção especial* do Direito Penal, fato constituidor da função mais característica da matéria. O autor observa, no entanto, que a matéria está cominada às ciências do *dever ser*, e não do *ser*.

Nesse mesmo contexto, Aníbal Bruno⁷ insere novas funções ao Direito Penal, dizendo que cabe à matéria, ao se apresentar como um conjunto de normas jurídicas, exercer a “função do Estado de prevenir e reprimir crimes, por meio de sanção cominada aos seus autores”⁸. Desta forma, expõe que ao Direito Penal é atribuída a função de garantir a defesa da sociedade, exercendo-a por meio da proteção aos bens jurídicos mais fundamentais.

O bem jurídico, entendido pelo autor como correto o conceito adotado por Franz von Liszt, é aquele que satisfaz uma necessidade humana, tutelada pelo Direito⁹

São interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida em determinado momento.

Defende ainda posição contrária à majoritária, representada pela da corrente retribucionista, a qual entende por defesa social como finalidade do Direito punitivo e nega o que considera por Justiça, como finalidade de tal Direito. Desta forma, para o autor, o Direito Penal deve garantir a ordem e a segurança nacional, e não a retribuição aos agentes pelo cometimento de seus crimes.

Afirma também que, ao impor sanção penal às várias figuras delituosas, o Direito Penal também exerce uma função educativa e sociocultural, vez que tal ação teria o poder de fortalecer na consciência comum “o juízo de valor sobre os bens jurídicos assim tutelados e as normas de cultura em que se apoia essa tutela”¹⁰,

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 2008, p. 3.

⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 28.

⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 28.

⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 29-30.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 32.

consubstanciando-se numa função também preventiva dos crimes. Explica, por fim, que, no intuito de punir e reprimir crimes, além de o Direito Penal proteger a sociedade da ação do sujeito que delinque as normas, em contrapartida também protege o referido sujeito de ações excessivas por parte da sociedade ao puni-lo.

Verifica-se no discurso jurídico oficial, ora apresentado pelos autores anteriormente mencionados, a finalidade garantidora que o Direito Penal tem em relação aos bens jurídicos considerados como mais importantes à sociedade. Observa-se, no entanto, como se verá adiante, tratar-se de uma função simbólica, não possuindo correspondência com os casos concretos ou reais.

1.2 As funções do Direito Penal segundo o discurso crítico

Nilo Batista¹¹, abordando da missão do Direito Penal, defende que, ao se discutir a finalidade da matéria, dever-se-ia tratar, na realidade, dos fins da pena, algo que não acontece atualmente. Na forma como tais finalidades são versadas, partindo-se da interconexão pena/sociedade, o autor explica que o infrator é analisado antes do crime, já, ao contrário, quando ponderados os fins da pena, verifica-se o infrator depois do crime, pena e sociedade.

Desta forma, analisa o doutrinador que a missão descrita oficialmente pelo Direito Penal “defende (a sociedade), protegendo (bens, valores ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas)”¹². Observa que as finalidades aqui descritas projetam-se na relação já informada de pena-sociedade, apresentando-se como um “sinal social positivo”¹³, enquanto que, observadas as finalidades da pena, apresenta-se como um “sinal social negativo”¹⁴.

Ao fazer tal comparação, o autor critica o discurso oficial das finalidades do Direito Penal, cuja projeção é utópica, observando haver diferenças entre o que pretende o Direito Penal e seu instrumento intrínseco – a pena, já que, ao se analisar

¹¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 108-113.

¹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2011, p. 108.

¹³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2011, p. 108.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2011, p. 108.

as finalidades da matéria partindo pelo ponto de vista da primeira dogmática, está-se colocando o sujeito à frente da lei. Ou seja, “o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem”.¹⁵ Desta forma, ao confrontar os fins da pena, explanada pelas teorias absolutas, relativas, com as finalidades do Direito Penal, Nilo Batista afirma que a matéria penal aproxima-se de sua realidade histórica.

Define também que, aproximando-se as finalidades do Direito Penal com as finalidades da pena, firma-se um único projeto, bastando, para tanto, que sejam desmistificadas as primeiras finalidades mencionadas e suas respostas usuais, de forma crítica.

Resumidamente, Nilo Batista expõe ainda os posicionamentos oficiais acerca das tarefas do Direito Penal:

Entre os autores brasileiros, prevalece o entendimento de que o fim do direito penal é a *defesa dos bens jurídicos*: assim, Aníbal Bruno, Frafoso, Damásio, Toledo, Mirabete. Alguns colocam a defesa dos bens jurídicos como meio empregado para a defesa da sociedade (Bruno, Fragoso), concebida eventualmente como combate ao crime (Mirabete); outros procuram enfatizar a defesa dos valores sociais que subjazem aos bens jurídicos (Brito Alves) ou o “robustecimento na consciência social” desses valores (Damásio).¹⁶

O teórico conclui afirmando que a proteção aos bens jurídicos é carreada ao Direito Penal como sua finalidade, característica essa somada à uma sociedade dividida em classes, a proteção exercida pelo Direito Penal às relações sociais (interesses ou valores) escolhidas pelas classes dominantes como mais importantes, ainda que sejam, de certa forma, universais. Assim, questiona tal finalidade do Direito Penal, não só porque a escolha de bens jurídicos a serem tutelados representa a “reprodução de relações de dominação”¹⁷, mas também os efeitos à sociedade exercidos pela pena e não declarados, como a estigmatização e retroalimentação de autoritarismos, também representariam uma missão, considerada por ele como “secreta”, do Direito Penal. Tal posicionamento inicializa a discussão acerca da seletividade penal, a ser tratada no terceiro capítulo.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2011, p. 109.

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2011, p. 111.

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2011, p. 113.

Nessa conjuntura, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁸ conceituam o Direito Penal explicando que este traduz-se por um conjunto de normas, as quais pretendem tutelar os bens jurídicos e evitar o cometimento de novos delitos.

Entendem os doutrinadores como objeto do Direito Penal a legislação penal, apontando que “o direito penal cumpre uma função social a que podemos nos aproximar, mas que, em definitivo, não é aquela que se costuma apontar no discurso jurídico ou, ao menos, não o é exatamente”¹⁹. Afirmam que alguns compreendem por segurança jurídica a meta do Direito Penal, e outros autores determinam que sua finalidade, na verdade, revela-se pela defesa social ou proteção da sociedade.

Para a primeira corrente, os autores afirmam que a prevenção geral é o efeito da segurança jurídica, exercida pela pena, visando impedir a delinquência dos que ainda não o fizeram. Já para a segunda corrente, o efeito da defesa social, também por meio da pena, seria a prevenção especial, a fim de que o sujeito que delinuiu não volte a fazê-lo. Ainda, para os partidários da segurança jurídica como meta do Direito Penal, a proteção aos bens jurídicos e valores éticos-sociais garantem tal segurança. Já para os que postulam a defesa social como função do Direito Penal, o importante é o resultado que a conduta ilícita impõe à sociedade.

Embora os teóricos defendam a segurança jurídica como prioridade do Direito Penal, expõem que as visões apresentadas anteriormente apresentam respostas excludentes ao entendimento que têm da legislação penal e as funções do Direito Penal. Eles percebem como visão parcial dos problemas, apresentando falsos dilemas, cujas ideologias se condicionam por circunstâncias socioeconômicas e políticas alheias às existentes no contexto brasileiro. Assim, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que os discursos oficiais acerca das finalidades do Direito Penal não se adequam ao caso concreto.

Por fim, os autores explicam que, uma vez desvalorada determinada conduta, prescindido ou minimizado seu resultado, a fim de acentuar seu desvalor “ético”, o Direito Penal deixa de oferecer segurança jurídica e passa a servir os grupos de poder, ao passo em que a conduta abarcada como delituosa assume um valor simbólico para tais grupos contra seus antagonistas, os “delinquentes”.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: volume 1 – parte geral. 9ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88-95.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: volume 1 – parte geral. 2011, p. 88.

No mesmo sentido anteriormente apontado por Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos²⁰, ao abordar o tema do Direito Penal e seus objetivos, os relaciona com a pena. Explana o autor que há funções declaradas ou manifestas, descritas pelo discurso oficial do Direito Penal, e objetivos reais ou latentes do Direito Penal, expostas pelo discurso crítico.

Quanto aos objetivos declarados do Direito Penal, afirma que estas consistem na proteção aos bens jurídicos, cujos valores são mais relevantes para a vida humana coletiva ou individual, cuja violação prescinde de pena. Tais bens jurídicos, de acordo com o teórico, são escolhidos de acordo com juízos político-criminais, os quais obedecem à Constituição Federal.

No entanto, salienta que a referida proteção se dá de maneira subsidiária e fragmentária, já que deve ser atuar apenas em *ultima ratio*. Nesse sentido, a proteção dos bens jurídicos é subsidiária, vez que “supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado”²¹, e fragmentária, pois não tutela todos os bens jurídicos indicados na Constituição Federal.

Partindo do pressuposto de que a sociedade capitalista é formada por classes antagônicas, no que concerne à produção e circulação da vida material, na qual alguns ocupam a posição de “donos do capital”, e outros, assumem a posição de “assalariados”, Juarez Cirino dos Santos trata dos objetivos reais do Direito Penal, expostos pelo discurso jurídico crítico, como “fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle”²², pela perspectiva da luta de classes.

Expõe que os instrumentos de poder do Estado e suas formas jurídicas protegem interesses dos grupos sociais hegemônicos, excluindo, por consequência, os interesses das classes subordinadas. O autor aponta ainda que, além das funções reais ora expostas, o Direito Penal exerce também funções por ele consideradas como ilusórias, no sentido de encobrir a verdadeira natureza de tais relações sociais, cujo discurso jurídico oficial apresenta de forma diametralmente oposta.

Assim,

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição revista e ampliada. Curitiba: Editoras ICPC e Lumen Juris, 2008, p. 4-18.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2008, p. 5.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2008, p. 7.

O Direito Penal e o sistema de justiça criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal e o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.²³

Em relação à tutela dos bens jurídicos pelo Direito Penal, o autor declara ainda ser necessário o bem jurídico ainda um conceito necessário, pois considera existir no Estado Democrático de Direito “formações sociais nascidas da relação capital/trabalho assalariado”²⁴. Observa, contudo, que o bem jurídico corresponde a um critério de criminalização, uma vez que é objeto da proteção penal, em virtude promover a criminalização da “vontade do poder”. Seguindo tal raciocínio, propõe “reservar o conceito de bem jurídico para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da vontade do poder; (b) de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos”²⁵, o que reforçaria os princípios do Direito Penal de fato, limitando, desta forma, o poder de punir estatal.

Por fim, Alessandro Baratta²⁶, ao tratar dos conceitos intersistemáticos e intrassistemáticos do bem jurídico, informa sobre o uso defensivo e o uso promocional da pena, no que concerne a bens e interesses considerados como relevantes, representado na teoria metodológica do bem jurídico, de R. Hoing.

Alessandro Baratta informa que tais usos se aproximariam da teoria do bem jurídico em sentido lato – uso promocional da pena, e da teoria do bem jurídico em sentido estrito – uso defensivo da pena. Observa, contudo, que a referida distinção não perdeu seu sentido, tendo em vista que “a tutela penal começou a estender-se dos interesses individuais e circunstanciais para a área de interesses gerais e difusos”²⁷.

Informa que a distinção imposta entre usos da pena carece de grande parte de seu significado, em decorrência da referida expansão, causando um efeito chamado por Alessandro Baratta de “administrativização” do Direito Penal, no sentido de que as novas normas penais produzidas em número expressivo tendem a se tornar

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2008, p.9.

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2008, p. 14.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2008, p.17.

²⁶ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan/mar. 1994.

²⁷ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal*. jan/mar. 1994, p. 7.

acessórias às normas e atividades administrativas estatais, o que pode causar uma aproximação entre o sujeito privado e a administração. Seguindo esse raciocínio, o autor destaca ainda que tal “administrativização” tem o pendor de distanciar suas normas dos conhecidos requisitos de abstração e generalidade, transformando-se em regras criadas para situações de “emergências” concretas, ou de risco.

Destaca Alessandro Baratta que essa situação mostra um distanciamento em relação à certeza e segurança do direito, para uma aproximação à segurança dos bens jurídicos, dando ao Estado a característica preventiva, ou seja, um “Estado da segurança”. Nesse sentido, explica também sobre a dinamização dos bens jurídicos, correspondente à transformação dos sistemas penais, que “se relaciona com o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado”²⁸.

De acordo com o teórico, Günther Jakobs interpretou as tendências aqui mencionadas de forma a considerar a mudança da concepção liberal do Direito Penal, antes orientado ao cidadão, e agora autoritariamente orientado ao “inimigo”. Esse “inimigo”, para Günther Jakobs, como se verá no próximo capítulo, seria o sujeito como fonte de perigo para os bens jurídicos tutelados.

Logo, para Alessandro Baratta, deve-se atentar aos princípios “garantistas” dos sistemas criminais, observando-se a limitação da intervenção estatal, a igualdade dos sujeitos, o direito das vítimas, dos acusados e dos condenados, a fim de que se opere um sistema penal alternativo àquele vigente. Por conseguinte, aponta que o Direito Penal deve ser utilizado como instrumento para a aplicação dessa alternatividade, no sentido de organizar a tutela dos interesses sociais em direção à defesa dos mais fracos contra o que chama de “prepotência” dos mais fortes, afastando-se da defesa “simbólica” dos bens jurídicos ora oferecida pelo discurso jurídico oficial.

Assim, verifica-se, de acordo com os posicionamentos doutrinários explanados, no que se refere ao discurso jurídico crítico, uma forte crítica ao posicionamento jurídico oficial, principalmente em relação ao entendimento deste em relação às funções do Direito Penal – a proteção dos bens jurídicos mais importantes. Seja porque parte dos autores consideram haver um distanciamento entre as funções

²⁸ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal*. jan/mar. 1994, p. 14.

do Direito Penal e os fins da pena, quando, na realidade, deveriam ser tratados de forma uníssona, seja porque outra parte faz crítica a quais bens são tutelados pelo Direito Penal e, por consequência, considerados relevantes, o fato é que todos consideram haver um grande distanciamento entre a simbologia do discurso oficial e a realidade apresentada pelo caso concreto.

Capítulo II – DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme mencionado no capítulo anterior, o distanciamento acerca da certeza e da segurança do direito, em detrimento da segurança dos bens jurídicos, confere ao Estado a característica da prevenção criminal, tornando-se o que Alessandro Baratta chama de “Estado da segurança”. Tal posicionamento demonstra a antecipação da punibilidade em relação à conduta ainda não praticada.

Dessa forma, aproxima-se o posicionamento estatal à teoria de Günther Jakobs, a qual comprova haver a orientação do Direito Penal ao que chama de “inimigo”. Dessa forma, este capítulo irá tratar da teoria do Direito penal do inimigo e suas críticas.

2.1 Direito Penal do inimigo – Günther Jakobs

Günther Jakobs, ao lado de Claus Roxin, é um dos teóricos do normativismo funcionalista. Paralelamente ao sistema teleológico-funcional do Direito Penal, proposto por Claus Roxin, Günther Jakobs apresentou, na década de 1980, a radicalização da sistemática funcional da matéria na forma de um funcionalismo sistêmico.

Nesse contexto, Günther Jakobs, ao tratar de sua tese²⁹, apresenta o Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão como dois tipos ideais, dificilmente encontrados na realidade fática nas suas formas puras. Ambas as categorias fazem parte de um mesmo contexto, que é o Direito Penal.

A expressão “*Direito Penal do Inimigo*” não possui, a princípio, uma conotação pejorativa, conforme ele defende, ainda que não seja “*imputada necessariamente aos pacificadores, podendo ser também atribuída aos insubmissos.*”³⁰ Tal direito implicaria um tipo de comportamento orientado pela obediência e não observância às regras.

²⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Org. Eugênio Pacelli de Oliveira e Luiz Moreira. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 1-111.

³⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. 2009, p. 2.

A conceituação de pena para Günther Jakobs é apresentada na forma de coação, na medida em que ela representa a resposta a uma desautorização da norma e uma agressão à sua eficácia. Assim indica que tal desautorização é irrelevante para a existência da norma, pois ela continua vigorando de forma inalterada, assim como a sociedade. Logo, há uma interação simbólica entre o fato e o apenamento, bem como que a pessoa do agente passa a ter um papel relevante. A pena, para além de significar algo, também produz efeitos, como a prevenção especial, já que o agente ficaria impedido de cometer crimes fora do estabelecimento prisional no qual se encontra segregado, mormente quando da duração da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, informa que a sanção é aplicável somente ao que chama de “*indivíduo perigoso*”³¹, e não ao sujeito de direito.

A pena possui também uma função de medida de segurança, já que esse “*indivíduo perigoso*” deve ser tratado de forma efetiva, exemplificando o combate ao perigo, ao invés de haver a comunicação, nos casos do Direito penal do cidadão. Seria a aplicação do Direito penal do inimigo, sobrepondo-se ao primeiro.

Günther Jakobs argumenta também que o Direito Penal, autorizado pelo Estado à função de coação, se dirige ao inimigo, vez que, utilizando-se das teorias hobbesiana e kantiana, apontam o dever de reconhecer que o delinquente contumaz nega a autoridade estatal, motivo pelo qual deve ser tratado de forma diferente do transgressor comum, sendo que este último não perde sua característica de cidadão, ao contrário do primeiro. A partir daí o autor confirma sua teoria, na qual o “*inimigo*” deve ser tratado, pois, com a coação física, de forma a combater o perigo.

Logo, encontra justificativas também para a diminuição das proteções penais e processuais penais desse “*inimigo*”. Menciona que, além da medida de segurança, o Estado também manifesta sua insatisfação com as condutas desviantes, ativadas de forma duradoura, na forma de legislações de combate. O que se daria nos casos da criminalidade econômica, do terrorismo, ou da criminalidade organizada, por exemplo, a fim de despersonalizar o criminoso e combater-lo em sua postura, ou na sua vida econômica, como nas hipóteses do tráfico de drogas e outros tipos de criminalidade organizada. Trata-se da prevenção de um perigo, vez que a punibilidade é antecipada para o ato da preparação dos crimes, a fim de evitar os fatos futuros e não limitar-se à punição dos fatos já ocorridos.

³¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. 2009, p. 2.

O mesmo se dá no âmbito do Direito Processual Penal, quando informa que o criminoso comum, aqui identificado como “sujeito processual”, tem direito à tutela policial e ao oferecimento de provas, de não ser ilicitamente ludibriado ou constrangido no que concerne às suas declarações. Em contrapartida, ao “inimigo” é aplicada a coação, entretanto, embora lhe seja concedido o direito à participação do processo, o é apenas porque este se encontra encarcerado devido à sua periculosidade.

Ao informar que a pessoa sujeito de direitos é dotada de personalidade seguindo as condições da legalidade, no âmbito de seus limites, aponta que tal construção é abstrata, pois defende, de acordo com o caso concreto, que um sujeito, ao suprimir os direitos de outros, como no caso de Hitler, deve ser extinto como inimigo, ou seja, “poder postular um direito e ter realmente um direito não é a mesma coisa”³².

Assim, evidenciam-se como características mais claras da teoria do Direito penal do inimigo a antecipação da punibilidade, a mudança da legislação penal para uma legislação de combate e a supressão de garantias penais e processuais penais à pessoa identificada como “inimigo”.

2.2 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

As críticas ao Direito penal do inimigo iniciam-se com Francisco Muñoz Conde³³, o qual afirma não ser inovação a teoria postulada por Günther Jakobs cuidar com a forma que estão grafados os nomes dos autores. Isso porque vem exemplificado ao longo da história legislativa desde os idos do século XIX, com a origem da decodificação penal, até o presente momento, especialmente após os atentados ocorridos nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2009.

O doutrinador espanhol esclarece que a proposição criada por Günther Jakobs aproxima-se do “Direito Penal do Autor”, cuja teoria foi indicada por penalistas alemães à época do nazismo e tratava com maior relevância a “periculosidade

³² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. 2009, p. 29.

³³ CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-2.

criminal”, em detrimento do fato delitivo. Critica, pois, o fato de a teoria jakobiana referir-se ao mais ao “tipo de sujeito” do que aos atos por ele cometidos.³⁴

As codificações extremas se originam nos países totalitários, conforme relata o autor, durante períodos de crise econômica, política e social, guerra ou pós-guerra. Revela, no entanto, que Günther Jakobs traz um elemento novo: a aplicação desse contexto nas legislações dos Estados democráticos de direito, apesar de, paradoxalmente, darem guarida em suas normas a toda a carga principiológica de direitos humanos, bem como convenções e declarações envolvendo este tema.

Tal inovação, conforme explicita, de acordo com o autor, apresenta-se de tal maneira nas atuais legislações penais destinadas a temas como o terror, tráfico de drogas e associações criminosas, que operam transgressões aos preceitos constitucionais relacionados aos direitos humanos, motivo pelo qual, não raro, há decisões de tribunais superiores desses Estados democráticos de direito, no sentido de declarar inconstitucionais alguns preceitos declinados nas referidas normatizações.³⁵

³⁴ CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. 2011, p. 14.

³⁵Vide, por exemplo, o HC 97256/RS, julgado no Superior Tribunal de Justiça, o qual declarou inconstitucionalidade ao disposto no artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, no que tange à vedação da conversão em restritivas de direitos da pena privativa de liberdade:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o

Observa-se, no entanto, que apesar de haver a atuação dos referidos tribunais, a influência midiática e pressão pública, países eminentemente democráticos, como os Estados Unidos, adotaram medidas legislativas que vão de encontro aos pressupostos constitucionais imbricados no Direito Penal e nos Estados de direito, como quando da criação do *U.S. A. Patriot Act*.³⁶

Francisco Muñoz Conde ainda manifesta sua crítica à característica da “não pessoa” apresentada por Günther Jakobs, da qual depreende-se um tratamento jurídico diverso daquele aplicado à “pessoa”. O autor espanhol argumenta que tal diferenciação, assim como a teoria da qual faz parte, não é isolada historicamente, vez que, também nos regimes nazista e fascista, tal dicotomia foi aplicada ao conceito de raça, na medida em que segregou aquelas consideradas inferiores, dando origem aos campos de extermínio, ou campos de concentração.

Para essa dicotomia, o autor espanhol evidencia, então, a existência de “dois direitos penais”, os quais foram previstos por Edmund Mezger à época do regime totalitarista alemão, diferenciando um “direito penal para a generalidade”, e um “direito penal para pessoas diferentes”.³⁷ Assim, Francisco Muñoz Conde aproxima a teoria jakobiana àquelas que sustentaram o regime genocida nazista quarenta anos antes.

Observa, por óbvio, que tal diferenciação não cabe a um Estado democrático de direito, cuja premissa é a não diferenciação entre seus concidadãos entre inimigo

Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da conivência em causa, na concreta situação do paciente.” (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333) (Disponível no sítio virtual do Superior Tribunal de Justiça (STF): <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+97256%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+97256%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aavkjpo>. Acesso em: 14 set 2014)

³⁶ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (U.S. A. Patriot Act)* é a lei antiterrorista sancionada em outubro de 2001 nos Estados Unidos, pelo seu então presidente, George W. Bush. Dispõe a lei sobre a punição aos que apoiarem o terrorismo, definições sobre o bioterrorismo, medidas rigorosas a estrangeiros considerados suspeitos de atos terroristas, a ampliação da competência dos serviços de segurança sobre a vigilância das pessoas, entre outros assuntos. (CHEVIGNY, Paul. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 47, Mar / 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 386-407).

³⁷ CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. 2011, p. 23.

e cidadãos, a serem tratados de forma desigual quanto à proteção jurídica. Nesse ínterim, defende, ao contrário de Günther Jakobs, que são irrenunciáveis pelo próprio Estado os direitos e garantias fundamentais, vez que são formadores de sua própria essência. Ainda que seja possível derrogar tais direitos em casos extraordinários, tal atitude ameaçaria a unidade do Estado de Direito, pois abriria prerrogativas para ações semelhantes, fundadas, no entanto, em motivos injustos.

Desta maneira, a “razão de Estado” monopolizadora do poder punitivo, informada, por sua vez, na matriz funcionalista da teoria jakobiana, ainda que não democrática, seria para o autor alemão único embasamento do Direito Penal. Francisco Muñoz Conde identifica, então, uma característica ambígua na teoria de Günther Jakobs: ela serve tanto ao Estado democrático de direito, bem como ao totalitário. E informa, por fim, como um dos efeitos principais da aplicação de um Direito Penal do Inimigo a sua “ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito, e com isso desvaloriza a segurança normativa, conceituando tão somente a puramente cognitiva”.³⁸ Informa ainda que abre-se a prerrogativa para a criação de um Direito penal de cunho autoritário, ou um terrorismo de Estado, na forma, por exemplo, da aplicação da pena de morte. De tal modo, defende que, no caso de o “Direito penal do inimigo” não trazer soluções melhores que o “Direito penal do cidadão”, alguém deverá se responsabilizar pelas consequências advindas de tal aplicação.

Continuando com as críticas, Paulo César Busato trata da teoria de Günther Jakobs³⁹ informando que o estado de recrudescimento da repressão, associado à globalização e ao processo de revolução tecnológica, é rotulado como Direito penal do inimigo.

Informa que, ao contrário da época medieval, na qual as populações corriam riscos alheios à causação humana, como doenças, por exemplo, atualmente as sociedades não se dão conta das ameaças a que estão expostas, estas causadas pela ação humana, o que dá às pessoas uma sensação de insegurança irreal, cuja solução, no ponto de vista da coletividade, migra para o Direito Penal. Assim, inicia-se o discurso de insegurança social, conexo ao descrédito das instâncias protetivas,

³⁸ CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. 2011, p. 32.

³⁹ CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. 2011, p. 155-225

que leva à quebra de padrões em nome de uma busca por segurança ilusória, por sua vez consubstanciada pelo Direito penal.

É nesse panorama, conforme o autor aponta, que é justificado o tratamento diferenciado ao sujeito criminoso. Para isso, muda-se a abordagem do Direito Penal, ora voltado para o risco, direcionado, então, ao inimigo, “convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social”⁴⁰. De tal maneira, o Direito Penal tende para o afastamento das instâncias democráticas. Critica o penalista brasileiro, nesse interim, a pretensão de controle da violência apresentado por essa forma de política criminal, vez que o Direito Penal opera no fato consumado, ainda que tal sistema de controle produza efeitos simbólicos.

Observando dados trazidos por Jock Young acerca da diminuição da criminalidade em diferentes cidades dos Estados Unidos, o autor esclarece ter havido na cidade estadunidense de Nova Iorque, em meados da década de 1990, uma diminuição da criminalidade, época também em que o governo local optou por reforçar o policiamento da metrópole. Contudo, observa que tal arrefecimento nos índices de criminalidade começou a ocorrer antes da investida governamental, motivo pelo qual concluiu que o estado policesco não teve ligação direta com a diminuição dos índices, mas exatamente o contrário. Informa que o elastecimento dado pelo aparato estatal às equipes policiais fez crescer os índices de prisões por crimes de dano, furto, entre outros, bem como produziu o fenômeno do “superencarceramento”. Este fenômeno seria o resultado da política de tolerância zero, consubstanciada pela teoria das “janelas quebradas”⁴¹, fato que não proporcionou a diminuição da criminalidade.

Diz ainda que essa prática de tolerância zero adotada em Nova Iorque, apesar de ineficaz, difundiu-se para fora dos Estados Unidos, alcançando, por exemplo, a Europa, onde alguns países aplicaram medidas rígidas em relação às penas aplicadas, levando-se em consideração a reincidência do indivíduo.

Nesse contexto, afirma que, diante da ideia de reação contra a criminalidade utilizando-se como meio o Direito Penal, o Poder Legislativo vem criando leis cada

⁴⁰ CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. 2011, p. 161.

⁴¹ A teoria das janelas quebradas ou "*broken windows theory*" é um modelo norte-americano de política de segurança pública no enfrentamento e combate ao crime, que tem por visão fundamental a desordem como fator de elevação dos índices da criminalidade. Nesse sentido, apregoa tal teoria que, se não forem reprimidos, os pequenos delitos ou contravenções conduzem, inevitavelmente, a condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir os responsáveis pelos crimes menos graves. Torna-se necessária, então, para tal teoria, a efetiva atuação estatal no combate à criminalidade, seja ela a microcriminalidade ou a macrocriminalidade.

vez mais rígidas, alheias às garantias do indivíduo. Tal política vai de encontro, dessa forma, com a teoria reducionista do Direito penal mínimo e nada traz de solução no que tange ao problema da criminalidade, mas apenas o camufla, bem como que negligencia o produto da aplicação desse sistema recrudescente.

Ao tratar do tema de supressão de garantias no Direito penal do inimigo, Paulo César Busato informa sobre o direito penal de duas velocidades defendido por Jesús-María Silva Sánchez⁴²: uma velocidade na qual são observadas as garantias individuais do sujeito delinquente, e a outra, um Direito penal de supressão parcial de garantias. Critica dizendo que, a partir do momento em que for dada abertura legislativa para a aplicação do Direito penal de duas velocidades, abrir-se-á prerrogativa para uma diminuição gradativa, até que se chegue a à supressão absoluta de direitos e garantias ao transgressor de normas. Nessa conjuntura, informa que Günther Jakobs reconhece tal teoria na medida em que defende a posição estatal no sentido de tratar o “inimigo”, sujeito excluído socialmente, como não-pessoa.

Critica ainda a forma como o penalista alemão fundamenta sua teoria de Direito penal do inimigo, pois, erroneamente, interpretou os pressupostos trazidos por Immanuel Kant acerca da despersonalização do sujeito, e por Thomas Hobbes, da despersonalização do indivíduo que praticou alta traição. Quanto ao primeiro autor, Immanuel Kant, descreve que sua teoria não trata da exclusão ou inclusão do sujeito inimigo ou cidadão, conforme interpreta Günther Jakobs, pois que não há como excluir o sujeito que sequer foi incluído como cidadão, como no caso do “inimigo”. Já, quanto à teoria hobbesiana, sobre a eliminação do indivíduo que praticou alta traição, verifica-se que o autor inglês justificou tal exclusão em seu discurso quando apenas num estado de guerra, no qual o Direito penal não é atuante, conforme denota-se do contexto histórico-filosófico em que o autor estava inserido, século XVII. Em tal época não havia a aplicação das garantias fundamentais atuais.

Indica Paulo César Busato que o objetivo de Günther Jakobs, dessa forma, ainda que inconscientemente, é justificar um Direito penal de guerra, vez que procura combater os sujeitos delinquentes a fim de manter a “ordem” estável. Logo, “o Direito penal como instrumento punitivo destituído das garantias” é aplicado à pessoa sujeito que sequer deu azo à legitimação de tal aparato punitivo, sendo este criado com base

⁴² CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. 2011, p. 176-184.

numa sociedade que o usa para garantir o controle social interno, mas como instrumento de guerra.

Critica ainda a postura jakobiana sustentando que, ainda que o sujeito delinquente negue o Estado e se coloque na situação de “inimigo”, perdendo, de acordo com a teoria de Günther Jakobs, seus direitos e garantias, também estaria negando o instrumento de controle estatal, o Direito penal, vez que este não possui legitimidade de aplicação além dos limites de sua aceitação. Tendo em vista que o direito meramente reconhece, e não cria, os direitos e garantias constituídos previamente, não pode ele negá-los, pois não participa de sua formação. Dessa maneira, se o indivíduo não goza das garantias previstas pelo Estado, não há motivos para a sua submissão ao controle por este exercido. Ou se aplica o princípio da justiça universal, a que todos os cidadãos façam parte, aí então o Estado poderia exercer seu controle, ou não se aplica o aparato penal no sujeito dele excluído.

Afirma ainda que um Estado que se propõe a negar o *status* de pessoa a um sujeito não pode ser denominado como democrático de direito, pois estar-se-á perante à supressão do princípio da igualdade, ou a pretensão de tal princípio, a fim de legitimar a busca por uma segurança hipotética. Informa por fim o autor que, na medida em que a norma seja reconhecida como forma de imputação, conforme aplique-se a negação do sujeito como pessoa, a estabilização dela torna-se a missão do Direito penal, contrapondo-se à ideia de proteção dos bens jurídicos como fim da matéria. Logo, a teoria defendida por Günther Jakobs, ao negar a condição humana do sujeito, abre a prerrogativa de criação de legislações alheias às garantias inerentes ao ser humano.

Leandro Ayres França⁴³, ao tratar das características do Direito penal do inimigo, informa haver a tendência do Direito penal do inimigo na antecipação da tutela dos crimes, cuja ação é influenciada pelo discurso da prevenção. Tal antecipação, de acordo com o autor, faz parte de uma sociedade convivente com a insegurança (expectativa de risco), como já informado anteriormente.

Observa que, utilizando do adiantamento da punibilidade, há, no ordenamento jurídico penal brasileiro

⁴³ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 400-507.

(...) lesões aos princípios da lesividade (criminalização de delitos sem dano ou de autolesão), da culpabilidade (criação de normas de perigo abstrato), da legalidade *lato sensu* (utilização de leis penais em branco) e da legalidade *stricto sensu* (prevalência de tipos penais abertos, identificados por elementos normativos).⁴⁴

Aponta ainda, quanto à característica da teoria jakobiana da inflação de normas penais, que no Brasil, principalmente após à promulgação da Constituição Federal de 1988, o “exercício legislativo contemporâneo padece do transtorno obsessivo-compulsivo”, vez que criou sessenta e duas leis, entre os anos de 1988 e 2007.⁴⁵

Quanto à última característica do Direito penal do inimigo, a supressão de garantias do indivíduo considerado inimigo, Leandro Ayres França aponta a adoção no sistema processual penal da

(...) extinção do princípio da inocência (gradual inversão do ônus da prova, inserção de juízos de periculosidade, prisões cautelares para averiguações injustificadas, exigência de veracidade no procedimento), a imposição de obstáculos ao contraditório (incomunicabilidade do acusado), o esmagamento do direito de ampla defesa (atuação partidária da acusação e do órgão jurisdicional como luta contra o inimigo), a relativização do direito de silêncio do acusado (escutas telefônicas, restrição do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*⁴⁶), a inexigência de idoneidade das provas (admissibilidade de provas secularmente consideradas ilícitas, interceptações telefônicas, agentes infiltrados) e a aceitação da parcialidade do magistrado (gestão de provas por iniciativa do julgador).⁴⁷

Conclui informando que, para Günther Jakobs, a sociedade deverá viver um novo contratualismo, vez que seu cidadão volta sua fidelidade às expectativas normativas no que tange às leis penais, ao contrário daquele contratualismo no qual a fidelidade é voltada ao “pacto com o poder soberano”.⁴⁸

⁴⁴ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 2012, p. 403.

⁴⁵ Dentre elas, destacam-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a Lei sobre as Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/1995), a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), a Lei que institui o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003), a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). In: FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 2012, p. 410-418.

⁴⁶ Trata-se do Princípio da não autoincriminação. Preconiza que nenhum indivíduo pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de elemento que o envolva direta ou indiretamente na prática de um crime.

⁴⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 2012, p. 441.

⁴⁸ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 2012, p. 474.

João Paulo Arrosi⁴⁹, assim como Eugenio Raúl Zaffaroni, informa ainda um paralelo entre o “inimigo” e o *hostis iudicatos*, pois a figura jakobiana, considerada como “não-pessoa”, tem suas garantias suprimidas diante de sua periculosidade, e o *hostis iudicatos* (inimigo público) era privado de forma radical do estatuto jurídico romano, *ius civis*, ficando abaixo, inclusive, do inimigo estrangeiro, que era submetido ao *ius gentium*. Aponta ainda que tal comparação equipara-se à dicotomia amigo/inimigo defendida por Carl Schmitt, partidário veemente do regime nazista. Vivemos, para ele, num estado de exceção, voltado à eliminação física dos sujeitos não integrados ao seu sistema.

Eugênio Raúl Zaffaroni finaliza as críticas ao Direito penal do inimigo concluindo que é discutido na doutrina penal

(...) a admissibilidade do conceito de *inimigo* no direito penal (ou no direito em geral) do Estado de direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo.⁵⁰

Afirma que, na medida em que o direito penal segrega ou elimina alguém por ser considerado perigoso, ainda que justificando de forma racional, infringe diretamente o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵¹. Suprime, dessa forma, direitos inerentes ao ser humano ao despersonalizá-lo, vez que tais direitos lhe assistem simplesmente por sê-lo. Ademais, ao iniciar tal processo de despersonalização, além de incorrer no risco de despersonalizar a sociedade como um todo, em virtude de adquirir uma maior segurança sobre condutas futuras do sujeito, também significará dar maior controle ao poder punitivo, pois tal segurança é hipotética.

⁴⁹ ARROSI, João Paulo. *Direito Penal do Inimigo e Totalitarismo*. In: Tipo: inimigo. Org. Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 55-67.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 17.

⁵¹ Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

(Disponível no sítio virtual da Organização das Nações Unidas (ONU): <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 25 set 2014)

Capítulo III – SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Esse capítulo irá tratar sobre a seletividade do sistema penal, passando pela teoria do *labeling approach*, ou “etiquetamento”, explicada por Alessandro Baratta, a qual dá ensejo à teoria da criminalização primária e secundária do sistema penal. Preconizada por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, tal teoria se aproxima do tema do preconceito exercido pelo sistema criminal, esta elaborada por Augusto Thompson.

Por fim, serão trazidos dados compilados pelo Ministério da Justiça, sobre o sistema carcerário brasileiro e, especificamente, do recorte no Estado do Paraná, acerca das características pessoais da população integrante desse sistema, a fim de demonstrar no caso concreto as teorias relatadas inicialmente.

3.1 Seletividade do sistema penal: conceito e estrutura

Ao falar sobre o sistema penal seletivo, Alessandro Baratta expõe que, para se ter conhecimento sobre a criminalidade, é necessário saber a forma de funcionamento do sistema penal, desde a criação das normas incriminadoras até o momento em que elas são aplicadas pelas instâncias oficiais, quais sejam, polícia, judiciário e instituições prisionais. Analisa que, enquanto o sujeito que praticou um delito não for percebido pelo sistema penal, não será tratado pela sociedade como “delinquente”, ou não assume esse *status*. É nessa linha de pensamento que surge a teoria do *labeling approach* ou do “etiquetamento”, a qual busca estudar o “efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes”.⁵²

A teoria foi influenciada por vertentes sociológicas norte-americanas – a primeira do “interacionismo simbólico”, criada com base em George H. Mead, informa que a realidade humana é feita da interpretação coletiva dos fatos nela existentes. Já a segunda, “etnometodologia”, inspirada em Alfred Schutz, defende que a realidade social compõe-se por valores, cuja construção e atribuição é realizada por seus

⁵² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 86.

componentes. De tal construção é possível aferir, segundo o autor, que uma conduta ilícita só será reconhecida como tal caso os meios de controle social assim a definir, ou seja, transgressões à lei penal terão efeitos perante a sociedade apenas os crimes perseguidos pelo sistema punitivo, e não todos os rotulados pela normatividade.⁵³

A teoria do *labelling approach*, nesse contexto ideológico, questiona o que se define por criminalidade, pois essa é constituída de maneira seletiva, atingindo parte específica da sociedade. Para Alessandro Baratta, a criminalidade é definida por meio seletivo, o qual se apresenta de duas maneiras – a primeira é a seleção dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal; a segunda, é a seleção dos indivíduos, dentre todos os transgressores, aos quais será infligido o estigma de delinquente.⁵⁴

Seguindo esse viés, Vera Regina Pereira de Andrade explica que a conduta desviante ou a criminalidade são qualidades, ou “etiquetas” atribuídas a pessoas por meio de processos que levam à seleção.⁵⁵

Por conseguinte, atribui-se o “etiquetamento” social à conduta desviante ou criminosa, vez que se pune o sujeito escolhido e não a conduta praticada, motivo pelo qual um sujeito pode delinquir, não sendo por isso criminalizado. Alessandro Baratta defende que

[...] a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade [...] é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental.⁵⁶

Considerando que, segundo o autor, são os interesses das camadas dominantes da sociedade os protegidos pelo sistema penal, logo, além de haver a seleção de bens jurídicos pelo direito penal, há a seleção de pessoas a serem

⁵³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*, 2013, p. 87-89.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*, 2013, p. 161.

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2007. (Disponível no sítio virtual da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC): <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em 06 out 2014)

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*, 2013, p. 103, 113.

“etiquetadas”, sendo elas pertencentes a grupos de risco, vulnerabilidade social, pobreza, dentre outras características que serão vistas adiante.

A seleção exercida pelo poder punitivo origina-se na pré-modernidade, a partir dos moldes inquisitoriais. A fim de creditar estabilidade ao poder papal, seu aparato era voltado de maneira genocida a seitas e hereges, conforme explana Eugenio Raúl Zaffaroni.⁵⁷ Tal seleção, por ter atingido seu objetivo inicial, passou a perseguir, em seguida, a figura feminina e, posteriormente, os dissidentes do catolicismo (Contra-Reforma).

Atualmente, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁸ informam que a seleção ocorre de forma primária e secundária pelo poder punitivo a fim de perpetrar o que chamam de criminalização. Dizem os autores que as sociedades contemporâneas tomadoras do poder formalizado ou institucionalizado na forma de Estado, em sua totalidade, operam a seleção reduzida de indivíduos os quais se submeterão à sanção formalizada. Tal seleção penalizante, considerada como criminalização, não ocorre de forma aleatória, senão por força do sistema penal, este constituído por um número de agências atuantes que efetua a criminalização primária e secundária.

A criminalização primária consiste em sancionar leis penais, as quais criminalizam certa parcela da sociedade. Dessa maneira, invariavelmente as agências políticas são as responsáveis pela seleção primária, exercendo a criminalização secundária, por sua vez, aquelas agências que põem em prática as leis outrora estabelecidas. Estas - representadas por policiais, juízes, Ministério Público, advogados e agentes penitenciários - exercem o poder punitivo de forma concreta sobre as pessoas. As instâncias legislativas o fazem apenas no campo da normatização de atos e condutas. Assim, tal criminalização secundária, de acordo com os autores, é efetuada:

(...) quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação de liberdade de ir

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 87-90.

⁵⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 43-59.

e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).⁵⁹

Relatam ainda Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni que há a chamada cifra oculta no que concerne à apuração de crimes, vez que o número de acontecimentos aos quais as agências do sistema punitivo têm acesso é infinitamente menor àqueles que realmente são efetuados, pois o aparato estatal dessas agências é limitado. Assim, os institutos de criminalização secundária limitam seu rol de atuação à uma parte da legislação criada pelas agências primárias.

Por possuírem pouco acesso à comunicação pessoal e cometerem atos carentes de sofisticação, a sociedade age com preconceito e cria estereótipos em relação a esses grupos grupos, considerando-os como sendo os únicos a delinquir. Tais preconceitos, conforme preconizam os autores, criam a imagem do “delinquente” como pertencente a uma determinada classe social. Possuem os como estigmas características étnicas, etárias, estéticas e de gênero, culminado no referido estereótipo. Sendo este o principal fator da seleção secundária, tais características, reunidas em um sistema prisional, revelam o que os autores chamam de “desvalores estéticos”⁶⁰. Relembrem ainda que tais características, outrora valoradas pela Escola de Cesare Lombroso⁶¹ e similares como sendo as causas da delinquência - ainda que o sejam a partir do momento em que essas pessoas desvaloradas assumam o estereótipo como efeito da criminalização secundária -, na verdade são as causas da criminalização.

Salientam também que, uma vez que as agências da criminalização secundária encontram-se voltadas ao público anteriormente descrito, apresentam certa cegueira quanto ao restante da sociedade, motivo pelo qual não atuam de forma efetiva nos crimes econômicos, apresentam incompetência quando se trata de casos de cunho terrorista, bem como não sabe operar com os sujeitos inadequados quanto ao estereótipo criado. Tais “clientes não-convencionais”⁶² acabam por reproduzir,

⁵⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 2011, p. 43.

⁶⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 2011, p. 46.

⁶¹ Cesare Lombroso, pertencente à Escola Positivista Biológica do Direito Penal juntamente com Rafael Garofalo e Henrico Ferri, criou o conceito do criminoso atávico, considerando como criminoso o sujeito que possuísse características físicas diferentes dos demais, como a imperfeição do rosto e tatuagens, inaugurando, assim, nas ciências criminais a observação do indivíduo por meio de um estudo indutivo-experimental. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 56-57).

⁶² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 2011, p. 47.

assim, as agências que patrocinam a seleção secundária, principalmente no que se refere aos estabelecimentos prisionais.

Apresentam os autores que a principal consequência da criminalização secundária é o fenômeno da “prisonização” ou “superencarceramento”, alimentando o imaginário popular de que as pessoas que adentram em tal sistema cometem, na sua grande maioria, delitos de grande potencial ofensivo, como homicídios, ao contrário da realidade maciça, que apresenta, quase que na totalidade, crimes de pouca ou nenhuma sofisticação, de cunho patrimonial ou pequeno tráfico de entorpecentes, delitos estes tratados pelos autores como sendo a “obra tosca da criminalidade”.⁶³

Dessa forma, o sistema penal opera a distribuição da criminalização secundária na forma de filtro, utilizando-se das pessoas menos imunes a ela ou em situação de vulnerabilidade, as quais cometem, na sua maioria, crimes considerados grosseiros e carentes de significância. Uma vez que suas características são condicionadas à estereotipia já mencionada, sua falta de qualificação as condiciona ao cometimento de crimes toscos e de fácil elucidação, bem como que se condicionam ao papel que lhes é emprestado, o de delinquente.

Dado que o sistema penal atua com uma cifra oculta, na qual os crimes que utilizam maior refinamento no seu cometimento são menos detectáveis, facilmente, de acordo com os autores, se leva a crer que os crimes são cometidos pela parcela da sociedade menos favorecida economicamente, quando, na verdade, a criminalização ocorre por força desse sistema, além dos fatores condicionantes da posição social e educação, por exemplo.

Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni defendem, para além do já proposto, que as agências de seleção secundária não efetuam a criminalização coordenadas por um poder maior, conspirativamente, de maneira hegemônica, como as classes dominantes, por exemplo. Ainda que a criminalização secundária beneficie certos setores da sociedade, não são eles que atuam na criminalização. Isso porque, se comandassem tal operação, o sistema ruiria a partir do momento em que fossem desintegradas. As agências de criminalização secundária, para os autores, ao invés de atuarem em cooperação, competem na disputa antagônica pelo poder, cuja

⁶³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*: Volume I. 2011, p. 47.

consequência nada mais é do que uma harmonia precária utilizada como embasamento para as teorias conspiratórias.

Esclarecem os autores também que a seleção do sistema penal aparece com maior frequência nos países cuja sociedade é estratificada, de uma verticalização polarizada no que concerne à distribuição de riqueza, tendo por consequência a atuação mais violenta das agências de criminalização secundária. Assim, definem a seletividade por possuir característica estrutural, vinculando a seletividade secundária à vulnerabilidade de suas “vítimas”.

Ao tratarem do poder inerente às agências de criminalização secundária, descrevem de forma mais contundente o corpo policial, o qual seleciona ao poder judiciário os casos por este analisados. Demonstram que a polícia, na verdade, desempenha o papel principal na estrutura de seleção, pois *“exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida”*.⁶⁴

Além da seleção criminalizante, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni apontam também a seleção policizante. Referem-se a essa categoria como sendo o *“processo de seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais”*.⁶⁵ Apontam que são selecionados como policiais pessoas das mesmas classes sociais das pessoas vítimas do processo de seleção criminalizante.

As corporações policiais possuem grande orçamento, mencionam os autores, ainda que os recursos não sejam repassados aos salários e custos operacionais dos seus agentes. Logo, apresentam essas agências um discurso dúbio, vez que externam uma aparência moralista e conservadora, mas, internamente, apresentam um discurso justificante, o qual passa para os policiais um processo de desvalorização das vítimas, conforme sua etnia ou classe social, da qual muitas vezes esse agente sobreveio. Seus agentes são submetidos ainda a uma disciplina militar e hierarquizada, a um treinamento e estabilidade insuficientes, bem como devem exercer uma forma de repressão condizente com o interesse político em voga. Daí que, uma vez sujeitados a maior vulnerabilidade que os demais integrantes das agências do poder punitivo, é-lhes atribuído também um estereótipo: sujeito desonesto, inculto, indigno de confiança, entre outros estigmas.

⁶⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*: Volume I. 2011, p. 51.

⁶⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*: Volume I. 2011, p. 56.

Equiparam os teóricos, dessa forma, os dois estereótipos tratados: o indivíduo criminoso e o policial, afirmando que ambos estão sujeitos ao preconceito, tanto por parte da classe de onde vieram, quanto das classes médias.

Nessa conjuntura, Augusto Thompson⁶⁶, ao tratar da discriminação da justiça penal, aponta existir a crença de que o legislador pensa de forma racional ao criar um sistema jurídico de forma coerente, sem contradições ou lacunas, que a ordem jurídica é finalista e protege os interesses todos os cidadãos de forma igualitária, que o julgador é neutro ao decidir e que há busca pela verdade real, em detrimento de um ponto de vista valorativo. Observa, no entanto, que essas contradições, na verdade, encontram-se em dissonância com a realidade, pois o produto da indústria penal passa por duas instâncias – a produção de leis e a sua operação pelos julgadores.

Explica que o legislador, nome imputado de forma abstrata, longe de ser imparcial, possui as mesmas fraquezas inerentes aos seres humanos, pois são posicionados de forma concreta na sociedade e estão sujeitos às normas hierárquicas promulgadas por ela. Dessa forma, as leis obedecem à classe dominante obtentora do poder, que deseja a perpetuação das desigualdades existentes. É nesse contexto que o autor teoriza sobre a criação de normas que dispõem sobre crimes, bem como as que declaram o sujeito criminoso – Código Penal e Código de Processo Penal, somados às complementares de ambos. Assim, são criados os estereótipos do sujeito considerado como criminoso: a vontade do legislador.

Esclarece o doutrinador, no entanto, existir o que chama de “cifra negra”, anteriormente nomeada por cifra oculta por Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni. Para ele a participação do sujeito imputado se daria na “parte clara” ou “parte escura”, obedecendo princípios: “a) a maior visibilidade da infração; b) adequação do autor no estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; c) incapacidade do agente quanto a beneficiar-se da corrupção ou da prevaricação; d) vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências e arbitrariedades.”⁶⁷

Augusto Thompson, assim como Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, defende que o poder punitivo opera sua seleção em duas fases: a primeira corresponde à fase policial, e a segunda, à fase judicial.

⁶⁶ THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos – O Crime e o Criminoso*: Entes Políticos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 45-95.

⁶⁷ THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos – O Crime e o Criminoso*: Entes Políticos. 2007, p. 60.

Fala que os princípios descritos anteriormente são aplicados na fase policial. Quanto à *maior visibilidade da infração*, esclarece que os delitos são noticiados à autoridade policial ou porque vê o seu cometimento, ou são alertados por testemunhas do fato. A primeira hipótese ocorre na medida em que são cometidos os delitos nas áreas de melhor atuação do aparato policial ou facilidade de acesso, como por exemplo, a via pública, ou aglomerados de moradias de baixa renda, como favelas. Nesses lugares, afirma o autor, o acesso não é dificultado, ainda que o morador ou proprietário não lhes dê franquia. Já a segunda hipótese ocorre nos lugares onde a polícia não encontra livre acesso, pois lá o ingresso se dá apenas por pessoas desejadas ou que possuam atributos especiais, aplicando-se um aparato que impedem a entrada indesejada. Nesses locais, apartamentos, por exemplo, há menor visibilidade policial, demandando, assim, que a ciência do fato ilícito se dê por meio de comunicação ao aparato policial.

Logo, uma vez que a polícia possui mais acesso a localidades de baixa renda, a seleção do sujeito delinquente atinge a parcela miserável da população, e não a classe média disposta na segunda hipótese apresentada. Percebe-se, dessa maneira, que as camadas inferiores da sociedade são as que apresentam maior vulnerabilidade à atuação do aparato policial.

Referindo-se ao segundo princípio, a *adequação do autor no estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente*, diz que a primeira característica associada à imagem do indivíduo como criminoso é o seu baixo *status* social, vez que a descrição desse sujeito vai passar a imagem da pobreza. A questão da vulnerabilidade informada anteriormente está, nesse caso, diretamente ligada à ideia preconcebida do estereótipo do criminoso o que, por sua vez, torna a vigilância policial em relação aos indivíduos carentes da população de forma mais rigorosa. Assim, as estatísticas, de acordo com o autor, demonstram as pessoas selecionadas, e não a totalidade das que delinquiram. Exemplifica ainda esse recrudescimento com as “batidas policiais” ou “operações de limpeza”, as quais são planejadas com antecedência e riqueza de detalhes, a fim de que seja detido o maior número de pessoas em virtude do ilícito encontrado pelos agentes da polícia. Nesses casos, uma parte da “cifra negra” é descoberta, pois anteriormente não estava aos olhos do poder punitivo.

Ainda, para a concepção do estereótipo do sujeito criminoso, o autor traz a ideia de contrato social, pois o sujeito que delinque, transgredindo normas, por

consequência, diferencia-se da sociedade que se auto declara como “irrepreensivelmente justa”.

Ao falar da *incapacidade do agente quanto a beneficiar-se da corrupção ou da prevaricação*, Augusto Thompson aponta que o processo de seleção, no qual se chegará ao sujeito delinquente, há o que ele chama de filtros. Observando-se a referida filtragem, o autor fala que o sistema punitivo estaria pouco sujeito ao cometimento de erros, como o de criminalizar a pessoa não pertencente aos grupos perseguidos, embora, de outro lado, ao sistema não é permitido que apresente uma imagem discriminatória, pois, ainda que funcione dessa maneira, não o faz aos olhos da sociedade.

Ao contrário da ideia apregoada por Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, é dessa forma que Augusto Thompson explica que, para o sistema discriminatório se perpetue da forma com age na atualidade, é esperado e aceito que a polícia, principal agente selecionador, atue de maneira corrupta, vez que esse comportamento é o único capaz de atingir as expectativas depositadas no sistema penal. Daí que, imaginar uma postura policial condizente com a honestidade, traduz um posicionamento ingênuo.

A última característica tratada pelo autor quanto à discriminação na fase policial, a *vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências e arbitrariedades*, traz a informação de que, para haver de forma efetiva a seleção do sujeito delinquente, é utilizada pela polícia a ação truculenta. Esclarece que todo tipo de violência é utilizada para a finalidade de forçar o acusado a confessar algo, vez que a confissão é a grande forma de elucidação de casos, incrementando, assim, o conjunto probatório de sua culpabilidade no caso imputado: desde a agressão psicológica até a tortura física. Logo, quanto mais vulnerável for o sujeito, maior será a aplicação do aparato repressor contra ele.

Por fim, Augusto Thompson descreve como funciona a fase judicial da seleção criminalizante. Expõe a estrutura hierarquizada do sistema punitivo como sendo obtentor do papel supremo o magistrado, seguido pelo Ministério Público como seu subordinado e a polícia, por sua vez, a última posicionada. Ainda que ocupe tal lugar, é o aparato policial, em verdade, o selecionador dos casos que chegarão às mãos do juiz e do promotor. Daí que se extrai a imagem de pureza e isenção do Judiciário, pois fica nas mãos da parte considerada desonesta a escolha de quem será julgado.

Já, o processo de triagem dos sujeitos que ocuparão tais cargos é feito de forma antagônica. Enquanto que para os cargos superiores são escolhidos os indivíduos pertencentes às classes mais bem posicionadas da sociedade, para a polícia são recrutados os que pertencem às classes mais baixas. No mesmo patamar são distribuídos os benefícios e alimentos, bem como o apreço social, a esses profissionais: aos das classes mais altas, maiores os benefícios, ao contrário dos ocupantes das classes mais baixas. É espelhada nessa dicotomia que se apresenta, para o autor, uma justiça classista e parcial.

Apregoa ainda que na fase judicial a violência empregada ao sujeito selecionado diminui consideravelmente, mas a discriminação ocorre no exato momento em que o acusado é enquadrado no estereótipo de delinquente. Racionaliza-se, assim, nas alegações do *parquet* e na sentença judicial a denúncia a seleção outrora realizada na fase policial. A justiça parcial é feita, por conseguinte, quando se aplica o princípio do livre convencimento do juiz em detrimento do princípio do *in dubio pro reo*.⁶⁸ Isso porque é completamente subjetiva, segundo o autor, a escolha de um ou outro princípio por parte do magistrado. A dúvida quanto à condenação, para Augusto Thompson parte ainda da ideia de que a justiça julga fatos passados, supostamente reconstruídos por meio de provas, na sua maioria, testemunhais. Tal dúvida estaria assentada no fato de que as testemunhas envolvidas no episódio criminal estão dotadas de emoção, o que prejudicaria sua imparcialidade. Logo, para o autor não existe uma “certeza real” sobre os fatos imputados ao acusado, vez que, ao contrário de analisar a prova para se chegar à culpabilidade e autoria, examina-se a pessoa do réu a fim de verificar se ele preenche o tipo do delinquente.

Em vista do exposto, conclui-se com segurança que direito penal e o sistema penal não operam de forma igualitária e isonômica, conforme preceitos constitucionalmente postulados.⁶⁹ Outrossim, aplica de forma selecionada quem será punido, e por consequência estigmatizado ou “etiquetado” por crimes estabelecidos

⁶⁸ No que tange ao processo penal, apregoa o princípio do livre convencimento do juiz que o magistrado não mais fica preso ao formalismo da lei, antigo sistema da verdade legal, sendo que vai embasar suas decisões com base nas provas existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada. Já o princípio do *in dubio pro reo* informa que, havendo insuficiência probatória para a condenação do acusado, este deverá ser absolvido (vide artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal).

⁶⁹ Previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, dispõe o seguinte: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 06 out 2014)

como tal por uma parte da sociedade que não será atingida pela sanção produzida pela normatividade penal.

Em vista disso, é possível verificar como o contexto de seletividade demonstra-se de forma implacável no caso concreto. Analisando-se os dados carcerários no contexto nacional acerca da quantidade de presos no país em relação ao grau de instrução, à faixa etária, cor de pele ou etnia e por região de procedência mais recentes, divulgados pelo Ministério da Justiça⁷⁰, dispostos no item “Departamento Penitenciário Nacional”, “Execução Penal”, subitem “Sistema Prisional”, tem-se, primeiramente, as informações mais recentes, datadas de dezembro de 2012, distribuídas nas tabelas abaixo.

Tabela 1 – Indicadores do número de pessoas condenadas no Brasil segundo seu perfil, no período compreendido em dezembro de 2012

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos			
BRASIL			
Indicadores Automáticos			
População Carcerária: 548,003			
Número de Habitantes: 190.732.694			
População Carcerária por 100.000 habitantes: 287,31			
Categoria: Perfil do Preso			
	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos por Grau de Instrução	482,073	31,64	513,713
Item: Analfabeto	26,62	1,193	27,813
Item: Alfabetizado	62,323	1,779	64,102
Item: Ensino Fundamental Incompleto	219,241	12,188	231,429
Item: Ensino Fundamental Completo	58,541	3,634	62,175
Item: Ensino Médio Incompleto	53,45	3,32	56,77
Item: Ensino Médio Completo	35,76	3,028	38,788
Item: Ensino Superior Incompleto	3,632	451	4,083
Item: Ensino Superior Completo	1,8	250	2,05
Item: Ensino acima de Superior Completo	120	9	129
Item: Não Informado	22,92	900	23,82
Indicador: Quantidade de Presos por Faixa Etária	482,073	31,64	513,713
Item: 18 a 24 anos	136,525	6,945	143,47
Item: 25 a 29 anos	116,696	6,071	122,767
Item: 30 a 34 anos	88,188	4,835	93,023
Item: 35 a 45 anos	78,685	5,835	84,52
Item: 46 a 60 anos	28,806	2,488	31,294
Item: Mais de 60 anos	4,771	274	5,045
Item: Não Informado	5,183	572	5,755
Indicador: Quantidade de Presos por Cor de Pele/Etnia	482,073	31,64	513,713
Item: Branca	164,354	9,109	173,463
Item: Negra	78,069	4,521	82,59
Item: Parda	200,012	12,397	212,409

⁷⁰ Observa-se que os dados colhidos completos colhidos pelo INFOPEN foram utilizados parcialmente nesta pesquisa. (Dados disponíveis no sítio virtual do Ministério da Justiça (MJ): <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 06 out 2014.)

Item: Amarela	2,208	106	2,314
Item: Indígena	799	48	847
Item: Outras	13,452	544	13,996
Indicador: Quantidade de Presos por Procedência	367,449		388,588
Item: Área Urbana - Municípios do Interior	151,738	9,386	161,124
Item: Área Urbana - Municípios em Regiões Metropolitanas	200,671	11,056	211,727
Item: Zona Rural	15,04	697	15,737

Ministério da Justiça/InfoPen/Dez.2012⁷¹

Percebe-se, inicialmente, que o Brasil tinha, ao final do ano de 2012, aproximadamente 550.000 presos (quinhentos e cinquenta mil), totalizando uma quantidade de 287 (duzentos e oitenta e sete) presos para cada 100.000 (cem mil) habitantes.

A absoluta maioria é composta de 482.000 (quatrocentos e oitenta e dois mil) homens, dentre os quais a grande maioria, 63%, não cursou o ensino médio: 308,184 (trezentos e oito mil, cento e oitenta e quatro) presos, sendo que 26.620 (vinte e seis mil, seiscentos e vinte mil) são analfabetos e apenas 18 (dezoito) possuem ensino superior completo. Quanto à faixa etária, quase metade, 52%, dos presos estão compreendidos entre os 18 e 29 anos: 253.221 (duzentos e cinquenta e três mil, duzentos e vinte e um) presos. Em se tratando da etnia ou cor da pele, totalizam entre os indivíduos de cor parda e negra 278.081 (duzentos e setenta e oito mil, oitenta e um) presos, 57%. Por fim, apurou-se que 200.671 (duzentos mil, seiscentos e setenta e um) presos provêm das capitais e região metropolitana dos estados da Federação.

A situação das mulheres é ligeiramente melhor, vez que sua escolaridade é um pouco melhorada. Totalizaram 31.640 (trinta e um mil, seiscentos e quarenta) presas, aproximadamente 6% da população carcerária. Dentre elas, quase a metade não possui ensino fundamental completo: 15.160 (quinze mil, cento e sessenta) presas, sendo que 1.193 (mil, cento e noventa e três) são analfabetas. 13.016, cerca de 41% (quarenta e um por cento), estão compreendidas na faixa etária dos 18 aos 29 anos e 16.918 (dezesseis mil, novecentos e dezoito) possuem pela negra ou parda, 54%.

O mesmo se pode concluir acerca dos dados levantados no Estado do Paraná, também no período de dezembro de 2012, nas mesmas categorias: grau de instrução, à faixa etária, cor de pele ou etnia e por região de procedência.

⁷¹ Observa-se que os dados compilados nas Tabelas 1, 2 e 3 estão disponíveis no sítio virtual do Ministério da Justiça (MJ): <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 27 out 2014.

As informações concernentes à população carcerária no território paranaense concentram-se na seguinte tabela:

Tabela 2 – Indicadores do número de pessoas condenadas no Paraná-PR segundo seu perfil, no período compreendido em dezembro de 2012

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos			
PARANÁ-PR			
Indicadores Automáticos			
População Carcerária: 31,312			
Número de Habitantes: 10.439.601			
População Carcerária por 100.000 habitantes: 299,93			
Categoria: Perfil do Preso			
	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos por Grau de Instrução	20,763	1,259	22,022
Item: Analfabeto	697	56	753
Item: Alfabetizado	1,145	82	1,227
Item: Ensino Fundamental Incompleto	11,149	589	11,738
Item: Ensino Fundamental Completo	2,078	99	2,177
Item: Ensino Médio Incompleto	3,07	167	3,237
Item: Ensino Médio Completo	2,134	166	2,3
Item: Ensino Superior Incompleto	403	35	438
Item: Ensino Superior Completo	199	17	216
Item: Ensino acima de Superior Completo	25	2	27
Item: Não Informado	5,27	0	16
Indicador: Quantidade de Presos por Faixa Etária	20,763	1,259	22,022
Item: 18 a 24 anos	5,572	236	5,808
Item: 25 a 29 anos	5,335	260	5,595
Item: 30 a 34 anos	3,972	250	4,222
Item: 35 a 45 anos	3,831	431	4,262
Item: 46 a 60 anos	1,717	174	1,891
Item: Mais de 60 anos	288	27	315
Item: Não Informado	0	0	0
Indicador: Quantidade de Presos por Cor de Pele/Etnia	20,763	1,259	22,022
Item: Branca	13,575	847	14,422
Item: Negra	1,751	91	1,842
Item: Parda	5,312	264	5,576
Item: Amarela	69	10	79
Item: Indígena	12	1	13
Item: Outras	0	0	0
Indicador: Quantidade de Presos por Procedência	14,98		15,705
Item: Área Urbana - Municípios do Interior	8,711	385	9,096
Item: Área Urbana - Municípios em Regiões Metropolitanas	4,261	187	4,448
Item: Zona Rural	2,008	153	2,161

Ministério da Justiça/InfoPen/Dez.2012

Verifica-se que, de acordo com a InfoPen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), a população carcerária em dezembro de 2012 era composta de 31.312 (trinta e um, trezentos e doze) presos, num total de 299 (duzentos e noventa e nove) para cada 100.000 (cem mil habitantes), média proporcional aproximada à população carcerária brasileira, que tinha, à época, 287 (duzentos e oitenta e sete) presos, para cada 100.000 (cem mil habitantes).

Dentre o total, a grande maioria, 20.763 (vinte mil, setecentos e sessenta e três) eram presos homens, sendo que mais da metade, 12.991 (doze mil, novecentos e noventa e um) presos possuem escolaridade até ensino fundamental incompleto, 64% aproximadamente. Mais da metade também são os que compõem a faixa etária dos 18 aos 29 anos, quase 55%. Já quanto ao fator cor da pele ou etnia, as informações se invertem frente ao cenário nacional, pois 13.575 (treze mil, quinhentos e setenta e cinco) homens são caucasianos. A mesma situação corresponde à região de procedência, pois 58% procedem das cidades do interior do Paraná.

Em relação à população carcerária feminina, eram à época 1.259 (mil duzentas e cinquenta e nove) presas, sendo que quase metade delas possuíam o ensino fundamental incompleto: 589 (quinhentos e oitenta e nove), 46% aproximadamente. Já, quanto à faixa etária, estão concentradas, em grande parte, dos 35 aos 45 anos, 431 (quatrocentas e trinta e uma) presas, sendo que o restante está uniformemente distribuído entre os 18 e 24 anos, 25 aos 29 anos e 30 aos 35 anos. Em se tratando da cor de pele ou etnia, a população carcerária feminina no Paraná obedece à proporção masculina, pois sua grande maioria, 847 (oitocentas e quarenta e sete presas), possuem pele caucasiana.

Por fim, exemplificando o que os autores Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni chamam de “obra tosca da criminalidade” há os dados fornecidos também pelo Ministério da Justiça sobre os crimes pelos quais a população carcerária foi condenada:

Tabela 3 – Indicadores do número de pessoas condenadas no Brasil e no Paraná-PR segundo os crimes cometidos, no período compreendido em dezembro de 2012

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos			
BRASIL			
Indicadores Automáticos			
População Carcerária: 548,003			
Número de Habitantes: 190.732.694			
População Carcerária por 100.000 habitantes: 287,31			
Categoria: Tipo de delito	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Código Penal e Legislação Extravagante	463,61	24,671	488,281
Crimes Contra o Patrimônio	261,78	6,195	267,975
Item: Furto (Art. 155, CP)	75,624	2,249	77,873
Item: Roubo (Art. 157, CP)	145,321	2,746	148,067
Tráfico de Drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343)	117,404	13,964	131,368

PARANÁ-PR			
Indicadores Automáticos			
População Carcerária: 31,312			
Número de Habitantes: 10.439.601			
População Carcerária por 100.000 habitantes: 299,93			
Categoria: Tipo de delito	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Código Penal e Legislação Extravagante	17,959	946	18,905
Crimes Contra o Patrimônio	13,165	354	13,519
Item: Furto (Art. 155, CP)	3,55	129	3,679
Item: Roubo (Art. 157, CP)	7,457	119	7,576
Tráfico de Drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343)	4,794	592	5,386

Ministério da Justiça/InfoPen/Dez.2012

O que se pode perceber desses dados é que, de 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil, e três) encarcerados no ano de 2012, 488.281 (quatrocentos e oitenta e oito mil, duzentos e oitenta e um) foram condenados por furto, roubo ou tráfico (os dois primeiros, crimes contra o patrimônio). Em relação aos crimes contra o patrimônio, 267.975 (duzentos e sessenta e sete mil, novecentos e setenta e cinco) foram os condenados, sendo 29% (vinte e nove por cento) cometeram o delito de furto, e 55% (cinquenta e cinco por cento), transgrediram no crime de roubo. Já no delito de tráfico eram 24% (vinte e quatro por cento) dos integrantes do sistema carcerário.

No Paraná, 13.519 (treze mil, quinhentos e dezenove), dos 18.905 (dezoito mil, novecentos e cinco) casos informados haviam cometido delitos contra o patrimônio, e 5.386 (cinco mil, trezentos e oitenta e seis) estavam presos em razão do tráfico de entorpecentes. Assim, é perceptível que os crimes de tráfico (pequeno tráfico), furto e roubo são os fáceis para a persecução policial, motivo pelo qual a maioria dos encarcerados estão presos por esse tipo de crime.

Isso posto, o que se conclui é que a criminalização primária e secundária do sistema penal, tratada anteriormente pelos doutrinadores indicados, é efetiva, tanto no Brasil, como no Estado do Paraná, e opera selecionando como criminosos, dentre sua grande maioria, os indivíduos do sexo masculino, jovens, de baixa escolaridade, moradores dos grandes centros e presos por crimes de fácil percepção e investigação.

Capítulo IV – SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006)

Este derradeiro capítulo irá informar sobre como o sistema criminal opera a criminalização exclusivamente no âmbito das drogas, tanto na seletividade primária. Para tanto, inicialmente no campo da criminalização legislativa, será esmiuçado o histórico do proibicionismo no âmbito internacional, a forma como o sistema punitivista brasileiro incorporou essas diretrizes, até chegar à última normatividade, a nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006 e sua dicotomia no tratamento ao tráfico e à adicção.

Em seguida, na área da criminalização secundária, esta exercida pelas agências policiais e judiciais, será verificada a maneira como se dá a seleção dos indivíduos, entre usuários e traficantes, o perfil de ambos e dados sobre a população carcerária brasileira no tocante a condenações por tráfico de entorpecentes

4.1 A criminalização primária

A criminalização primária, como informado no capítulo anterior, é realizada pelas instâncias legislativas no âmbito da legislação penal, levando-se em consideração os interesses de alguns como sua finalidade, de modo a atingir uma parte específica e delimitada da sociedade. É nessa conjuntura seletiva, portanto, que a criminalização das drogas surge, primeiro no âmbito internacional, depois, no sistema punitivo nacional.

4.1.1 O proibicionismo internacional

Ao fazer uma digressão ao início do proibicionismo, datado do início do século XIX, Thiago Rodrigues⁷² descreve que cocaína e a heroína, nessa época, eram

⁷² RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: *Álcool e drogas na história do Brasil*. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). São Paulo: Editora Alameda, 2005, p. 291-308.

comercializadas legalmente, pois tal mercantilização convinha aos interesses das grandes nações: tanto às indústrias farmacêuticas, quanto aos jogos geopolíticos praticados então. A Inglaterra, por exemplo, fomentava em suas colônias a produção de matéria-prima para a indústria psicotrópica – o ópio seus subprodutos.

O autor menciona que o estímulo ao livre comércio de psicoativos pode ter deflagrado a chamada Guerra do Ópio (ocorrida nos anos de 1839-1842 e 1856-1880), entre as potências ocidentais, outrora favoráveis à legalização da substância, e o governo imperial chinês, contrário à venda do entorpecente no seu império.⁷³

Posteriormente, os Estados Unidos, então potência emergente, declarou-se favorável ao posicionamento do império chinês, promovendo em 1909 a Conferência sobre o Ópio⁷⁴, a qual produziu o primeiro documento internacional a introduzir certo controle ao mercado livre dos opiáceos.⁷⁵ O autor explica ainda que o posicionamento norte-americano daquela época teve sua origem em articulações religiosas (igrejas protestantes), que consideravam degradante o uso de drogas e atividades relacionadas à prostituição, por exemplo, práticas que consideravam pecaminosas. Com o tempo, tais articulações chegaram ao cenário político do país, incrementando, por sua vez, as bancadas proibicionistas, as quais visavam a oposição às drogas como meio de controle social. Assim, grupos já considerados como ameaçadores, tinham seu apreço ainda mais decrescido se associados ao consumo de substâncias entorpecentes.

O autor, atribui a essa época o início da argumentação proibicionista, pois “justapunham-se, numa sucessão vertiginosa, três níveis de discussão: as drogas como ameaça moral, como questão de saúde pública e como problema de saúde pública”.⁷⁶ Tal discussão, além de vencer a vertente liberal intrínseca à formação

⁷³ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: Álcool e drogas na história do Brasil. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p.293.

⁷⁴ Datado de 1909, o Tratado internacional de Xangai teve a participação de treze países, dentre eles Portugal, Estados Unidos e Inglaterra, e visou limitar as importações de ópio da Índia para a China, por intermédio da Companhia das Índias Orientais, e controlar o comércio da droga para fins não terapêuticos. Seu local não foi escolhido por acaso: naquela época a maior interessada na comercialização do ópio era a Inglaterra, e o seu fomento se dava principalmente no Império Chinês, contrário à política inglesa. (Disponível no sítio virtual do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes: <http://unodocminionu.wordpress.com/2011/03/20/tratado-internacional-de-xangai-1909/>. Acesso em 27 out 2014)

⁷⁵ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: Álcool e drogas na história do Brasil. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 293.

⁷⁶ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: Álcool e drogas na história do Brasil. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 294.

político-social norte-americana, conseguiu implantar em 1919 a chamada Lei Seca⁷⁷, a qual criminalizou a produção, comercialização e consumo, no tocante às bebidas alcóolicas. Essa proibição, após abrandar em relação ao álcool nos idos de 1930, recrudescceu o tratamento às outras substâncias entorpecentes, o que veio, de acordo com o autor, a iniciar o mercado ilícito dessas substâncias.

Rosa Del Olmo⁷⁸ aponta que na década de 1950 o consumo de drogas não causava tanta inquietação ao governo norte-americano, pois, ainda que fosse associada à população “marginal”, a adicção era encarada como uma “perversão moral”, assim como na Inglaterra, que passou a ver como ameaça a emigração africana e seu uso de maconha. Na América Latina não era diferente, vez que a droga era relacionada à violência, criminalidade e à população pobre. Nessa época, destaca a autora, havia o predomínio do discurso ético-jurídico, combinado com o modelo médico-sanitário, que começava a se sobrepor, cujos mecanismos de controle se restringiam apenas à proibição do uso, cujo tratamento feito nos “hospitais-prisão”.⁷⁹

A década de 1960 ficou conhecida pelo modelo médico-jurídico. Este notado pelo “duplo discurso”, foi o resultado da união dos modelos médico-sanitário (tratava o uso de drogas como dependência ou vício) e ético-jurídico (predominante na década anterior), conforme expõe Rosa Del Olmo. Explica que, a partir dos Estados Unidos, o contexto proibicionista expandiu-se ao cenário internacional por meio da Convenção Única sobre Estupefacientes, da ONU (Organização das Nações Unidas)⁸⁰, datada de 1961, cujo critério adotado para o uso de substâncias psicotrópicas seria o do “uso médico”⁸¹: as únicas substâncias entorpecentes autorizadas ao comércio legalizado

⁷⁷ Thiago Rodrigues informa que no ano de 1919 foi implantada como lei federal nos Estados Unidos a reivindicação proibicionista do álcool. Consubstanciada na 18ª Emenda à Constituição, a Lei Seca tinha como meta proibir no seu território a produção, o transporte, a importação e exportação de bebidas alcóolicas. Tal proibição, de acordo com o autor, iniciou um gigantesco mercado ilegal da substância que, por meio do comércio clandestino, também difundiu o mercado para outras substâncias entorpecentes, como a cocaína, sendo que o aparato repressivo estatal visualizou os negros, imigrantes chineses, mexicanos, irlandeses e italianos) como pertencentes a esse meio clandestino. (RODRIGUES, Thiago. *A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente*. Revista São Paulo em Perspectiva. 2002, abril/junho, vol.16, n.2, p. 102-111)

⁷⁸ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 29-74.

⁷⁹ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 30.

⁸⁰ A Convenção Única de 1961 sobre os estupefacientes trazia já no seu preâmbulo a linha voltada ao modelo médico-sanitário, já que considerava o uso de drogas algo de extrema preocupação por parte dos Estados integrantes, bem como trouxe, em linhas gerais, diretrizes para a prevenção e o combate interno e externo do uso de drogas. (Disponível na biblioteca do sítio virtual do Ministério da Justiça: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/ONU/329619.pdf>. Acesso em 27 out 2014)

⁸¹ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: *Álcool e drogas na história do Brasil*. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 295.

seriam aquelas direcionadas ao uso terapêutico, delegando à vedação o restante das drogas. Foi nessa década que, com a explosão das substâncias entorpecentes, a contracultura pacifista norte-americana teve seu auge, enquanto que, paralelamente, acontecia na América Latina as guerrilhas armadas, ambas movimentações associadas ao uso de drogas, embora o significado para cada uma das regiões tenha sido diferente.

Como estratégia de campanha para o governo dos Estados Unidos, criou-se o movimento da “lei e da ordem”, o que possibilitou, em meados de década de 1960, o recrudescimento legislativo do tratamento dado às drogas. Tal movimento entendia, conforme explica Salo de Carvalho, “o direito penal, em sua tendência maximalista, como único instrumento capaz de solucionar o problema da sempre crescente criminalidade”⁸². Importante salientar que é na política criminal da “lei e da ordem”, que o autor enxerga as características do “direito penal do inimigo”, teoria citada anteriormente. Isso porque, a fim de conter o aparente aumento da criminalidade, incrementado pelos meios midiáticos, aceitou-se a supressão das garantias penais e processuais penais do sujeito considerado inimigo (traficante), assim como houve um recrudescimento das penas impostas a ele. Nasceu nessa década também a ideologia da diferenciação: traficante e usuário “reforçando, ao mesmo tempo, o *estereótipo do criminoso* para o traficante”⁸³, conforme explica Thiago Rodrigues.

Na década seguinte, os Estados Unidos, ainda em processo de enrijecimento da sua postura em relação ao assunto, passaram a identificar as drogas como “inimigo número um”⁸⁴, ou o “primeiro inimigo público não econômico”⁸⁵, acrescentando um novo elemento ao já conhecido panorama: o perigo social e sanitário representado pelas substâncias entorpecentes. Rosa Del Olmo informa que havia um grande número de ex-combatentes norte-americanos da Guerra do Vietnã viciados em heroína, contexto utilizado pelo então governo a fim de conseguir imensa aprovação pública para a implantação do discurso político da droga. Também é identificado pelos Estados Unidos nesse decênio o “inimigo externo”⁸⁶: a exteriorização do combate às drogas, prevacente na dicotomia entre os países produtores (agressores, ainda que

⁸² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 98.

⁸³ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 35.

⁸⁴ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: *Álcool e drogas na história do Brasil*. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 295.

⁸⁵ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 39.

⁸⁶ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 41.

passivos – nações subdesenvolvidas) e os países consumidores (vítimas – nações desenvolvidas) dessas substâncias.⁸⁷ Surge então, conforme o autor explica, a nova normatização da ONU – Convenção sobre Substancias Psicotrópicas⁸⁸, de 1972, ou Protocolo – visando a ampliação do rol de substâncias entorpecentes, exemplificado na Convenção Única sobre Estupefacientes, de 1961. Também nessa época, o governo norte-americano começou a exportar os estereótipos “consumidor-doente” e “traficante-delinquente”.

Entretanto, Thiago Rodrigues afirma que, ao contrário do que preconizava o movimento proibicionista, quando maior seu crescimento, mais fortes e amplas se tornaram as empresas do tráfico, ultrapassando fronteiras. É a partir daí que se voltaram os olhares à América Latina. Ainda que sabida a prática da produção da droga também nas nações entendidas como “consumidoras”, os países andinos (Peru, Bolívia, Equador) ficaram famosos pelo tratamento primário da droga, como a preparação da pasta-base, vendida a outras organizações do meio (Colômbia), responsáveis pelo refino da substância. O próximo destino declinado pelo autor são os países intermediários (Brasil), os quais serviam e servem como rota, centros de consumo e locais de para a lavagem do dinheiro ilícito obtido com essa prática, visando a distribuição final aos países “consumidores”.

Nos anos de 1980, o discurso relacionado às drogas mudou de contexto, na medida em que houve o aumento substancial de usuários nos Estados Unidos, número este até então inédito, o que levou, segundo Rosa Del Olmo, à modificação do movimento apresentando na década anterior.⁸⁹

De “dependente”, o usuário de drogas, passou a ser tratado como “cliente” de substâncias ilícitas, vez que a preocupação norte-americana voltou-se para o tráfico internacional e seu aspecto econômico, cuja “indústria ilegal” produzia as drogas consumidas no interior do país. Criou-se o “estereótipo do criminoso latino-americano” e foi implementado o “discurso jurídico transnacional”, no qual, por exemplo, os

⁸⁷ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: Álcool e drogas na história do Brasil. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 296-297.

⁸⁸ Datada de 1972 e promulgada no Brasil em sua totalidade pelo presidente/ditador Ernesto Beckmann Geisel no ano de 1977, a Convenção sobre Substancias Psicotrópicas modificou alguns dos artigos da Convenção anterior (1961), no sentido de recrudescer as diretrizes anteriores no que se refere ao tratamento dado às drogas. (Disponível na biblioteca do sítio virtual da Organização dos Estados Americanos (OEA): http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1971_convencao_substancias_psicotropicas.pdf. Acesso em 27 out 2014)

⁸⁹ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 55.

Estados Unidos e a Colômbia firmaram um tratado de extradição, vez que o país latino americano era considerado seu principal fornecedor de cocaína, a fim de que a justiça norte-americana pudesse julgar e solo nacional os “narcotraficantes” colombianos, em 1980.⁹⁰

A guerra contra as drogas no governo de Ronald Reagan, assim delimitada por Rosa Del Olmo, iniciou-se especificamente com a emenda *Posse Comitatus Act* estadunidense, a qual permitiu ao Serviço de Informações dos Estados Unidos investigar o tráfico internacional, cuja estratégia, de acordo com a autora, visava cobrir a “1. A cooperação internacional 2. A aplicação da lei 3. A educação e a prevenção 4. A desintoxicação e o tratamento 5. A investigação”.⁹¹

Acentua Salo de Carvalho que, na década de 1990, buscou-se consolidar a política repressiva em relação às substâncias ilícitas imposta durante os anos oitenta. Tal sustentação se deu no discurso econômico-transnacional imposto à Convenção de Viena⁹² no ano de 1988, viabilizado no final da década anterior, e na produção de relatórios efetuados pelas agências reguladoras da ONU (Organização das Nações Unidas).⁹³

Por fim, Thiago Rodrigues menciona que houve, a partir da década de 2000, dois direcionamentos no trato à questão das drogas: um mais brando, atuante, na sua maioria, em países localizados na Europa ocidental, e o modelo mais rígido, este capitaneado pelos Estados Unidos, com sua “guerra ao terror”, lançada no ano de 2001, sendo esta a que mais influencia a política criminal de drogas no âmbito da América Latina.⁹⁴ Assim, diante do retrospecto internacional, o autor afirma que a maior conquista norte-americana no tocante ao proibicionismo das drogas se deu no momento em que os Estados produtores e os intermediadores voltaram sua política

⁹⁰ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 58.

⁹¹ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 61.

⁹² A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena no ano de 1988 e ratificada pelo Brasil em 1991, mudou completamente o discurso apresentado pelas convenções anteriores, vez que traz em seu texto recomendações explícitas em relação ao combate internacional ao tráfico de drogas. Menciona ainda a obrigação dos Estados participante de hostilizar internamente e externamente a prática da traficância, por meio do recrudescimento de suas leis penais. (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm. Acesso em 27 out 2014)

⁹³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 106-107.

⁹⁴ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: *Álcool e drogas na história do Brasil*. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 307-308.

interna para o combate local às substâncias ilícitas, tal qual no caso do Brasil, como se verá adiante.

4.1.2 O tratamento legislativo do Brasil às drogas

Conforme explicado no capítulo anterior, a seleção primária se dá a partir do momento em que as agências políticas criam e sancionam leis que irão criminalizar somente certa parcela da sociedade, conforme explicam Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista.⁹⁵

Não diferente é o que aconteceu no Brasil no tocante à criminalização das drogas, conforme explica Salo de Carvalho.⁹⁶ Nesse cenário, a primeira intervenção no território brasileiro se deu com a proibição nas Ordenações Filipinas de possuir em casa ou vender “material venenoso”. Em seguida, na Codificação da República de 1890⁹⁷, passou-se a criminalizar, no capítulo sobre a saúde pública, a exposição à venda, ou a ministração de “substâncias venenosas” sem a devida autorização, cujo autor do delito era punido com a pena de multa.

Salo de Carvalho continua a digressão histórica relatando que o Brasil, no início do século XX, mais precisamente da década de 1920, se encontrava num momento em que o uso do ópio e do haxixe tomava grandes proporções no setor aristocrático da sociedade, daí que Thiago Rodrigues menciona ter havido aqui um movimento análogo e contemporâneo àquele existente nos Estados Unidos:

[...] a coadunação entre demandas sociais proibicionistas e estratégias governamentais de controle social. O consumo de psicoativos como a cocaína, a morfina e a heroína foi largamente tolerado enquanto fez parte dos hábitos de oligarquias e abastados, mas passou a ser atacado com

⁹⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 43-59.

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 57-58.

⁹⁷ O artigo 159, do Código Penal Republicano, de 1890, dizia o seguinte: “Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena de multa de 200\$ a 500\$000.” (Disponível no sítio virtual do Senado Federal: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=50260>. Acesso em 27 out 2014)

veemência pela mídia e por grupos moralistas quando atingiu prostitutas, proxenetas, pequenos marginais e indivíduos de camadas populares.⁹⁸

Nesse diapasão, houve na década de 1930, segundo Salo de Carvalho, a edição de legislação nova, qual seja, a Consolidação das Leis Penais⁹⁹, que visou a modificação da legislação anterior, além de outros aspectos, na questão da punição, trocando a pena de multa pela pena corporal: segregação de liberdade.

O autor salienta que a efetiva “guerra” contra as drogas passou a acontecer no território nacional com a edição dos Decretos-Lei nº 730/36 e 2.953/38, na medida em que trocou a terminologia “substâncias venenosas” pelo termo “substâncias entorpecentes, além do incremento no tocante aos núcleos verbais das incriminações, que passaram a ser doze. Assim, defende que só a partir da década de 1940 é que foi instalada a política proibicionista no Brasil, consubstanciada na dicotomia criminalização primária/secundária no que se refere ao controle da drogadição, na forma de normatização independente dos outros delitos.

O autor expõe a publicação do Decreto-Lei nº 891/38¹⁰⁰ como sendo a aplicação no país do modelo internacional de proibição das drogas, tendo como propulsora a Convenção de Genebra, ocorrida dois anos antes. Tal dispositivo legal trazia em seu bojo a regulamentação da produção, tráfico de entorpecentes e seu consumo, bem como a enumeração das substâncias proibidas no território nacional. Por conseguinte, o Decreto-Lei nº 2.848/40 editou o Código Penal Brasileiro de 1940¹⁰¹, baseado na Consolidação das Leis Penais, trazia no artigo 281 a tentativa de “preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e

⁹⁸ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: Álcool e drogas na história do Brasil. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). 2005, p. 302.

⁹⁹ O artigo 159, da Consolidação das Leis Penais postulava o seguinte: “Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão cellular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.” (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Editora Javoli, 1980. p. 61)

¹⁰⁰ O Decreto-Lei nº 891/1938 editou a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, que visava se enquadrar às mais recentes determinações internacionais sobre o tema do tráfico e o uso de drogas. (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De10891.htm. Acesso em 27 out 2014)

¹⁰¹ O Artigo 281, do Código Penal de 1940 trazia a seguinte redação: “Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco annos, e multa, de dois a dez contos de réis.” (Disponível no sítio virtual do Senado Federal: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>. Acesso em 27 out 2014)

aplicação da lei codificada”¹⁰². Dessa forma, identifica Salo de Carvalho o início da descodificação do tema relacionado às drogas com o advento do Decreto-Lei nº 4.720/42, tratando sobre o cultivo de drogas, e a Lei 4.451/64, sobre o plantio destas.

Em 1967 promulgou-se o Decreto-Lei nº 159/1967, o qual dispunha sobre “as substâncias que produzem *dependência*”¹⁰³, acompanhando o discurso médico-jurídico apresentado nos Estados Unidos, conforme expõe Rosa Del Olmo. Na década seguinte, reforçando o discurso jurídico, editou-se a Lei Antitóxicos, nº 5.726/1971, em meio à chegada do mesmo “pânico” em se tratando do assunto das drogas, produzido nos Estados Unidos na década de 1960. Era o momento da importação dos modelos internacionais relacionados ao combate às drogas, sendo que, em se tratando do território latino-americano, o alarme era relacionado ao uso da maconha.

Salo de Carvalho menciona que, no Brasil, “não obstante o processo de *demonização* da droga em face da consolidação da diferenciação, pode ser visualizado o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da denominação de novos *inimigos*”¹⁰⁴. Assim, a dicotomia produzida no território nacional, de acordo com Rosa Del Olmo, era a de que o estereótipo do criminoso seria associado ao “morador do morro”, enquanto que ao “menino de bem”, aplicou-se o estereótipo da dependência ou vício.¹⁰⁵

Salo de Carvalho revela que o ato contínuo à promulgação do Decreto-Lei nº 159/67, foi a edição do Decreto-Lei nº 385/1968, o qual equiparou a punição dada ao traficante e ao usuário, criminalizando ambos. Já a Lei 5.726/1971, após três anos em vigor o decreto anterior, redefiniu as hipóteses de criminalização e modificou o rito processual, precedendo a próxima edição normativa: a Lei 6.368/1976.

O autor se refere a essa nova fase da nossa legislação, dentro do contexto da implantação do modelo jurídico político da persecução da droga, como sendo a “adequação nacional ao projeto de transnacionalização”¹⁰⁶. Comenta que a tipificação das condutas relacionadas às drogas na Lei 6.368/1976 não se diferenciou das normatizações anteriores, mas as penas ou sanções dispostas sim, pois respeitou o

¹⁰² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 60.

¹⁰³ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 37.

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 65.

¹⁰⁵ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. 1990, p. 46.

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 69.

movimento belicista internacional repressivo no tocante ao proibicionismo, internalizando em nossa legislação o estereótipo do narcotraficante como inimigo.

Ao usuário de drogas passou-se a aplicar uma perspectiva sanitaria¹⁰⁷, também punitivista, de suma importância ao modelo médico-jurídico-político, conforme delimita o autor, vez que a intenção da intervenção estatal era encarada como uma prevenção à “conduta criminosa futura”¹⁰⁸. Entretanto, ainda que a punição ao adicto não estivesse oficialmente declarada, este era sancionado indiretamente em virtude da criminalização das condutas de “trazer consigo”, “adquirir” ou “guardar”. Já a repressão ao traficante¹⁰⁹ recrudesciu, vez que, além da ampliação do rol de condutas criminalizadas, também a quantidade de pena foi elástica, agregada às causas de aumento de pena.

Tal adequação à segurança nacional tomou, de acordo com ele, uma dimensão “genocida”, na medida em que, não respeitando o contexto social e econômico aqui existente, o governo brasileiro importou um sistema repressivo, culminando em “guerras internas”.¹¹⁰ Assim, afirma que tal legislação, vigente no Brasil por quase três décadas, não só manteve a dicotomia usuário/traficante, como criminalizou a figura do primeiro, bem como “demonizou” o segundo.

Explica também que no final dos anos oitenta adotou-se constitucionalmente um cenário político criminal em relação às drogas aprimorado belicamente, ainda que de forma paradoxal àquele adotado durante o período ditatorial, vez que “receptionou anseios punitivos”¹¹¹ por meio de normas penais programáticas, sem, no entanto, impor restrições à violência correcional.

¹⁰⁷ O artigo 10, da Lei nº 6.368, diz o seguinte: “Art. 10. O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.” (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 27 out 2014)

¹⁰⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 77.

¹⁰⁹ O artigo 12, da Lei nº 6.368, informa o seguinte: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.” (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 27 out 2014)

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 71.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 104.

Continua o autor afirmando que houve na Constituição de 1988 Federal a equiparação do crime de tráfico àqueles considerados hediondos¹¹², proibindo, nessa regra, o arbitramento de fiança e a concessão de graça ou anistia àqueles considerados traficantes. Tal regulação deu ensejo à promulgação da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que ampliou o rol de proibições constitucionais, proibindo também o direito à liberdade provisória, o indulto, a progressão de regime, elastecendo ainda os prazos de prisão temporária e de livramento condicional, proporcionando o inchaço da população carcerária nesse período.¹¹³

Já na década de 1990, foi editada a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995), observando-se a posição do Brasil, além de considerado rota internacional da droga, também como facilitador da lavagem de dinheiro proveniente do tráfico. Baseadas nesse contexto, surgiram novas ações repressivas na tentativa de erradicar o problema das drogas, como a “Operação Rio”, ocorrida nos anos de 1994/1995, e a criação do Programa Nacional Antidrogas (PANAD), predecessores da reforma ocorrida na Lei 6.368/1976, como se verá adiante.¹¹⁴

4.1.3 A Lei 11.343/2006

Ainda no início dos anos de 1990 começaram a surgir no Congresso Nacional propostas que tinham por intuito a reforma da Lei 6.368/1976, conforme explica Salo de Carvalho.¹¹⁵ Menciona que o principal movimento reformista da época foi o Projeto de Lei nº 1.873/1991, denominado Projeto Murad, produto da CPI do Narcotráfico, o

¹¹² O artigo 5º, no seu inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988 impõe o seguinte: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.” (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 27 out 2014)

¹¹³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 105.

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 109-121.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 127-130.

qual, mais tarde, baseou, junto com outras propostas elaboradas pelo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN), a promulgação da Lei nº 10.409/2002.

A nova legislação trouxe em seu bojo novas condutas tipificadas, principalmente relacionadas à comercialização das drogas e às organizações criminosas, recrudescendo rigorosamente a punição ao sujeito considerado traficante. A nova Lei, ainda agregando o caráter criminoso à conduta do adicto, deu-lhe nova roupagem na medida em que simplificou o rito processual, adotando aquele utilizado na Lei 9.099/1995, aplicando aos delitos de menor potencial ofensivo medidas alternativas à prisão.

Sancionada parcialmente pela Presidência da República, a Lei 10.409/2002 vigeu por aproximadamente quatro anos, mas apenas no campo processual penal, caracterizando, assim, o que o autor denominou como “situação anômala”¹¹⁶. Isso porque a parte processual nova vigorou concomitantemente à estrutura material penal explicitada na legislação anterior, Lei nº 6.368/1976.

Salienta dessa forma que, para se chegar à nova Lei de Drogas, nº 11.343/2006, foram observadas outras reformas legislativas:

[...] o percurso que define seu rito processual inquisitório (Lei 10.409/02 e Lei 9.034/05, Lei do Crime Organizado), que densifica os suplícios na estrutura da execução da pena (Lei 10.792/03, Regime Disciplinar Diferenciado) e que regula práticas de intervenção invasivas no controle de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes (Decreto 5.144/04, Lei do Abate de Aeronaves).¹¹⁷

No que se refere à Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/05), o autor afirma que a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) emprestou sua estrutura processual inquisitória, pois trouxe à contemporaneidade o papel do juiz inquisidor, delimitando em seu texto a gestão e a produção da prova, sendo esta perseguida de forma pessoal e sigilosa, a qualquer tempo do procedimento criminal. Ainda, expõe que dessa Lei foram copiados os procedimentos da quebra de dados sigilosos da pessoa investigada e o retardamento da prisão em flagrante por meio da ação controlada. No campo da

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 129.

¹¹⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 129.

flexibilização dos direitos e garantias, apropriou-se da identificação criminal obrigatória, da proibição à liberdade provisória e da apelação em liberdade.¹¹⁸

Em se tratando do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/03), Salo de Carvalho esclarece que tal legislação, baseada numa Portaria editada pelo Governo do Estado de São Paulo, trouxe a contenção pelo sistema carcerário dos que considera membros participantes de organizações relacionadas ao narcotráfico. Dentre outros conteúdos tratados em seu texto, implantou a aplicação do regime disciplinar diferenciado, na forma arbitrária de supressão de direitos, àquele sujeito considerado subversivo à ordem e segurança do ambiente prisional, ainda que o comportamento desse preso seja avaliado com base em suspeitas, somente.¹¹⁹

Já a regulação das práticas intervencionistas, consideradas invasivas, no tocante ao controle de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes (Decreto 5.144/04), consubstanciou-se, para o autor, a incorporação de práticas militarizadas no controle do tráfico de drogas no território nacional, práticas essas equiparadas àquelas previstas na Constituição Federal em estado de guerra e ataque hostil estrangeiro.¹²⁰

É nessa conjuntura de descodificação do direito penal brasileiro, transcorrida durante a década de 1990, cujas novas legislações influenciaram de forma direta ou indireta nosso complexo controle repressivo às drogas, que acabou-se por ratificar “a ambiguidade e a contraditoriedade dos mecanismos de criminalização primária e secundária”¹²¹, conforme defende o autor.

A consolidação da ideologia da diferenciação, outrora preconizada por Rosa Del Olmo, deu a tônica nessa nova Lei sobre o tratamento penal, crimes e sanções, e processual penal – inquérito, persecução penal e julgamento.¹²² Assim, Salo de Carvalho explica que a dicotomia na tratativa do usuário de drogas (modelo médico/jurídico) e do traficante (modelo jurídico-político), no sentido da descarcerização da figura do primeiro e o incremento da figura delitiva do segundo,

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 130-134.

¹¹⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 134-136.

¹²⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 136-139.

¹²¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 139.

¹²² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 140.

bem como as graves sanções aplicadas a esta, ao invés de adotar regimes atuais de contenção de danos, manteve intacta a política proibicionista balizadora da legislação editada na década de 1970 (Lei nº 6.368/1976).

Menciona que, mesmo num cenário no qual a política hemisférica da guerra às drogas apresenta grande fracasso, a nova Lei, mantendo os núcleos delitivos associados à comercialização da droga, e utilizando a “saúde pública” como bem jurídico a ser tutelado¹²³, aumentou potencialmente a gravidade das penas aplicadas.¹²⁴ Enquanto que na Lei nº 6.368/1976 a pena de reclusão aplicada às condutas do tráfico variava de 03 (três) a 05 (cinco) anos, e a pena de multa, de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa¹²⁵, as condutas penas adotadas à traficância ficaram assim configuradas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

¹²³ Em se tratando do bem jurídico tutelado pelas figuras delitivas uso e tráfico de entorpecentes, “saúde pública”, observa-se que o discurso oficial, representado por Nelson Hungria (HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX, p. 98) e Vicente Greco (GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº. 6.368, de 21-10-1976*, acompanhado da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 440 p.), aponta ser comum a todos os indivíduos a saúde, sendo este um bem social. Assim, o violador das referidas condutas, para este discurso, deterioraria a integridade social. Trata-se, portanto, de crimes de perigo abstrato, ou seja, não precisa ser configurado o dano para que haja o hipotético perigo. Wilfried Hassemer (HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista dos Tribunais. Volume 8, p. 41, out. 1994.), no entanto, aponta a saúde pública como um bem jurídico supra-individual, vago e genérico. Renato de Mello Jorge Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública*. In: Revista dos Tribunais. Volume 0, p. 190, jan. 2004.), por sua vez, informa que o Código Penal Brasileiro insere sua proteção à saúde pública nos 267 a 285, observando que o tratamento legislativo dado às drogas no cenário brasileiro também guarda correspondência com o bem mencionado, na medida em que incrimina condutas de mero perigo. Uma vez que não está caracterizado o perigo concreto, não há que se falar em lesão ao referido bem jurídico. Por fim, Claus Roxin (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51) critica a tutela do bem jurídico “público”, vez que não se trata de algo real, mas hipotético. Logo, trata-se, de acordo com os críticos, de um bem fictício, que não precisaria de proteção penal.

¹²⁴ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 141.

¹²⁵ Artigo 12, da Lei nº 6.368/1976: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. [...]”. (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 22 out 2014)

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.¹²⁶

Dessa forma, o que antes era a pena máxima dos crimes de tráfico, passou a ser a pena mínima, indo de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos. Já a pena de multa foi fixada de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa. É a essa mudança na penalidade do tráfico, acrescentada pela nova normatização e aliada à despenalização do usuário, que o autor atribui a desproporcionalidade nas medidas adotadas para as duas figuras.¹²⁷

Face oposta à punibilidade do traficante, adotada pela política proibicionista, está o tratamento alternativo adotado ao usuário de drogas, baseado principalmente na política de contenção de danos produzida pelos países europeus não influenciados pela tratativa dada pelos Estados Unidos. A Lei nº 11.343/2006 inovou nesse tratamento despenalizando a conduta do adicto, mesmo que a tenha incluído no seu rol dos crimes e das penas, rebaixando-a aos delitos de menor potencial ofensivo (rito

¹²⁶ Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 22 out 2014.

Já a vedação da conversão da pena em restritiva de direitos, se deu com a Resolução nº 5/2012, a qual dispôs no seu artigo 1º o seguinte: "Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS." (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em 27 out 2014).

¹²⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 2013, p. 140-141.

processual interposto pela Lei nº 9.099/1995), bem como aplicando “penalizações” alternativas:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.¹²⁸

Nota-se que, em comparação ao artigo 10, da Lei nº 6.368/1976, que apenas aplicava a medida de internamento médico para o tratamento do usuário, o novo dispositivo legal exclui essa disposição, aplicando medidas menos intervencionistas, como a mera advertência verbal. Evidente ainda se torna a forma subjetiva de como se dará a conclusão de que o sujeito é adicto, pois o § 2º do referido dispositivo legal determina que será analisada a qualidade e a quantidade da droga trazida por ele, o local e condições em que se desenvolveu a ação que culminou na apreensão do indivíduo, as circunstâncias pessoais e sociais, conduta e antecedentes dessa pessoa. Logo, uma vez que as autoridades envolvidas nessa conclusão fazem parte

¹²⁸ Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 27 out 2014.

das agências criminalizantes secundárias, muito se poderá concluir acerca dos estereótipos do traficante e do usuário de drogas, como se verá adiante.

4.2 A criminalização secundária

A partir da configuração da criminalização primária no tocante ao tráfico e uso de drogas, explanado no item anterior, é preciso esculpir nesse contexto quem é o indivíduo caracterizado pelo sistema penal como sendo o traficante e o adicto.

Orlando Zaccone D'Elia Filho¹²⁹, ao tratar do tema das drogas, descreve em seu livro o estereótipo do “narcotraficante”, criado pelo discurso oficial do Direito penal e amplamente divulgado pelos meios midiáticos como sendo um sujeito perigoso, munido de grande poder, integrante do crime organizado, enriquecido pela prática da traficância. Percebido como coisa – inumana – “do mal”, conforme explica Nilo Batista.¹³⁰ O primeiro autor relata ironicamente que o tipo “traficante” substituiu, nos anos de 1980, o “comunista comedor-de-criancinhas”, como novo antagonista interno, e sendo o sujeito que favoreceu a criação das favelas no Rio de Janeiro.¹³¹

É reconhecido o vendedor de drogas como sendo um “inimigo” ou párea da sociedade, motivo pelo qual os “autos de resistência seguidos de morte” dos quais seriam vítimas, pouco ou nenhuma visibilidade possuem no processo de instauração de inquérito quando se descobre sua alcunha.¹³² Observa, no entanto, que, diante de sua vivência como delegado na cidade do Rio de Janeiro, passou a conhecer quem realmente são os sujeitos selecionados como sendo traficantes:

[...] homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma. Desprovidos do apoio de qualquer ‘organização’, surgem, rotineiramente, nos

¹²⁹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, p. 11-25.

¹³⁰ In: D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2008, p. 58.

¹³¹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2008, p. 58.

¹³² D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2008, p. 58.

distritos policiais, os 'narcotraficantes', que superlotam os presídios e casas de detenção.¹³³

Tais indivíduos, jovens, ou pessoas de qualquer idade, pobres e moradores de favelas, explica ele, efetuam a prática do narcotráfico de mais fácil percepção policial: “mula”, “vapor” ou “fumaça” são os varejistas do tráfico. A prisão dessas pessoas é pouco divulgada pela mídia, pois só o são aquelas que envolvem os “chefes” do tráfico, denotando o que chama de escalonamento em relação a essas prisões.

Em relação ao tratamento penitenciário dado ao grande e pequeno traficante, observa que, enquanto aquele está preso em presídios de segurança máxima, estes este é encarcerado em celas de presídios comuns estaduais. O mesmo acontece quando se fala na punição dada às diferentes práticas do tráfico: o “vapor” ou o “fogueteiro” recebem o mesmo tratamento punitivista do sujeito que chefia a organização e, portanto, retêm os lucros.

Orlando Zaccone D'Elia Filho traduz o preconceito da seleção secundária, informado por Augusto Thompson, quando relativiza a forma como se dá a perseguição do “sujeito criminoso”. Exemplifica que pouca ou nenhuma prisão ocorre nas regiões “nobres” da cidade do Rio de Janeiro, enquanto que nas localizações periféricas, as ocorrências relacionadas acontecem diariamente.

Alega o autor que a prática do tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro é desigual nos seus mais diferentes bairros. Nos bairros nobres a traficância ocorre nos condomínios fechados, nas áreas residenciais de acesso restrito inclusive à polícia. Ao passo que, nos locais de maior miserabilidade, o “narcotraficante” efetua a venda nas ruas ou vielas, ficando, portanto, à mercê da repressão policial. Tal seleção policial no tocante ao tráfico, demonstra o autor, configura a chamada cifra negra, pois só chegam à instância judiciária, e, portanto, viram estatística, os sujeitos relacionados pela polícia. Conseqüentemente, é possível concluir que aquela imagem criada pelo sistema penal difundida pelos meios midiáticos como sendo a do “narcotraficante” contrapõem-se à realidade fática, em virtude dos dados trazidos pelo Ministério da

¹³³ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. 2008, p. 11-12.

Justiça acerca das condições pessoais da população carcerária, informados no capítulo anterior.¹³⁴

Orlando Zaccone D'Elia Filho indica também o contexto no qual se dá a criminalização das mulheres e crianças no contexto do tráfico.¹³⁵ Conta que, com o recrudescimento da política criminal contra as drogas, dividiram-se hierarquicamente as funções no comércio das drogas, momento em que surgiu o papel do “estica”, sujeito este que trabalha com a revenda da substância ilícita, pois não possui capital financeiro para participar como acionista. É considerado como “bandido” de “terceira classe”, vez que mais vulnerável à repressão polícial, o que justifica o aumento desmesurado das prisões de mulheres, pois exercem esse papel. Assim, é denominado como “acionista do nada”.

As informações trazidas pelo autor sobre as mulheres são retratadas de maneira fiel pela pesquisa realizada no Projeto “Mulheres pelas mulheres”¹³⁶, o qual demonstrou que em 2014, de 122 (cento e vinte e duas) mulheres atendidas, 82% (oitenta e dois por cento) são condenadas ou esperavam julgamento pelo crime de tráfico de drogas. Dentre elas, 81% (oitenta e um por cento) possuem idade entre dezoito e trinta e cinco anos, 76% (setenta e seis por cento) possuem ensino fundamental incompleto.

De maneira similar, Vera Malaguti Batista¹³⁷ configurou o cenário do tráfico na cidade do Rio de Janeiro, analisando para tanto os processos de adolescentes

¹³⁴ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2008, p. 16-17.

¹³⁵ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2008, p. 22.

¹³⁶ Fruto do Projeto “Igualdade e Gênero: enfrentando a violência contra a mulher”, registrado sob nº 122/2013, na Pró-Reitoria de Extensão e Cultura (PROEC) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), “Mulheres pelas mulheres”, conjuntamente com a Organização dos Advogados do Brasil (OAB) e Pastoral da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), trabalha pela liberdade e igualdade de gênero, englobando a problemática da mulher encarcerada. Nesse ínterim, busca, entre outras ações positivas, promover assistência jurídica por meio de mutirões. A pesquisa aqui mencionada foi coordenada pela professora Dra. Priscilla Placha Sá, tendo por colaboração a participação de outras professoras, advogadas, estudantes e voluntárias. Sua realização se deu nas unidades prisionais Penitenciária Feminina de Piraquara-PR (PFP) e Penitenciária Central do Estado (PCE) e o instrumento de pesquisa consubstanciou-se numa ficha contendo dados a serem completados pelas presas atendidas, as quais se prontificaram a respondê-lo. A referida ficha de atendimento foi preenchida com dados pessoais e de identificação das mulheres encarceradas, tais como o estado civil, idade, quantidade de filhos, escolaridade, tipo de crime cometido, se tráfico de drogas, quantidade de entorpecentes apreendidos e, principalmente, foram ouvidas pelas atendedoras, a história dessas mulheres e as circunstâncias nas quais se deram suas prisões.

¹³⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 11-147.

constantes no arquivo do Juizado de Menores e decorridos durante o período de 1968 a 1988, configurando no que chamou de “recrutamento da juventude pobre”.¹³⁸

Relata a autora que verificou trinta e três processos no ano de 1968, dentre os quais vinte e cinco correspondiam a adolescentes pobres, provindos de regiões da cidade também carentes, como favelas e periferia, e dezoito negros ou pardos, constando apenas uma mulher. Todos eles eram relacionados às drogas, dentre substâncias lícitas, mas de uso restrito, bem como de substâncias ilícitas. A maioria continha pequenas quantidades de maconha.

A autora descreve que o rigor da nova lei aprovada pelo governo ditatorial de Emílio Garrastazu Médici, Lei nº 5.726/1971, se deu pela aplicação à área penal da Lei de Segurança Nacional, sintetizando as premissas do movimento da “lei e da ordem” e o tratamento da droga como “inimigo interno”.¹³⁹ Assim, foram equiparadas as condutas do tráfico e do uso das drogas e, por consequência, os dados do ano de 1973 trazidos pela autora tiveram sensível mudança no que concerne ao aumento da criminalização relacionada às substâncias entorpecentes. Em virtude da forte repressão política e militar existente na época, relata que, dos trinta e nove casos analisados nesse ano, dezessete diziam respeito a pessoas de pele branca, moradores de locais nobres da cidade. Entretanto, ainda que tenham sido percebidos pelo sistema penal, a eles foi aplicado o “estereótipo médico”, motivo pelo qual não foram internados em reformatórios.¹⁴⁰

Passados cinco anos, Vera Malaguti Batista descreve que, no ano de 1978, após a promulgação da Lei nº 6.368/1076, os casos apresentados como tráfico aumentaram, sendo oito, num total de trinta e três processos verificados. Informa a autora também que torna-se perceptível nessa época a estruturação do tráfico de entorpecentes, pois adolescentes começaram a se referir à traficância como seu meio de trabalho, assim como as figuras “traficante” e “usuário” voltam a ser distinguidas.¹⁴¹ Nesse ano de 1978, a autora destaca a conclusão que os casos analisados lhe proporcionaram no sentido de que o perfil do adolescente apreendido permaneceu

¹³⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 85-101.

¹³⁹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 88.

¹⁴⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 88.

¹⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 91.

similar à apresentada cinco anos antes: jovens compreendidos nas idades de quinze a dezessete anos, o aumento no que concerne à escolaridade – ensino médio, sendo que 30% pertenciam à classe média. Os dados mudaram no que se refere aos indivíduos de pele negra ou parda e na participação das mulheres, dados que aumentaram: quase três vezes mais o primeiro, e o dobro do segundo. Mas ainda há a presença do tratamento diferenciado para o jovem pobre e o de classe média – enquanto que para o primeiro é reservado o reformatório, o segundo tem a prerrogativa de receber tratamento médico particular em casa.

A próxima pesquisa realizada pela autora se deu no ano de 1983 e demonstrou a volta do que chamou de “padrão mais popular de criminalização por drogas”¹⁴², tendo em vista, principalmente, as condições econômicas que o país vivia naquela época: eram tempos de recessão. Assim, apenas nove dos quarenta processos apresentavam jovens de famílias mais abastadas. Logo, caiu o índice de escolaridade dos adolescentes apreendidos e também diminuiu o número dos declarados brancos. Aumentou, por consequência, a quantidade de moradores de favelas e a porcentagem de mulheres envolvidas: 10% (dez por cento) do total. Quase duplicaram as prisões por drogas, em comparação com o período anterior e visível foi a “entrada maciça da classe média no consumo”¹⁴³, em contrapartida da juventude pobre, que, seduzida pela rentabilidade da venda da droga, veem “na atividade possibilidade de ganhos fáceis e rápidos”¹⁴⁴.

Vera Malaguti Batista relata haver ainda a comprovação nos processos analisados

[...] nos morros do Rio, já em 1983, uma atividade de venda no varejo de maconha e cocaína altamente lucrativa, estruturada numa divisão informal do trabalho, com uma demanda assegurada pelo consumo maciço dessas drogas, que têm na “garotada” da classe média sua freguesia básica. [...] Esta estruturação e divisão locais se dão em volta das “bocas de fumo” [...]. A própria violência das relações de coerção (assassinatos, ameaças de morte, etc.) sinalizam para uma forma bem distinta do conceito de “crime organizado” que ameaçava a ser difundido naquele momento na mídia e no imaginário. O que vemos é o crime desorganizado, pulverizado em pequenas

¹⁴² BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 94.

¹⁴³ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 97.

¹⁴⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 97.

unidades nas favelas e conjuntos, recrutando seus jovens moradores para uma alternativa de trabalho certa e rápida.¹⁴⁵

Já no ano de 1988, quando a autora conclui sua pesquisa, os dados colhidos no quinquênio anterior se tornam definitivamente consolidados, na medida em que as características dos adolescentes criminalizados em virtude de drogas, a maioria por tráfico, é praticamente o mesmo: jovens pobres, moradores de favelas, com baixíssima escolaridade e todos na faixa etária compreendida entre quatorze e dezessete anos. Finaliza a autora afirmando que, na medida em que o consumo de drogas pela classe média aumenta, mais se vê a “destruição da juventude pobre das nossas favelas, lançadas pelas leis do mercado à criminalização e ao círculo viciado da violência urbana”¹⁴⁶.

Confirmando as perspectivas relatadas pelo por Vera Malaguti Batista e Orlando Zaccone D’Elia Filho, tem-se as estatísticas atuais provenientes no Ministério da Justiça, as quais informaram a quantidade de pessoas, dentre a população carcerária existente no país durante o segundo semestre de dezembro de 2012, quantos indivíduos, homens e mulheres, estavam, no Brasil e no Paraná, cumprindo pena pelo crime de tráfico de entorpecentes à época:

Tabela 4 – Indicadores do número de pessoas condenadas por tráfico no Brasil e no Paraná-PR, no período compreendido no segundo semestre de 2012

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos			
BRASIL			
Indicadores Automáticos			
População Carcerária: 548,003			
Número de Habitantes: 190.732.694			
População Carcerária por 100.000 habitantes: 287,31			
Categoria: Tipo de delito	Masculino	Feminino	Total
Tráfico de Drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343)	117,404	13,964	131,368
PARANÁ-PR			
Indicadores Automáticos			
População Carcerária: 31,312			
Número de Habitantes: 10.439.601			
População Carcerária por 100.000 habitantes: 299,93			
Categoria: Tipo de delito	Masculino	Feminino	Total

¹⁴⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 98.

¹⁴⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 101.

Tráfico de Drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343)	4,794	592	5,386
---	-------	-----	-------

Ministério da Justiça/InfoPen¹⁴⁷

O Ministério da Justiça demonstra que no cenário nacional, dos 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil, e três) integrantes do sistema carcerário à época, sem distinção de gênero, 131.368 (cento e trinta e um mil, trezentos e sessenta e oito) pessoas estavam cumprindo pena pela cominação aos crimes de tráfico previstos nas Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/2006. Dentre eles, 117.404 (cento e dezessete mil, quatrocentos e quatro) eram homens, e 13,964 (treze mil, novecentos e sessenta e quatro) eram mulheres. No Paraná, havia nesta época 31.312 (trinta e um mil, trezentos e doze) sujeitos compondo o sistema prisional paranaense, sendo 5.386 (cinco mil, trezentos e oitenta e seis) condenados pela prática da traficância. Dentre eles, 4.794 (quatro mil, setecentos e noventa e quatro) eram homens, e 592 (quinhentos e noventa e dois), eram mulheres.

Já, no que concerne ao tratamento conferido ao usuário de drogas, é possível verificar que o cenário é diametralmente oposto àquele aplicado ao sujeito considerado traficante. Nos casos relatados por Vera Malaguti Batista acerca dos adolescentes apreendidos durante os anos de 1968 e 1988, ela observou que os jovens de famílias de classe média recebiam o tratamento “médico-sanitarista”, não aplicado aos jovens pobres. Enquanto que às famílias dos adolescentes “bem nascidos” era permitido apresentar atestados médicos, que resguardavam sua saída imediata do sistema, aos indivíduos carentes era reservado o reformatório.

Explica a autora que, em virtude de procederem do que o sistema penal vê como uma “família padrão, organizada e bem constituída” (branca e proprietária), os jovens de classe média eram excluídos do “etiquetamento”, logo, menos chance possuíam de serem submetidos ao Sistema de Liberdade Assistida, sendo aí que o sistema penal demonstraria sua faceta voltada ao controle social das classes menos favorecidas economicamente¹⁴⁸: “uma parcela muito bem delimitada da população”¹⁴⁹. Relata que, “na visão de seus operadores, o Serviço de Liberdade Assistida cura e

¹⁴⁷ Dados disponíveis no sítio virtual do Ministério da Justiça (MJ): <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 27 out 2014.

¹⁴⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 120.

¹⁴⁹ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 125.

recupera um certo tipo de jovem, mas prejudica e constrange um outro tipo. Nada mais verdadeiro do que isto.”¹⁵⁰

Aproximando-se da construção sobre o usuário feita por Vera Malaguti Batista, Orlando Zaccone D’Elia Filho contrapôs à imagem do traficante carioca, o estereótipo do adicto. O autor exemplificou a forma como o disposto no artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006¹⁵¹ pode ser utilizado para fins criminalizantes, relatando em sua obra dois indivíduos jovens, residentes de uma região nobre do Rio de Janeiro, os quais foram encontrados trazendo, no interior de um veículo importado, aproximadamente 300 gramas (trezentos gramas) de maconha. Informou que ambos eram estudantes universitários, sem antecedentes criminais e com emprego fixo. Levadas em consideração essas características, ambos foram autuados como usuários de drogas na delegacia para a qual foram encaminhados. O representante do Ministério Público, ao tomar ciência dos referidos fatos, os denunciou pelo crime de tráfico, atitude esta que não surtiu o efeito desejado, pois o magistrado responsável por julgar o caso no âmbito da Justiça Criminal, desclassificou suas condutas àquela originária (uso de drogas), utilizando os mesmos argumentos fundantes da justificação outrora utilizada por parte do delegado ao tipificar a conduta dos jovens.¹⁵²

Nessa medida, comparando o caso dos jovens de classe média com outro, no qual dois jovens, mas mesmas condições dos primeiros no tocante ao emprego, antecedentes criminais e quantidade de droga, mas negros e transportando a substância entorpecente no interior de um transporte coletivo, o autor coloca em dúvida as decisões da polícia e do judiciário, questionando a possibilidade de adotarem a mesma postura direcionada aos indivíduos abastados economicamente. Assim, afirma que o fator econômico é um dos que prepondera no momento de adequar a conduta do acusado na de usuário e na de traficante.

Verifica-se, apenas para não passar *in albis*, a inobservância por parte dos órgãos reguladores oficiais do sistema carcerário brasileiro e estadual no que se refere à quantidade de indivíduos usuários de drogas. Enquanto que são revelados os

¹⁵⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Diffíceis Ganhos Fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003, p. 121.

¹⁵¹ O Artigo 28, no seu § 2º, informa que: “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” (Disponível no sítio virtual do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 27 out 2014).

¹⁵² D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. 2008, p. 19-20.

números de sujeitos condenados por tráfico de entorpecentes, não está claro quantos passaram pelo sistema penal como adictos. Por conseguinte, a aplicação seletiva do estereótipo do usuário pôde ser percebida pelos dados empíricos trazidos por Vera Malaguti Batista e Orlando Zaccone D'Elia Filho, os quais se aplicaram à minha experiência com o estágio exercido no Fórum Criminal de Curitiba-PR e com a participação no Projeto “Mulheres pelas Mulheres”.

Quanto às pessoas acusadas pelo crime de tráfico de drogas, foi possível fazer um claro recorte por gênero, no que se refere às circunstâncias que ensejaram as prisões pelo referido crime: os homens e as mulheres são percebidos pelo sistema penal criminalizante de formas diferentes.

Em se tratando dos homens, a grande maioria que responde ao processo criminal por traficância foram presos com pouca quantidade de droga, cuja qualidade não foi reconhecida de outra forma, senão como “pesada” ou de alto potencial lesivo. Muitos traziam consigo pequena quantidade das drogas conhecidas comumente como “crack” e “cocaína”, e, mesmo se identificando à autoridade policial como usuários de drogas, foram denunciados por tráfico, até porque, quase todos são reincidentes ou possuem maus antecedentes. A maioria é pobre, grande parte moradores de rua, possuindo à época da prisão a magreza típica da aparência do adicto. Ou seja, se enquadram na categoria de “vapores” informada anteriormente por Orlando Zaccone D'Elia Filho – são os pequenos vendedores de drogas, mas o fazem para promover o próprio consumo. Sua condição quase nunca sensibiliza os agentes da criminalização secundária ao analisarem os critérios exigidos no artigo 28, da Lei 11.343/2006 – quase todos são condenados por tráfico.

Já em relação às mulheres, o sistema seletivo opera de forma um pouco diversa. A maioria das mulheres também são pobres, mas poucas se declaram como usuárias de drogas, o que de fato elimina a chance de que o crime de tráfico seja desclassificado para o de uso. Na grande maioria dos casos são presas com grande quantidade de droga, cuja qualidade possui verossimilhança com o caso dos homens: alta periculosidade, geralmente “crack” e “cocaína”. Comumente exercem o papel de “mula”, pois são presas transportando drogas, ou, nos casos mais comuns, a substância pertencia a outra pessoa: marido ou companheiro, filhos. Em virtude da grande quantidade da droga e da qualidade, as penas aplicadas são maiores do que a dos homens. Tais impressões se aproximam ainda com a experiência dos mutirões carcerários realizados pelo Projeto “Mulheres pelas Mulheres”. Neles tive o contato

direto com as mulheres presas, e, daquelas que atendi, ouvi as histórias não contadas em juízo, mas que confirmaram as informações anteriormente relatadas.

Assim, resta salientar que há uma clara distinção no tratamento empregado ao traficante e ao usuário: enquanto o sujeito pobre, semianalfabeto, morador da periferia e de pele negra, é condenado como “delinquente”, observando-se as condições pessoais e sociais que possui, o estereótipo do usuário, em grande parte, é reservado aos indivíduos de classe média, com melhores condições financeiras, residente em locais nobres e de pele branca.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar a existente criminalização das drogas e como ela opera de forma seletiva. Apesar de haver todo um aparato internacional no sentido de combater todas as formas de uso e venda de entorpecentes – o proibicionismo – e de nosso país ter abarcado em sua legislação, e internalizado em seu judiciário esse contexto de proibição, o que se vê é um intenso aprisionamento de pessoas e nenhuma diminuição, tanto do uso, quanto das prisões por tráfico.

Há a importação no discurso nacional de um problema relacionado como de extrema gravidade por países ricos, principalmente os Estados Unidos. Uma vez que este se auto denomina como vítima do tráfico realizado por países menos desenvolvidos, procurou, ao longo dos anos, difundir de forma alarmante o tema das drogas como calamidade internacional, fazendo aprovar normas, que, internalizadas pelos demais países, têm sido protagonistas na chamada era do “superecarceramento”. Não por acaso, os países menos desenvolvidos, e entre eles se encontra o Brasil, têm adotado verdadeiras políticas de guerra – jakobianas – contra seus “inimigos” internos. E também não por acaso, cada vez mais esses países têm aplicado em suas legislações táticas recrudescentes e desumanas à prática do tráfico.

Importamos um problema que não era nosso, mas que, com todo aparato desenvolvido ao longo do século passado e início do que vivemos agora, tornamos efetivamente nosso. Seja porque consideramos que nossa “juventude bem-nascida” deve ficar longe dos entorpecentes, seja porque os “bandidos traficantes” oferecem, aparentemente, um perigo irreal à sociedade, o fato é que, quanto mais rigorosas as leis se tornaram ao longo dos anos, mas “juventude pobre” de Vera Malaguti Batista foi arregimentada para o interior do nosso sistema prisional.

Lotadas estão as cadeias femininas de “traficantes”. São milhares e milhares de mulheres trancafiadas no Brasil inteiro porque assumiram o “risco” de serem “mulas”. Número mais impressionante ainda é o de homens, eram mais de cem mil em 2012. E os dados crescem exponencialmente, já eram assustadores àquela época. É uma realidade doentia e brutal, contraposta àquele discurso oficial de que o

Direito Penal protege os bens jurídicos mais relevantes e evita que novos crimes sejam cometidos.

Tanto não evita tais crimes, ou a criminalização deles, como não protege os bens jurídicos mais relevantes, pois são escolhidos pela minoria privilegiada. A maioria desprivilegiada é a mesma da qual são selecionados, dentre os jovens, semianalfabetos, pobres e despossuídos, os traficantes hoje e outrora a serem penalizados. E são, como Orlando Zaccone D'Elia Filho demonstra, os “acionistas do nada”, pois são os incapazes de obter benefícios financeiros e quaisquer outros com o tráfico com o qual são selecionados. Ou seja, parece bem mais fácil amortizar o anseio social consubstanciado encarceramento do “bandido” com o sistemático aprisionamento daqueles que menos têm força perante à sociedade para se defender.

Ilusório, portanto, é o sentimento de que a criminalidade está aumentando, já que o Direito Penal serve exatamente ao que se propõe não declaradamente: o controle social das massas, na medida em que trancafia a pobreza como praticante da traficância e abona a conduta das classes “bem nascidas”, como usuário de drogas, vítimas, tão somente “vítimas” do tráfico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2007.

ARROSI, João Paulo. *Direito Penal do Inimigo e Totalitarismo*. In: Tipo: inimigo. Org. Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

_____. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan/mar. 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 13. Edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva.

CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº. 6.368, de 21-10-1976, acompanhado da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 440 p.

HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista dos Tribunais. Volume 8, p. 41, out. 1994.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX, p. 98

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Org. Eugênio Pacelli de Oliveira e Luiz Moreira. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. 28 ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 28ª Edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*. In: *Álcool e drogas na história do Brasil*. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). São Paulo: Editora Alameda, 2005.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição revista e ampliada. Curitiba: Editoras ICPC e Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública*. In: *Revista dos Tribunais*. Volume 0, p. 190, jan. 2004.

THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos – O Crime e o Criminoso: Entes Políticos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 – parte geral*. 9ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.