

**UNIVERSIDADE FERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**SELETIVIDADE PENAL E A OBTENÇÃO DE SALVO-CONDUTO PARA
CULTIVO DE MACONHA MEDICINAL**

ISABELA ERMAKOVA DE SOUZA SIQUEIRA

**Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE**

ISABELA ERMAKOVA DE SOUZA SIQUEIRA

**SELETIVIDADE PENAL E A OBTENÇÃO DE SALVO-CONDUTO PARA
CULTIVO DE MACONHA MEDICINAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Anna Cecília Faro Bonan.

**Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

S615s Siqueira, Isabela Ermakova de Souza
Seletividade penal e a obtenção de salvo-conduto
para cultivo de maconha medicinal / Isabela
Ermakova de Souza Siqueira. -- Rio de Janeiro, 2019.
94 f.

Orientadora: Anna Cecília Faro Bonan.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. O terreno fértil para a seletividade penal
brasileira. 2. Considerações gerais sobre
seletividade penal. 3. Seletividade penal e a
obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha
com fins terapêuticos. I. Bonan, Anna Cecília Faro,
orient. II. Título.

ISABELA ERMAKOVA DE SOUZA SIQUEIRA

**SELETIVIDADE PENAL E A OBTENÇÃO DE SALVO-CONDUTO PARA
CULTIVO DE MACONHA MEDICINAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Anna Cecília Faro Bonan.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2019 / 2º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Cada pequeno passo ao longo do caminho tem por trás o auxílio, o carinho e o suporte da minha família e dos meus amigos. A faculdade definitivamente não foi diferente, e esse momento final é para agradecer e celebrar com quem esteve presente todo este tempo, tornando-o mais fácil e prazeroso.

Em primeiro lugar gostaria de agradecer aos meus pais Paulo e Esmeralda, pois garantiram como puderam que eu chegasse até aqui e ensinaram-me a perseverar e encarar as dificuldades que surgem ao longo do caminho com mais leveza.

Às minhas irmãs, que estavam sempre do outro lado da porta (e algumas vezes dentro, junto com o Tommy) e trouxeram alegria e tranquilidade nos dias mais cansativos.

À minha orientadora, a professora Anna Cecília Faro Bonan por toda a ajuda e por todas as cobranças ao longo dos últimos semestres, pois foram esses direcionamentos que possibilitaram a realização deste trabalho.

Aos meus amigos, tanto aos que já estavam presentes quando iniciei a faculdade quanto aos que se somaram ao longo do caminho. Vocês foram essenciais para que esses cinco anos passassem voando.

No entanto, algumas dessas pessoas estiveram particularmente presentes durante a feitura desse trabalho, pois ajudaram em sua realização e/ou me ouviram nos dias mais difíceis dos últimos meses. Por isso, agradeço nominalmente à Amanda Gama, Bruna Goldenstein, César Máximo, Isabella Fidalgo, Julia Jucá, Julia Rugno e Lorena Robinson.

Por fim, agradeço ainda aos entrevistados Emílio Figueiredo, Lauro Pontes, Lucia Lambert, Luciana Boiteux e Margarete Brito pela disponibilidade e pelo tempo cedido a esta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo observar a existência de seletividade penal na obtenção de *habeas corpus* preventivo para cultivo de maconha com fins medicinais. O estudo busca explicar o nascimento da denominada Criminologia positivista e sua incorporação à América Latina e em especial ao território brasileiro, bem como analisar a trajetória histórica brasileira desde o fim do período colonial escravocrata. Assim, a partir destes conhecimentos e partindo do entendimento de que a seletividade penal opera para o encarceramento de determinada parcela da população, busca-se conhecer, por meio de entrevistas com pessoas envolvidas na área, se há seletividade penal também para determinar quem receberá ou não essa autorização do Estado para o cultivo medicinal da maconha.

Palavras-chave: Criminologia positivista; Racismo; Seletividade penal; Maconha medicinal; *Habeas corpus* preventivo.

ABSTRACT

The present paper seeks to observe the existence of criminal selectivity regarding the obtainment of preventive *habeas corpus* for the cultivation of medical marijuana. In order to do so, this paper aims to explain the birth of the positivist criminology and its incorporation in Latin America, especially in Brazil, as well as analyze the Brazilian historical trajectory since the end of the slave-based colonial period. Therefore, from this knowledge and based on the understanding that the criminal selectivity operates to imprison a certain part of the population, an effort is made to know, through interviews with people that are involved in the area, if there is also criminal selectivity in the determination of who will or won't receive this authorization from the State to grow medical marijuana.

Keywords: Positivist criminology; Racism; Criminal selectivity; Medical marijuana; Preventive *habeas corpus*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O TERRENO FÉRTIL PARA A SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA	10
1.1. A transnacionalização da política de drogas.....	10
1.2. A criminalização da maconha no Brasil.....	11
1.3. A História brasileira.....	13
1.3.1. Trajetória histórica a partir da abolição da escravidão.....	14
1.3.2. Breves apontamentos sobre a falácia da democracia racial.....	19
1.4. A criminologia positivista no Brasil.....	21
1.4.1. Panorama geral das teorias da época.....	21
1.4.2. Um estudo mais detalhado de Cesare Lombroso e seus discípulos.....	24
1.4.3. A incorporação de Lombroso e da Criminologia positivista no Brasil.....	28
2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE SELETIVIDADE PENAL	32
2.1. Os filtros da seletividade penal.....	32
2.1.1. Apontamentos teóricos sobre o tema.....	32
2.1.2. Sobre seletividade penal na América Latina.....	37
2.2. A seletividade penal brasileira em funcionamento.....	38
2.2.1. O fácil encarceramento pelo crime de tráfico de drogas.....	44
3. SELETIVIDADE PENAL E A OBTENÇÃO DE SALVO-CONDUTO PARA CULTIVO DE MACONHA COM FINS TERAPÊUTICOS	48
3.1. A autorização para cultivo de <i>cannabis</i> com fins terapêuticos no cenário brasileiro.....	48
3.1.1. Breves comentários sobre as associações e coletivos entrevistados.....	48
3.1.2. Os benefícios do cultivo e o caminho do judiciário.....	49
3.1.3. A seletividade penal na obtenção de salvo-conduto.....	58
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
APÊNDICE 01	70
APÊNDICE 02	75
APÊNDICE 03	80
APÊNDICE 04	84
APÊNDICE 05	88

INTRODUÇÃO

A presente monografia parte da criminologia crítica – a qual compreende a criminalidade como fruto de processos históricos e de seleção, não só das condutas que serão tipificadas como crimes, mas principalmente dos indivíduos que serão alvo dessa criminalização – com a hipótese de que há seletividade penal também na busca por salvo-conduto para o cultivo de maconha com fins medicinais.

Diversas pesquisas sobre o tema da seletividade penal já foram realizadas – como, por exemplo, pela professora Luciana Boiteux e por Luís Carlos Valois –, e não só elas como diversos outros levantamentos demonstram que a Lei de Drogas brasileira atua para encarcerar jovens negros, de baixa renda e instrução.

Na outra ponta, isto é, saindo da privação de liberdade e chegando na garantia do direito à saúde e à dignidade humana, é possível observar o crescimento do número de *habeas corpus* preventivos que almejam a possibilidade do cultivo caseiro de maconha para obtenção de medicamentos. É necessário frisar que muitas vezes essa medicação é peça fundamental na garantia de bem-estar e qualidade de vida do paciente, bem como que o custo do cultivo caseiro é muito menor que o da importação – posto que o frasco do medicamento custa entre mil e três mil reais¹ –, possibilitando que mais pessoas tenham acesso a esse tratamento que tem se mostrado tão eficaz.

Dado este fato, a presente pesquisa teve como objetivo observar se haveria seletividade penal também nesses casos, o que fez por meio de pesquisa qualitativa com perfil socio-jurídico, que consistirá em análise bibliográfica de diversos livros e artigos ou teses publicados na Internet, bem como será feita uma busca documental de dados em plataformas como o Infopen.

¹ Segundo notícias coletadas na Internet, o frasco do medicamento custa por volta de mil reais, podendo chegar a 3 mil reais. G1. **Família consegue autorização para importar medicamento à base de maconha para filho em MG. Disponível em** <<https://www.metropoles.com/brasil/saude-br/pedidos-para-importar-canabidiol-disparam-em-2019-e-crescem-47>___<https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2019/04/11/familia-consegue-autorizacao-para-importar-medicamento-a-base-de-maconha-para-filho-de-6-meses.ghtml>>. Acesso em: 14 out. 2019.

Para mais, será realizada também pesquisa empírica, por meio da realização de entrevistas pessoais com agentes atuantes na área, de modo a coletar informações sobre suas próprias experiências e percepções.

Dito isso, no primeiro capítulo buscou-se situar o leitor no debate da criminologia positivista, em especial do discurso de Cesare Lombroso, para compreender as ideias que chegaram no Brasil e também como foram incorporadas em território nacional. Paralelamente, mostrou-se, a partir da história, a trajetória dos negros, desde a abolição da escravidão, passando pelos cortiços até o surgimento das primeiras favelas.

Após, foram feitas considerações teóricas sobre seletividade penal, inclusive observando o funcionamento da seletividade penal na Lei de Drogas brasileira, que é uma das maiores contribuidoras do fenômeno de encarceramento de massa que vivemos no país, representando 28% dos presos estaduais brasileiros de acordo com estudo do Infopen.²

Finalmente, o terceiro capítulo aproximou-se mais da *cannabis*, analisando primeiramente o momento de sua proibição e o porquê. Depois, a pesquisa detalha a busca por autorização judicial para o cultivo de *cannabis* com fins medicinais, mostrando os benefícios do auto cultivo e do cultivo associativo. Ademais, foi possível demonstrar porque o judiciário tornou-se o caminho viável para a obtenção dessa medicação e como o *habeas corpus* preventivo mostrou-se o caminho mais eficaz nessa luta.

Por fim, este último capítulo busca provar a hipótese de pesquisa, e analisa a existência ou não de uma seletividade penal quando da tentativa de obtenção de salvo-conduto – o que é feito a partir de diversas entrevistas –, levando-nos finalmente à conclusão do tema.

² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016**. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019.

CAPÍTULO 1: O TERRENO FÉRTIL PARA A SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA

1.1. A transnacionalização da política de drogas

É impossível encontrar a origem mundial da criminalização das drogas, pois, como afirma o criminólogo Salo de Carvalho, ela inexistente, isto é, “sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável”.³

No entanto, somos capazes de delimitar eventos históricos indubitavelmente importantes que ajudaram a moldar a política de drogas como a conhecemos hoje, tal como a Convenção Internacional de Genebra e a Convenção Única sobre Entorpecentes.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, apesar de ser possível encontrar resquícios de criminalização em períodos anteriores, a formação do sistema repressivo ocorre a partir da década de 1940, quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38 - [Lei de Fiscalização de Entorpecentes]).⁴ Nas palavras de Salo de Carvalho,

A pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passaram a delinear novo modelo de gestão repressiva, o qual encontrará nos Decretos 780/36 e 2.953/38 o primeiro *grande impulso* na luta contra as drogas no Brasil.⁵

A professora Luciana Boiteux afirma que

(...) O fato é que política proibicionista repercutiu e ela é seguida pela maior parte dos países do mundo. Gosto de usar uma comparação que tem mais países que são parte das convenções “antidrogas” do que membros da ONU, então é uma realidade que as pessoas estão mais pra guerra do que pra paz. (...) Muito mais do que o Brasil fazer uma escolha, o mundo fez uma escolha política que atende aos interesses do grande capital, dos negócios e é uma política que no Brasil a gente até já implementava antes

³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

⁴ Ibid., p. 50.

⁵ Ibid., p. 49.

dos primeiros tratados. (...) Há um interesse político e econômico na manutenção desse sistema.⁶

Tem-se, portanto, que a política de drogas é transnacional, o que se evidencia ainda mais no preâmbulo da Convenção Única sobre Entorpecentes, no qual lê-se:

As Partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, (...) reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, conscientes de seu dever de prevenir e combater esse mal. Considerando que as medidas contra o uso indevido de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal. Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns (...) concordam, pela presente, no seguinte.⁷

Nesse sentido, afirma o juiz Luís Carlos Valois que o resultado dessas normas, por relegar as pesquisas científicas a segundo plano e por não envolver países periféricos na discussão, não é uma política, mas sim uma política internacional.⁸ Ainda, arremata o assunto ao afirmar que:

O direito tanto mais será ingênuo quanto mais não reconhecer a origem humana das normas e tanto mais será alienante, instrumento político de manutenção das desigualdades, quanto mais abordar esses instrumentos legais como isentos de interesses dos mais diversos.⁹

Esse trabalho, porém, apesar de reconhecer a importância do fenômeno da transnacionalização da política de drogas, não possui este foco.¹⁰ Ante a isso, este trabalho buscará, desde logo, entender o processo de criminalização da maconha e, após, compreender as bases históricas e criminológicas para a construção da seletividade penal brasileira.

1.2. A criminalização da maconha no Brasil

Uma das criminalizações associadas à “cultura negra marginal(izada)”¹¹ foi a da maconha, que teria sido trazida ao Brasil pelos escravos em bonecas de pano. Há, porém,

⁶ BOITEUX, Luciana. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 15 out. 2019.

⁷ BRASIL. **Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Convenção Única sobre Entorpecentes**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 39.

⁹ Ibid., p. 39.

¹⁰ Para compreender mais sobre a transnacionalização da política de drogas, ver VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 39.

¹¹ GÓES, Luciano. **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 183.

estudos no sentido de que a planta teria sido trazida ao país apenas mais de cem anos após o início do tráfico de escravos.¹²

No entendimento de Luísa Gonçalves Saad, no entanto, pouco importa como e quando a planta adentrou as terras brasileiras, pois há pesquisas que evidenciam a relação da planta com os africanos e seus descendentes. Segundo a autora, a maconha era aceita pelos proprietários dos latifúndios, sendo inclusive rotineiro encontrar plantação de maconha no meio dos canaviais.¹³

A primeira proibição conhecida ocorreu no Rio de Janeiro no ano de 1830. Na ocasião, o vendedor seria multado e os escravos e demais indivíduos que utilizassem a planta seriam penalizados com três dias de cadeia.¹⁴ Acerca do tema, Luciano Góes aponta que a proibição visava não os possíveis males à saúde, mas sim o controle social, como é possível observar no trecho abaixo destacado:

A criminalização do uso da maconha no Brasil, nossa declaração de “guerra às drogas”, se deve à outra tradução do paradigma racial etiológico *lombrosiano* realizada pelo médico Rodrigues Dória, com seu estudo pioneiro “Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício” de 1915, motivando e orientando a primeira lei proibitiva da planta em nossa margem, datada de 1932, demonstrando que se combatia não sua periculosidade toxicológica, mas sim seus usuários: os negros, seja pelo seu caráter religioso, curativo ou por seu simples uso como meio de fuga do mundo real extremamente violento no qual a sobrevivência era quase insuportável, uma tarefa ultra-humana, tal qual o uso do álcool.¹⁵

Nesse mesmo sentido, tem-se que

Os cânones da medicina legal, especialidade que unifica o conhecimento das áreas médicas e jurídicas, mostravam que uma nação com tanta influência negra estaria fadada ao fracasso caso não fossem tomadas as devidas providências. Através da ciência, buscava-se legitimar o poder do homem branco e promover a manutenção da hierarquia social. A superioridade de uns sobre os outros foi previamente determinada e a medida oficial, através de seus métodos, dava o seu aval.

Nesse contexto, as práticas e costumes negros, tão presentes em uma sociedade recém-saída da escravidão, representava empecilhos para o lema “ordem e progresso” pretendido pela elite política e intelectual. Assim como o candomblé e a capoeira, a maconha estava associada aos africanos e seus descendentes e seu uso, além de prejudicar a formação de uma República moralmente exemplar, poderia se disseminar

¹² SAAD, Luísa Gonçalves. “Fumo de Negro”: A criminalização da maconha no Brasil. Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013, p. 2.

¹³ Ibid., p. 2-3.

¹⁴ Ibid., p.3.

¹⁵ GOES, Luciano. Op. cit., p. 183/184.

entre as camadas ditas saudáveis – leia-se brancas – e arruinar de vez o projeto de uma nação civilizada.¹⁶

Para Luísa Gonçalves Saad, portanto, o fato de o consumo estar constantemente ligado aos negros e sua descendência demonstra que a proibição voltava-se não para a substância, a qual anos antes era consumida livremente e cujas aparições em estudos médicos da época eram breves, mas para a perseguição de determinados grupos raciais e suas práticas culturais e religiosas.¹⁷

Destaca-se o estudo denominado “Indian Drugs Commission Report”, encomendado pelo Parlamento britânico para analisar os impactos morais e sociais da utilização da maconha pela população indiana, cujo resultado foi no sentido de praticamente não existirem danos decorrentes do uso moderado de maconha e seus derivados.¹⁸

No ano de 1932 a maconha foi proibida em todo o território nacional pela primeira vez.¹⁹ Sobre esse momento, afirma o criminólogo Salo de Carvalho que

(...) É lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 1940 é que se pode verificar o surgimento da *política proibicionista sistematizada*. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência de aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.²⁰

De lá até os dias atuais, não houve um momento em que a maconha tenha sido legalizada ou descriminalizada no Brasil, sendo o movimento mais recente nesse assunto a discussão motivada pelo RE 635.659 quanto à constitucionalidade da criminalização de drogas para uso pessoal – ainda em processo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – e as obtenções de salvo-conduto para cultivo e utilização de *cannabis* medicinal.

1.3.A História brasileira

¹⁶ SAAD, Luísa Gonçalves. Op. cit., p. 5.

¹⁷ Ibid., p. 17/18.

¹⁸ Ibid., p. 4.

¹⁹ Ibid., p. 3.

²⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 49/50.

1.3.1. Trajetória histórica a partir da abolição da escravidão no Brasil

Partindo agora para uma trajetória histórica do (não) lugar dos negros, é preciso salientar que o Brasil viveu mais de trezentos anos de escravidão. Milhares de negros foram retirados do continente africano e trazidos ao país para trabalharem principalmente em lavouras de cana-de-açúcar e na mineração. Eram considerados como mercadorias e não eram, por isso, sujeitos de direitos. Falando sobre despersonalização do escravo e violência, Vera Malaguti Batista afirma que “a violência é um elemento constitutivo da realidade social brasileira”.²¹

Discorrendo um pouco sobre o período anterior à abolição, Ana Luiza Pinheiro Flauzina demonstra que a elite brasileira não tinha interesse em dividir seu poder. A autora afirma que

Não conseguindo enxergar no segmento negro nada além de sua “vocação” para o trabalho compulsório, era preciso criar as condições para gerenciar aquele contingente e o inviabilizar coletivamente em termos sociais. Foi assim que, indispostos a viver num país com numerosa massa de seres inferiores e mais, recusando-se a com eles compartilhar qualquer dimensão de poder, as elites construíram o Império como forma de preparar as condições para o descarte desses indesejáveis.²²

Após a abolição da escravidão, em 1888, com a publicação da Lei Áurea, essas pessoas viram-se libertas, porém sem perspectivas e meios de ascenderem socialmente na sociedade, visto que não possuíam acesso à educação e saúde e não eram detentoras de propriedade. Em outras palavras, é possível dizer que o fim da escravidão não resultou em igualdade para os negros, os quais ainda eram considerados inferiores. Luciano Góes corrobora esse entendimento ao afirmar que

O Brasil imperial – e, logo a seguir, o jovem Brasil republicano – negou aos negros não apenas a posse de qualquer pedaço de terra para viver ou cultivar, mas a possibilidade de sua aquisição, de escolas, de assistência médica, social e econômica, de hospitais, enfim, dos mínimos meios necessários à subsistência, restando a discriminação, a repressão e uma humilhação que seria tanto quanto severa que a condição de escravo, posto que, sua inferioridade, não cessara com a abolição.²³

O “sistema de ascensão social” estava, conforme o ensinamento de Luciano Goes, diretamente relacionado à “pigmentocracia”, tornando a incorporação do negro à sociedade brasileira tarefa impossível.²⁴

²¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²² FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 53/54.

²³ GOES, Luciano. Op. cit., p. 173/174.

²⁴ Ibid., p. 190.

Para tornar ainda mais crítica a situação, os ex-escravos competiam por vagas de trabalho com imigrantes estrangeiros, que vieram ao Brasil para trabalhar nas plantações de café. A vinda dos europeus era amplamente estimulada pelo governo, como é possível abstrair do artigo 1º do Decreto nº 528, *in verbis*

É inteiramente livre a entrada, nos portos da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos a ação criminal do seu país, exceptuados os indígenas da Ásia ou da África, que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos, de acordo com as condições estipuladas.²⁵

Houve um intenso fluxo migratório dos negros libertos para os centros urbanos. O professor Walter Braga Filho, ao estudar o fenômeno da migração de zonas rurais para o Recôncavo Baiano ou para diferente zona rural, afirmou que o processo de migração ou era uma forma de o liberto “distanciar-se do passado de escravidão” ou era motivado pelo desejo de reaproximarem-se de sua família.²⁶

A elite baiana via esses ex-escravos como vagabundos e vadios em razão da “recusa ao trabalho nas lavouras de cana e do abandono das propriedades”, requisitando, inclusive, medidas governamentais.²⁷ Narra o autor que

Embora a repressão à vadiagem não tenha se convertido numa solução viável ao controle da população, as autoridades policiais das cidades próximas aos engenhos continuaram a pedir atenção especial à movimentação dos libertos. Em 4 de abril de 1889, em correspondência enviada ao presidente da Província, o delegado da cidade de Alagoinhas, ao falar das dificuldades de policiar uma cidade que se localizava na convergência de três ferrovias e onde circulava uma “população estranha e desconhecida”, incluiu, entre as causas de desordens, a presença dos “que entraram no gozo da liberdade pela Lei de 13 de Maio” e abandonavam as fazendas e engenhos da região.²⁸

Certo é que a elite branca temia perder o controle sobre a população negra, e por essa razão o Estado investiu em medidas de caráter repressivo, como a criminalização da capoeira e da vadiagem, pois qualquer ajuntamento de negros poderia “dar origem à tão temida revolução, o fantasma negro que sempre perturbou os sonhos leves e dourados da sociedade branca.”²⁹

²⁵ Ibid., p. 170.

²⁶ BRAGA FILHO, Walter. **Migrações, itinerários e esperanças de mobilidade social no Recôncavo Baiano após a Abolição**. Disponível em <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/view/2560/1970>>. Acesso em: 12 ago. 2019, p. 07.

²⁷ Ibid., p. 08.

²⁸ Ibid., p. 08.

²⁹ GOES, Luciano. Op. cit., p. 181.

Nas palavras de Ana Luiza Pinheiro Flauzina,

Uma massa desgovernada, vivendo à margem da tutela, com possibilidade de se articular sem maiores resistências, poderia representar não só o fim de um sistema de exploração de mão-de-obra, mas o fim da própria hegemonia branca. Assim, era preciso apertar os freios, estreitar ainda mais o controle sobre os escravizados, não deixando escapar os libertos à engenharia do controle.³⁰

O espaço que boa parte dessa população marginalizada ocupou no Rio de Janeiro foram os cortiços, localizados no centro da cidade. O cortiço Cabeça de Porco, o mais famoso da cidade, chegou a abrigar duas mil pessoas, tendo registro de ter sido moradia de até quatro mil indivíduos.³¹ Entretanto, em meio ao discurso de modernização do centro da cidade e de erradicação de algumas doenças como cólera e a febre amarela – já que as habitações coletivas eram vistas como ambientes propícios à propagação dessas doenças –, os cortiços foram destruídos.

O autor Sidney Chalhoub narra a demolição do cortiço Cabeça de Porco, que à época já possuía uma ala interdita, deixando claro o descaso do governo para com a população que lá habitava, ao afirmar que

O Cabeça de Porco – assim como os cortiços do centro do Rio em geral – era tido pelas autoridades da época como um “valhacouto de desordeiros”. Diante do tamanho do aparato repressivo todavia, não parece ter havido nenhuma resistência mais séria por parte dos moradores à ocupação da estalagem. De qualquer forma, segundo o relato da *Gazeta de Notícias*, ocorreram algumas surpresas. Os esforços se concentraram primeiramente na ala esquerda da estalagem, a que estaria supostamente desabitada havia cerca de um ano. Os trabalhadores começaram a destelhar as casas quando saíram de algumas delas crianças e mulheres carregando móveis, colchões e tudo o mais que conseguiam retirar a tempo. Terminada a demolição da ala esquerda, os trabalhadores passaram a se ocupar da ala direita, em cujas casinhas ainda havia sabidamente moradores. Várias famílias se recusavam a sair, se retirando quando os escombros começaram a chover sobre suas cabeças. Mulheres e homens que saíram daqueles quartos “estreitos e infectos” iam às autoridades implorar que “os deixassem permanecer ali por mais 24 horas”. Os apelos foram inúteis, e os moradores se empenharam então em salvar suas camas, cadeiras e outros objetos de uso. De acordo com a *Gazeta*, porém, “muitos móveis não foram retirados a tempo e ficaram sob o entulho”.³²

Os moradores das habitações coletivas do centro do Rio de Janeiro não conseguiram salvar todos os seus pertences, como evidenciado no trecho acima, mas tão somente receberam

³⁰ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., op. 56.

³¹ CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 17.

³² Ibid., p. 17.

um pouco de madeira para que pudessem construir casebres, como esclarece o autor ao dizer que

O prefeito Barata, num magnânimo rompante de generosidade, mandou “facultar à gente pobre que habitava aquele recinto a tirada de madeiras que podiam ser aproveitadas” em outras construções. De posse do material para erguer pelo menos casinhas precárias, alguns moradores devem ter subido o morro que existia lá mesmo por detrás da estalagem. Um trecho do dito morro já parecia até ocupado por casebres, e pelo menos uma das proprietárias do Cabeça de Porco possuía lotes naquelas encostas, podendo assim até manter alguns de seus inquilinos. Poucos anos mais tarde, em 1897, foi justamente nesse local que se foram estabelecer, com a devida autorização dos chefes militares, os soldados egressos da campanha de Canudos. O lugar passou então a ser chamado de “morro da Favela”. A destruição do Cabeça de Porco marcou o início do fim de uma era, pois dramatizou, como nenhum outro evento, o processo em andamento da erradicação dos cortiços cariocas. Nos dias que se seguiram, o prefeito da Capital foi calorosamente aclamado pela imprensa – ao varrer do mapa aquela “sujeira”, ele havia prestado à cidade “serviços inolvidáveis”. Com efeito, trata-se de algo inesquecível: nem bem se anunciava o fim da era dos cortiços, e a cidade do Rio já entrava no século das favelas.³³

A destruição do referido cortiço foi motivo de comemoração nos jornais da época – como a *Gazeta*, *Revista Ilustrada* e *Jornal do Brazil*, os quais enalteciam a atitude e coragem do prefeito Barata Ribeiro.³⁴

Assim, formaram-se as primeiras favelas cariocas. Luciano Góes afirma que

A dicotomia margem-centro se redimensionou em morro-cidade formatando nosso *apartheid*. Lá, no morro, o negro podia desfrutar de “toda sua liberdade” e do nada ou quase nada que conseguia para sobreviver, que incluía a (re)construção de sua identidade a partir de aspectos culturais, fragmentos das inúmeras identidades tribais africanas que aqui se homogeneizaram, instrumentos de re-existência, resistência e luta, como o samba, a capoeira, as religiões de matrizes africanas, o jongo, o lundu, etc.

Nessa condição, a naturalização da ignorância e submissão vieram através da violência desses campos de concentração planejados geopoliticamente, as “cidades armadilhas”, idealizadas para amenizar o medo branco, onde se esperou que as doenças causadas pela total falta de saneamento básico e a inexistência de condições de vida exterminassem os indesejados. Uma zona de exclusão, pobreza e violência que o Estado não apenas ignorou, mas promoveu com fins higienistas, até agora, quando após o total descaso histórico, sobe as vielas “sorrindo” impondo a “pacificação”, demonstrando que o único direito dessa “quase gente” é ser violentada.³⁵

Sobre o tema, Gizlene Neder afirma que a concepção de “ordem” possuía maior relevância quando contraposta à de “justiça”, dizendo ainda que

³³ *Ibid.*, p. 17.

³⁴ *Ibid.*, p. 17/18.

³⁵ GOES, Luciano. *Op. cit.*, p. 174/175.

Persistimos, no Brasil, com um legado, uma herança social (policial) absoluto sobre os espaços urbanos (na verdade, o controle absoluto sobre a massa de ex-escravos, de seus descendentes afro-brasileiros, e de trabalhadores urbanos, de um modo geral). Donde a ênfase nas campanhas de lei e ordem, ainda discutidas e implementadas pelas polícias no Brasil no tempo presente.³⁶

Importante colacionar um dado do livro “Um país chamado favela”, com informações coletadas em 63 favelas brasileiras e 2000 moradores no ano de 2013 pelos autores Renato Meirelles e Celso Athayde, os quais constataram que 72% dos moradores de favelas se autodeclararam negros.³⁷ Falando especificamente do Rio de Janeiro, onde foram entrevistados 1003 moradores de 12 comunidades, o livro revela que o estado é o único da região Sudeste com mais de 10% da população vivendo em favelas, tendo apenas 1% dos entrevistados concluído o ensino superior.³⁸

Indo ao encontro dessa informação destaca-se também uma pesquisa realizada pela organização social TETO Brasil nas favelas de São Paulo no ano de 2016, a qual constatou que 70% dos moradores das favelas são negros.³⁹ Ademais, dados do IBGE de 2016 dão conta de demonstrar que entre os 10% mais pobres da população brasileira, 78,5% são negros, enquanto entre os 10% mais ricos, apenas 24,8% são negros.⁴⁰

Pelo exposto, é possível observar que a parcela marginalizada da sociedade brasileira ainda está longe de obter igualdade de fato, isto é, para fora da Constituição. E essa é também a percepção de boa parcela da população brasileira, segundo pesquisa realizada pela OXFAM⁴¹ em 2019. Os dados coletados indicam que 52% dos entrevistados creem que negros ganham um salário menor exclusivamente por serem negros, 72% acreditam que a cor da pele influencia

³⁶ NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 184.

³⁷ ATHAYDE, Celso; MEIRELLES, Renato. **Novo livro revela que 72% dos que moram em favelas são negros; 95% se dizem felizes**. Disponível em <<http://www.virgula.com.br/comportamento/novo-livro-revela-que-72-dos-que-moram-em-favelas-sao-negros-95-se-dizem-felizes/>>. Acesso em: 12 jul. ago.

³⁸ OXFAM BRASIL. **Relatório Nós e as Desigualdades**. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

³⁹ CARMO, Beatriz. **A pobreza brasileira tem cor e é preta**. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/A-pobreza-brasileira-tem-cor-e-%C3%A9-preta>>. Acesso em: 12 set. ago.

⁴⁰ OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. **Negros são 78% entre os mais pobres e somente 25% entre os mais ricos**. Disponível em <<https://fpabramo.org.br/2018/11/30/negros-sao-78-entre-os-mais-pobres-e-somente-25-entre-os-mais-ricos/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁴¹ OXFAM BRASIL. Op. cit.

na contratação por empresas, 81% veem a cor da pele como fator determinante de uma abordagem policial e 71% consideram que a justiça é mais dura com os negros.

Oportuno destacar, por fim, o conceito de Nilo Batista sobre cidadania negativa, a qual, segundo Vera Malaguti Batista, é a cidadania “que se restringe ao conhecimento e exercício dos limites formais à intervenção coercitiva do Estado”.⁴² Ainda conforme a criminóloga, “esses setores vulneráveis, ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem a cidadania pelo seu avesso, na “trincheira auto defensiva” da opressão dos organismos do nosso sistema penal”.⁴³

1.3.2. Breves apontamentos sobre a falácia da democracia racial

A Constituição de 1891 previu, em seu artigo 72, §2º, a igualdade jurídica a todos os brasileiros. Essa igualdade, no entanto, era apenas formal, visto que o Estado brasileiro não criou qualquer tipo de assistência ou meio para a integração da população recém liberta na sociedade. Por exemplo, a falta de acesso à educação não deu a possibilidade de voto a muitos negros, pois o analfabeto, segundo esta Constituição, estava proibido de exercer este direito.

Nesse sentido, afirma o sociólogo Florestan Fernandes que

A desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou qualquer outra instituição assumisse encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. (...) Essas facetas da situação (...) imprimiram à Abolição o caráter de uma espoliação extrema e cruel.⁴⁴

Por algum tempo e muito graças à obra de Gilberto Freyre, falou-se em democracia racial no Brasil, que foi considerado um “paraíso racial, na qual todas as raças viveram e viveriam amistosamente”⁴⁵.

⁴² BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 57.

⁴³ Ibid., p. 57.

⁴⁴ MARINGONI, Gilberto. O destino dos negros após a abolição. **Revista IPEA Desafios do desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 8, 2011. Acesso em 14 jul. 2019.

⁴⁵ GOES, Luciano. Op. cit., p. 189.

Porém, o sociólogo Florestan Fernandes aduz que a democracia racial é um mito e não passa de uma ideologia para manutenção do status quo, a ocultação do racismo e dominação das elites⁴⁶, dizendo ainda que não haveria democracia até que cessassem os obstáculos que excluía o negro da sociedade capitalista que se estava construindo.⁴⁷

Sobre o assunto, Ana Luiza Pinheiro Flauzina observa que

(...) A democracia racial apareceu como uma alternativa de dominação que evitava o confronto direto, mantendo intactas as assimetrias raciais. A partir dessa perspectiva, o trato da questão racial se dá pelo avesso, numa dinâmica de silenciamento que impede a enunciação do racismo. Num paradoxo aparentemente insustentável, esse sofisticado mecanismo ideológico fez uma realidade-abismo corresponder a um conto idílico, em que negros e brancos vivem em perfeita harmonia. Daí a necessidade do exclusivismo histórico. Para assegurar uma imagem tão radicalmente diferente da realidade que lhe dá sustentação, é preciso a qualquer preço apagar os vestígios dos processos de subordinação, das forças externas que atuam na perpetuação das igualdades raciais. O objetivo é, portanto, inviabilizar a construção de uma história que dê conta das defasagens e dos privilégios, convertendo as desigualdades em sina e, finalmente, apropriando-se das vantagens como direitos.⁴⁸

Consoante o entendimento da autora, esse quadro necessitaria de mecanismos institucionais para se perpetuar. Porém, diferentemente dos Estados Unidos e da África do Sul, os quais adotaram a segregação como política estatal, no Brasil o racismo “ficava adstrito aos casos excepcionais percebidos tão somente na esfera privada, afastando as elites de qualquer tipo de prestação de contas efetiva pelo usufruto de suas vantagens”.⁴⁹

O sociólogo Florestan Fernandes arremata o assunto ao dizer que

As transformações da estrutura da sociedade, apesar da extinção da escravidão e da universalização do trabalho livre, não afetaram de modo intenso, contínuo extenso o padrão tradicionalista de acomodação racial e a ordem racial que ele presumia.⁵⁰

Reafirmar esse mito é, portanto, “uma forma de atenuar, justificar e dissimular a realidade do processo escravocrata brasileiro e de afirmar que a abolição foi um processo conclusivo e encerrado na assinatura da lei”.⁵¹

⁴⁶ SILVA, Daniel Antonio Coelho; CARVALHO, Danilo Nunes de. A integração do Negro na Sociedade de Classes: a Resistência Negra sob Perspectiva Marxista. **Rev. Bras. de Ed. e Cult.**, Belo Horizonte, n. 01, 2010.

⁴⁷ TAUIL, Rafael. Florestan Fernandes: Questão Racial e Democracia. **Rev. Florestan**, São Carlos, n. 07, 2019.

⁴⁸ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 37.

⁴⁹ Ibid., p. 39.

⁵⁰ TAUIL, Rafael. Florestan Fernandes *apud* FERRUGEM, Daniela. **Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia social**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2008. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

⁵¹ Ibid.

1.4. A criminologia positivista no Brasil

Perpassada a trajetória histórica brasileiro, cabe agora entender o nascimento da criminologia positivista europeu a partir, principalmente, das principais ideias de Cesare Lombroso e seus discípulos, a fim de analisar a incorporação desse discurso ao território brasileiro.

É possível identificar o racismo na sociedade mundial em diversos momentos, como as perseguições ocorridas no século XIII e o colonialismo, cujo início se deu no século XV. Contudo, foi no século XIX que o racismo ganhou os contornos científicos que até os dias de hoje influenciam fortemente o Brasil e o mundo.⁵²

Sobre essa mudança do classicismo ao positivismo, a qual instaurou outra forma de compreensão da realidade, Ana Luiza Pinheiro Flauzina esclarece que

Na crítica aos autores clássicos, os positivistas substituem o objeto da investigação criminológica, afastando-se do delito e cercando de luzes o criminoso. Subsequentemente ao entendimento clássico, que advoga o controle igualitário e difuso como meio de garantia da segurança jurídica, emerge o criminólogo, defensor de um controle diferencial. É o nascimento do Direito Penal do autor, que mais uma vez em nome da defesa dos interesses sociais, investe sobre o delinquente, tomando agora como ser, diferenciado, anormal, com vistas a recuperá-lo.⁵³

Cabe destacar ainda o entendimento da ilustre criminóloga Vera Malaguti Batista sobre o real objetivo e as consequências geradas pela expansão da criminologia positivista, como observa-se a seguir:

Enfim, esse saber constitui-se a serviço da colonização, do escravismo e da incorporação periférica ao processo de acumulação do capital. Ao contrário do liberalismo das revoluções burguesas, a ciência buscava a expansão e a legitimação do poder punitivo contra os perigos do proletariado e do *lumpen*. (...) Os conceitos de degenerescência, atavismo e eugenia justificavam os genocídios. Zaffaroni sempre nos lembra que o genocídio é com frequência precedido de um discurso legitimante de eliminação.⁵⁴

1.4.1. Panorama geral das teorias da época

⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 270.

⁵³ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2006. Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006, p. 17.

⁵⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011., p. 44.

Acerca do núcleo do pensamento racista dessa época, Gabriel Ignacio Anitua afirma que, apesar da contribuição da religião para o racismo (pois pensava-se que as histórias bíblicas referiam-se apenas aos homens brancos, e que somente estes estariam englobados pelo conceito de humanidade), foram os estudos do campo das ciências biológicas os que mais colaboraram com esse ideário.⁵⁵ Difundiu-se, pois, nesse período, a suposta inferioridade biológica daqueles que não compartilhavam das características da classe dominante, a burguesia.

Foi nesse período que Charles Darwin publicou suas obras, inclusive a intitulada “A descendência do homem”, de 1871, em que apresenta uma “hierarquia de raças” pautada no senso comum dos cidadãos da época.⁵⁶

Outro exemplo do racismo na época é o caso do médico Franz Joseph Gall e seu discípulo Johann Gaspar Spurzheim, que iniciaram os estudos da frenologia e constataram a existência de 27 faculdades nos crânios dos europeus do norte, sugerindo que algumas delas não estariam presentes “nas cabeças de outros membros do sul do continente europeu, das classes trabalhadoras e dos habitantes de outras regiões do mundo”⁵⁷.

Para a frenologia, eram forças físicas – e não intelectuais – que determinavam os atos humanos. Segundo Gall, por exemplo, aqueles que têm tendência à discussão possuíam crânio maior e mais largo em comparação com os covardes.⁵⁸ Gabriel Ignacio Anitua, sintetiza bem a conclusão deixada por essa pesquisa:

(...) A delinquência era determinada biologicamente e por esse motivo os esforços penais deveriam atentar para essas predisposições e não tanto para o fato delitivo em si, que seria uma consequência: deveria deixar-se de atender à doença expressa e agir em relação ao “doente”. Em síntese, Gall sugeria que a legislação penal deveria abandonar toda pretensão de justiça e encaminhar-se para a prevenção de delitos e a proteção da sociedade dos incorrigíveis, que poderiam ser facilmente identificados através dos seus métodos “craniológicos”.⁵⁹

⁵⁵ ANITUA, Gabriel. Op. cit., p. 272.

⁵⁶ Ibid., p. 271.

⁵⁷ Ibid., p. 273.

⁵⁸ Ibid., p. 273.

⁵⁹ Ibid., p. 274.

Nesse mesmo sentido, Paul Broca, sucessor de Gall, aduzia que o crânio dos negros e dos não-europeus era inferior, o que poderia ser verificado por meio de medição, e assimilava-se ao de crianças e mulheres, que em sua concepção tinham saber abaixo dos homens europeus.⁶⁰

Indo além no tema, Mariano Cubí i Soler, outro discípulo de Gall, associou a delinquência não com características físicas do indivíduo, mas sim com as suas predisposições biológicas. Nasceu assim o termo “criminosos natos”, passíveis de reconhecimento pelos frenólogos pois nasciam com “desmedido desenvolvimento da destrutividade, da agressividade ou de alguns destes órgãos, com a parte moral e razão muito defeituosas”⁶¹. Além dele, Cubí observou a presença do “delinquente ocasional” e o “réu por sugestão”, os quais praticariam delitos por outras motivações, como falta de educação.⁶²

Já Joahnn Kaspar Lavater desenvolveu a tese da fisiognomia, que analisava primordialmente os rostos, pois acreditava ver a alma do indivíduo, isto é, seu interior, na aparência.

Lavater citava autores da Antiguidade para justificar que todos os homens, e mesmo as crianças, sempre orientaram sua confiança com base na análise da fisionomia. É assim que esse autor confere caráter “científico” aos preconceitos, singularmente aos preconceitos da burguesia europeia. Tanto é assim que em muitos casos os fisiognomistas não hesitaram em julgar os aspectos morais pela indumentária ou pelo penteado (um exemplo: para Lavater os cabelos lisos e mal presos, especialmente se são duros e de um castanho escuro, eram vulgares, mas eram nobres os de cor amarela dourada ou de um ruivo que tende para o castanho, macios e penteados com graça).⁶³

Esse estudo é criticado por Vera Malaguti Batista, pois a fisiognomia, em suas palavras, solidificaria os preconceitos, alertando, ainda, que a técnica é usada atualmente de maneira cotidiana pelos setores de segurança dentro dos aeroportos.⁶⁴

Por fim, outro exemplo do racismo na época é destacado por Gabriel Ignacio Anitua ao mencionar a obra do conde Joseph de Gobineau, que apontou a existência de uma raça “ariana”. Para o conde, aqueles não pertencentes à tal raça não eram capazes de abandonarem o estado selvagem e não alcançariam, portanto, o estado de civilização.⁶⁵

⁶⁰ Ibid., p. 277.

⁶¹ Ibid., p. 277.

⁶² Ibid., p. 275.

⁶³ Ibid., p. 276.

⁶⁴ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 43

⁶⁵ ANITUA, Gabriel. Op. cit., p. 278.

1.4.2. Um estudo mais detalhado de Cesare Lombroso e seus discípulos

Passando-se por tais teorias, chega-se ao médico militar e legista Cesare Lombroso, tido como o fundador da criminologia por sua obra “O homem delinquente”, o qual acreditava em um determinismo biológico.⁶⁶ Esse determinismo ia de encontro ao pensamento da Escola clássica, que não via o delinquente como diferente ou anormal, mas via o delito como ato praticado em virtude do livre arbítrio.⁶⁷

Para chegar em sua conclusão, Lombroso realizou diversos estudos sobre delinquência em prisões e manicômios do sul da Itália, sendo o primeiro caso exposto pelo médico e do agricultor Villela, um delinquente condenado três vezes pelo cometimento de furto e acusado de causar um incêndio. O cérebro de Villela seria, segundo o estudo do médico, semelhante ao de um feto de cinco meses, e seu cerebelo medial se assemelharia ao de símios.⁶⁸

Sobre o estudo de Lombroso com Villela, Luciano Góes dispõe que

(...) O cérebro de Villela seria o fóssil que Lombroso necessitava e procurava, pois é nele (e a partir dele) eu encontramos a explicação atávica que une importantíssimos conceitos estabelecidos em sua teoria racial: o gene primitivo preservado no desenvolvimento do processo evolutivo e transferido pela herança genética seria a prova científica da inferioridade e desigualdade humana do homem negro que seria um criminoso por natureza, dada sua impulsividade e imprevidência selvagem por influência daquele gene, ou seja, um círculo vicioso natural(izado).

Nestes termos, Lombroso constrói uma teoria de transmissão de determinismo delinencial complexa, uma vez que esta lhe possibilita responder sobre as causas do crime já praticado por um indivíduo ou que ainda será praticado por ele com base em sua ancestralidade, de modo direto, pela hereditariedade ou indiretamente por força do atavismo que lhe permite procurar em toda a árvore genealógica daquele indivíduo motivos para o delito, nem que seja em sua ascendência mais primata.⁶⁹

Conforme elucida Anitua, para Lombroso “estas mostras do atraso evolutivo eram a chave para entender a delinquência como um comportamento anormal, mas totalmente comum no macaco ou no homem pré-histórico”.⁷⁰

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 39.

⁶⁷ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 31.

⁶⁸ GÓES, Luciano. **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 201, p. 96.

⁶⁹ Ibid., p. 100/101.

⁷⁰ ANITUA, Gabriel, p. 304.

O médico italiano acreditava que os negros eram a ligação entre os primatas e o homem branco central e, por conseguinte, uma raça considerada inferior.⁷¹ E, partindo de uma ideia racista, observou que a identificação de um criminoso era tarefa tão simples quanto analisar características distintas em brancos e negros, como seus cabelos, tons de pele e também o formato de seu crânio, algo que já víamos na frenologia de Gall.

E não é só. Como explicita Lombroso, certas estruturas corporais, como ossos ou músculos, também seriam indicativas da existência de uma raça inferior. Veja-se:

O extraordinário desenvolvimento da membrana semilunar do olho e a estrutura da garganta o aproximam muito dos macacos, bem como a sutileza dos músculos da panturrilha; mais ainda a dos músculos (ou dos ossinhos) da coluna vertebral no negro, precisamente como em certos macacos, e de modo mais atrasado do que acontece em nós, cuja coluna aparece toda em linha reta; e o osso da coxa, em vez de ser em forma de uma dupla curva, do tipo S alongado, é bem mais reto; e a pélvis, que é o conjunto dos ossos que formam o nosso quadril, enquanto em nós é quase arredondada como uma bacia, nos negros se alonga na forma de uma cunha.⁷²

Ademais, Lombroso considerava que a delinquência dependia também de fatores climáticos, hereditariedade e comportamentos típicos. Para ele, “no homem branco, a razão decorrente do alto grau de sua civilidade, superaria os instintos primitivos enquanto que no homem negro sua primitividade seria mais forte, não encontrando obstáculos”.⁷³

O médico criou ainda categorias de delinquentes, quais sejam o delinquente moral, o louco, o ocasional e o criminoso por paixão, o que lhe permitiu explicar o porquê da existência de criminosos que possuíam feições finas e o crânio no tamanho considerado por ele como regular, aduzindo que

Para os criminosos de ocasião [e os criminosos por paixão, que, segundo o próprio autor não são degenerados], conformo-me com a esfera das leis comuns e contento-me em reclamar seu alcance a métodos preventivos. Quanto aos criminosos natos e loucos morais, as mudanças propostas por mim não fariam senão aumentar a segurança social, pois reclamo, para eles, uma detenção perpétua.⁷⁴

Com essas categorizações, Lombroso conseguiu enquadrar em categoria diversa aqueles que comporiam a “aristocracia do crime” e praticavam crimes “típicos da burguesia”.⁷⁵

⁷¹ GOES, Luciana. Op. cit., p. 199.

⁷² Ibid., p. 91.

⁷³ Ibid., p. 94.

⁷⁴ LOMBROSO *apud* GOES, Luciano. Op. cit., p. 114.

⁷⁵ Ibid., p. 122.

Por fim, aduzia que a única forma eficaz de prevenção de crimes seria a existência de asilos perpétuos em esses indivíduos deveriam ser colocados antes mesmo de cometer qualquer delito, isto é, de maneira preventiva, posto que as penas “arranhariam senão apenas superficialmente o criminoso que na tentativa de ludibriar os magistrados se revestiam de um falso arrependimento, e não alcançariam o âmago da questão, a própria natureza delinquencial”⁷⁶

Seus estudos e publicações foram grandes contribuidores do que Eugenio Raúl Zaffaroni denominou “*apartheid* criminológico”, cujo objetivo era o de “legitimar o *apartheid* real vivenciado pelos negros e seus descendentes”.⁷⁷

Ainda na Escola Positivista italiana, um discípulo de Lombroso que merece atenção é Enrico Ferri, que acreditava que a pena era meio necessário para defender o “organismo social” contra a periculosidade de alguns indivíduos, pois viria a transformar suas personalidades.⁷⁸

Ferri distinguia as ações humanas como produtos de fatores antropológicos (constituição orgânica, raça e sexo), físicos (o clima e as estações) e sociais (opinião pública, população, educação e religião), e por isso é possível concluir que para o autor a tarefa criminológica dependia de questões não só biológicas como também sociológicas.⁷⁹

Nos ensinamentos de Gabriel Ignacio Anitua,

Ferri propunha, de fato, substituir a categoria “clássica” de responsabilidade moral pela “positiva” de responsabilidade social. O delito não podia imputar-se, segundo ele, a um ato de livre vontade, mas sim a um comportamento individual concreto e “causado”: a reação lógica da sociedade será, mirando o futuro, a de impedi-lo. Essa reação será uma medida de legítima defesa tanto depois de um comportamento delitivo quanto também antes dele, para o qual Ferri proporia os “substitutivos penais” e as “medidas” pré-delituais. Todas elas não teriam somente um valor para a sociedade ao excluir, mas também pretenderiam “incluir”, através do tratamento curativo ou reeducador. Isso dependeria do “tipo” de autor [para Ferri existem cinco categorias de delinquentes, quais sejam nato, louco, habitual, ocasional e passional], e não do fato, e também do tratamento considerado mais idôneo.⁸⁰

⁷⁶ Ibid., p. 116, 120, 121

⁷⁷ Ibid., p. 198.

⁷⁸ ANITUA, Gabriel. Op. cit., p. 311.

⁷⁹ Ibid., p. 312.

⁸⁰ Ibid., p. 313.

Também considerado discípulo de Lombroso, Raffaele Garófalo afirmava que uma sociedade saudável ou não degenerada apresentaria dois sentimentos naturais e básicos: a piedade, que seria lesada por delitos que ferissem a vida ou a saúde; e a justiça, violada quando do cometimento de um crime contra a propriedade.⁸¹

Os delinquentes ou inimigos naturais, para os quais não haveria qualquer medida ressocializadora efetiva, seriam os indivíduos que não possuem tais sentimentos. O autor introduziu o famoso conceito de periculosidade, que se traduzia naqueles que possuem “perversidade constante e ativa”, aduzindo que a pena deveria ser diretamente proporcional à periculosidade do agente.⁸²

Ademais, Garófalo defendia a reparação das vítimas e a pena de morte para os “irrecuperáveis”. Assim, acreditava que estaria privilegiando o direito das vítimas, posto que esta teria seu sofrimento agravado ao ter que manter os apenados encarcerados com seus próprios impostos.⁸³

Em resumo, na criminologia positivista “o objeto desloca-se do delito para o *delinquente*, e a *delinquência* tem causas individuais determinantes, atravessadas pelo conceito de *degenerescência*”⁸⁴, e nele estão contidos diversos motivos para ampliar as penas.⁸⁵ Conforme ensinamento de Zaffaroni,

Com fundamentos ou discursos parcialmente diversos, generalizou-se um estereótipo que se estendeu pelo mundo central a partir de uma perspectiva puramente etiológica, que teve um grande sentido racista e que foi incorporando matrizes *plurifatoriais*, sem nunca questionar a legitimidade mais ou menos natural da seletividade do sistema penal.⁸⁶

O pensamento da criminologia positivista avançou e transbordou os países centrais, chegando na América Latina e, mais especificamente, no Brasil. Nesse sentido, a criminóloga Vera Malaguti Batista afirma que “o positivismo configurou, modelou o poder punitivo e suas racionalidades, programas e tecnologias governamentais na América Latina”.⁸⁷

⁸¹ Ibid., p. 314.

⁸² Ibid., p. 314.

⁸³ ANITUA, Gabriel. Op. cit., p. 315.

⁸⁴ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 45

⁸⁵ Ibid., p. 45.

⁸⁶ ZAFFARONI *apud* BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 46.

⁸⁷ Ibid., p. 47.

1.4.3. A incorporação de Lombroso e da Criminologia Positivista no Brasil

Eugenio Zaffaroni fala um pouco sobre a incorporação da criminologia positivista na América Latina:

O fundador da criminologia argentina, confrontado durante uma de suas viagens à Europa com os habitantes de Cabo Verde, ao mesmo tempo em que afirmava que estes eram “farrapos de carne humana” mais próximos dos antropoides do que do homem, defendia a escravidão como instituição tutelar, submergindo o exercício dos direitos civis ao prévio alcance de um grau suficiente de evolução biológica. (...) No último pós-guerra, uma discussão semelhante teve lugar na Bolívia, a respeito do índio, tentando-se igualmente considerar em “estado perigoso” a maioria dos segmentos populares.⁸⁸

Adentrando especificamente em terras brasileiras, Ana Luiza Pinheiro Flauzina aponta que o racismo sempre teve papel determinante nesta sociedade. A autora afirma, na íntegra, que

No Brasil, país que forja uma imagem de harmonia racial tão descolada da realidade que toma por referência, o racismo sempre foi uma variável de peso. O discurso racista conferiu as bases de sustentação da colonização, da exploração da mão-de-obra dos africanos escravizados, da concentração do poder nas mãos das elites brancas locais no pós-independência, da manutenção de um povo super explorado pelas intransigências do capital. Em suma, o racismo foi o amparo ideológico em que o país se apoiou e se apoia para se fazer viável. Viável, obviamente, nos termos de um pacto social racialmente fundamentado, do qual as elites nunca abriram mão.⁸⁹

Já Gabriel Ignacio Anitua afirma, referindo-se ao período após a abolição da escravatura, que

A questão racial manifestou-se de forma especialmente severa neste país [Brasil] no qual as elites governantes estavam particularmente preocupadas em reprimir uma população móvel e com pouco apego à terra e à fábrica, pois provinha de um modo de produção escravista que não a havia disciplinado para o trabalho capitalista.⁹⁰

Thaís Dumêt Faria afirma que as ideias de Lombroso e seus discípulos chegaram ao Brasil em 1870 e foram “importantes para a formação jurídica nacional e elaboração de leis no final do século XIX”.⁹¹

⁸⁸ ZAFFARONI; Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 42/43.

⁸⁹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 12/13.

⁹⁰ ANITUA, Gabriel. Op. cit., 353.

⁹¹ FARIA, Thaís Dumêt. Oxalá, conhecêssemos Nina Rodrigues! *In*: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coords.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 290.

Um exemplo da incorporação desse modo de pensar aos discursos brasileiros é a obra de Raimundo Nina Rodrigues, tido como fundador da criminologia, medicina legal e antropologia brasileira⁹², a quem Anita atribui o “título” de “o líder dos lombrosianos brasileiros”.⁹³

O texto “As raças humanas e a responsabilidade penal” teve o objetivo de criticar o Código Penal de 1894, pois o mesmo deveria adequar a legislação ante “a existência de raças humanas em estágios diferenciados de desenvolvimento”.⁹⁴ Lilia Schwarcz esclarece:

O alvo, explícito, a partir de então, é o código penal brasileiro que teria tomado (seja no novo código da República, seja no antigo código do Império) o pressuposto espiritualista do livre-arbítrio como critério de responsabilidade penal. Diz eleque, seguindo tal procedimento, estariam os juristas apenas copiando modelos dos “povos civilizados à europeia” e não atentando para as especificidades locais.⁹⁵

Nina Rodrigues sugeria que os acusados de delito deveriam passar por avaliação antropométrica e psiquiátrica para que se pudesse escolher a melhor opção de tratamento penal para aquele indivíduo.

“Para Nina, o destino dos índios era a extinção, em virtude de sua incapacidade de assimilar a cultura “civilizada”. E os negros, por sua vez, poderiam “evoluir”, mas deveriam ser cuidados de forma especial, respeitando sua inferioridade”.⁹⁶ Então, de acordo com Zaffaroni, Nina Rodrigues “classificava a maior parte da população brasileira como em “estado perigoso”.⁹⁷

Segue trecho de Thaís Dumê Faria, ressaltando o entendimento do autor sobre livre arbítrio e a solução por ele oferecida:

Nina afirmava que o livre arbítrio era apenas uma “ilusão de liberdade”, porque todas as escolhas eram feitas de forma viciada pela “natureza” humana. Não havia escolha efetivamente livre. Nina ressaltou que, se fôssemos utilizar os critérios da evolução das raças e da inferioridade de outras para definirmos a responsabilidade penal, quase todos os criminosos seriam considerados inimputáveis. Dessa forma, propôs sacrificar o princípio do livre arbítrio para não prejudicar a proteção social e fomentar a inimputabilidade, dando a solução de que no Brasil se constitua um Direito Penal

⁹² BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 47.

⁹³ ANITUA, Gabriel. Op. cit., 353.

⁹⁴ FARIA, Thaís Dumê. Op. cit., p.305.

⁹⁵ SCHWARCZ *apud* FARIA, Thaís Dumê. Op. cit., p. 306.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 319.

⁹⁷ ZAFFARONI; Eugenio Raul. Op. cit., p. 43.

específico para cada grupo racial, oferecendo a cada realidade social as punições adequadas.⁹⁸

Para o médico, portanto, por serem os negros bio-sociologicamente desiguais, mereciam tratamento penal diferenciado – seguindo a lógica da concessão de tratamento desigual aos desiguais –, motivo pelo qual criticava a igualdade formal adotada pela Constituição de 1890 e defendia, ao fim e ao cabo, a existência de Códigos Penais distintos.⁹⁹

O posicionamento adotado por Nina Rodrigues, nas lições de Luciano Góes,

(...) Engendra uma dupla garantia: a do controle racial dos negros pela criminalização (atravessada pelo prognóstico periculosista-cautelar), e a da segurança e defesa da sociedade branca, sob outro prisma, a hegemonia do poder e dominação branca em detrimento da liberdade negra. Desse modo, a teoria de Nina Rodrigues se caracterizou como discurso conciliador entre a prática das violências contra os negros e a teoria que pretendia mascarar nosso racismo, garantindo a manutenção da ordem racial brasileira.¹⁰⁰

É possível dizer, então, que Nina Rodrigues

(...) Potencializou e funcionalizou o paradigma racial-etiológico colocando-o em consonância com a prática de um sistema punitivista alicerçado sobre o racismo, reforçando ambos, a prática pela legitimação científica e o racismo pela prática discriminante, um círculo racista perfeito, portanto, contribuindo para a manutenção daquela ordem já extinta teoricamente, que já não devia ser declarada, pois a política de controle racial-social adotada era a assimilação dos negros e seus descendentes que, motivada pelo medo branco, pressupunha a não nomeação do racismo, o que significou seu silenciamento por sua redefinição a partir da abolição da escravatura.¹⁰¹

Pelo exposto, é possível afirmar que, à época, os negros eram percebidos como cidadãos apenas perante o Direito Penal. A contribuição da Criminologia Positivista foi a de “fornecer a base “científica” para a desigualdade e criminalização negra, mantendo a subjugação, os açoites e o genocídio, mesmo após a “liberdade” que acorrenta o negro com novos grilhões, sempre forjados pelo racismo”.¹⁰²

O discurso lombrosiano e o positivismo foram tão bem incorporados ao país que Vera Malaguti Batista constata sua presença ainda nos dias de hoje. Veja-se

⁹⁸ Ibid., p. 312/313.

⁹⁹ GOES, Luciano. Op. cit., p. 209/207.

¹⁰⁰ Ibid., p. 229.

¹⁰¹ Ibid., p. 228.

¹⁰² Ibid., p. 197/198.

Os laudos, pareceres, sentenças e diagnósticos permanecem impregnados de lombrosianismo e de darwinismo social, reproduzindo representações da juventude pobre como suja, imoral, vadia e perigosa. A presença assustadora de metáforas biológicas nos discursos das equipes técnicas corrobora a renovação dos preconceitos sobre os jovens, seu trabalho, suas famílias, seus locais de moradia.¹⁰³

Na lição da criminóloga, o positivismo “funcionou, e funciona, como um grande catalisador da violência e da desigualdade características do processo de incorporação da nossa margem ao capitalismo central”.¹⁰⁴

¹⁰³ BATISTA, Vera Malaguti. História sem fim. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 158.

¹⁰⁴ Ibid., p. 48.

CAPÍTULO 2: CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE SELETIVIDADE PENAL

Como explicitado anteriormente, construiu-se o estereótipo do negro como criminoso para atender aos interesses da elite brasileira recém-saída do período escravocrata, estereótipo este que teve como base as ideias da escola criminológica positivista, encabeçada por Cesare Lombroso.

Necessário estudar, agora, a estrutura do sistema penal brasileiro, como ele age para selecionar determinados indivíduos e quem são essas pessoas.

2.1. Os filtros de seletividade penal

2.1.1. Apontamentos teóricos sobre o tema

Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista entendem que

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Essa seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências*¹⁰⁵ que formam o chamado *sistema penal*.¹⁰⁶

Com isso, os autores pretendem demonstrar que invariavelmente há um processo de seleção daqueles que serão julgados e punidos, seja em razão da edição de uma lei ou da discricionariedade com que pode agir o agente policial, por exemplo. Ressalte-se desde logo que para Zaffaroni “o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sobre as agências, de acordo com os autores, na íntegra: “Na análise de cada sistema penal devem ser consideradas as seguinte agências: a) as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as *judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); c) as *policiais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); d) as *penitenciárias* (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); e) as de *comunicação social* (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de *reprodução ideológica* (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e g) as *internacionais* (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios.” ZAFFARONI; Eugenio Raul. Op. cit., p. 60/61.

¹⁰⁶ Ibid., p. 43.

¹⁰⁷ Ibid., p. 147.

Acerca do tema, cabe destacar em um primeiro momento que essa seletividade pode ser observada por dois vieses distintos de discricionariedade, quais sejam o quantitativo e o qualitativo. Ana Luiza Pinheiro Flauzina, ao analisar a seletividade por seu aspecto quantitativo, afirma a existência de cifra oculta e a tendência de imunização dos delitos cometidos por grupos hegemônicos. A autora explica que

(...) Os delitos cometidos pelos indivíduos dos grupos hegemônicos têm uma tendência a serem imunizados, em oposição aos praticados pelos segmentos vulneráveis, que são facilmente atingidos pelo sistema penal. Em decorrência disso, as estatísticas criminais ensejam interpretações distorcidas, indicando que a criminalidade é predominante entre os segmentos marginalizados, em razão de fatores sociais, tais como a pobreza, por exemplo. As pesquisas de autodenúncia e vitimização, entretanto, revelaram que a “criminalidade não é o comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (...), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.”

Além disso, constatou-se que há uma distância abissal (denominada cifra oculta) entre a criminalidade real e a efetivamente registrada em termos oficiais. O número de casos que do acontecimento do fato delituoso à formalização efetiva da denúncia – que passa pelo crivo da Polícia e do Ministério Público, além da instância judiciária – é efetivamente levado a cabo, é muito reduzido. A criminalidade vai mesmo se perdendo nas malhas seletivas do sistema, restando apenas uma ínfima parcela de práticas relacionadas em sua maior parte à clientela preferencial do aparato penal.¹⁰⁸

Os dados obtidos a partir do encarceramento não podem, por isso, serem considerados como representativos da criminalidade real. Em outras palavras, olhar para o perfil dos encarcerados não é desvendar quais as características daqueles que cometem crimes, e sim os indivíduos que são criminalizados em nosso sistema penal.¹⁰⁹

A conclusão, portanto, é a de que “trata-se de uma estrutura vocacionada para atingir os crimes relacionados aos setores socialmente mais vulneráveis”, onde a regra de funcionamento do sistema não é a criminalização, mas sim a impunidade.¹¹⁰

No que tange ao nível qualitativo de discricionariedade, Ana Luiza Pinheiro Flauzina assevera que “as atribuições do sistema penal se relacionam mais concretamente ao controle e perseguição de determinados indivíduos do que com a contenção das práticas delituosas”¹¹¹.

¹⁰⁸ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 23.

¹⁰⁹ Ibid., p. 24.

¹¹⁰ Ibid., p. 24.

¹¹¹ Ibid., p. 25.

Para a autora, a discricionariedade qualitativa está intimamente ligada à forma de criminalização¹¹², que, segundo entendimento de Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, subdivide-se em dois momentos distintos que funcionam como filtros de seletividade penal, denominados criminalização primária e criminalização secundária.¹¹³

A criminalização primária consiste na criação de leis penais que incriminam e punem determinados indivíduos e que são formuladas pelas agências políticas. Um exemplo de ação das agências políticas e que demonstra a seletividade do sistema penal são as penas impostas aos crimes “típicos” das classes mais vulneráveis, as quais são demasiadamente altas em comparação com as dos crimes típicos da elite, como os crimes de colarinho branco.¹¹⁴

Isto é, cada Estado tem o poder de decidir quais as condutas que deseja criminalizar, o que já afasta determinadas condutas dos olhares das agências de criminalização secundária. No caso da criminalização das drogas, em especial da *cannabis*, por exemplo, é possível observar que apesar do movimento mundial do proibicionismo, atualmente alguns países já optaram por legalizá-la e conseqüentemente retirar essa conduta do rol de atos ilícitos, como é o caso do Uruguai.

Por outro lado, a criminalização secundária é a ação concreta das agências formais de controle sobre um indivíduo específico. A ação das agências de criminalização secundárias, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista,

(...) Acontece 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 aquelas 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 e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).¹¹⁵

¹¹² Ibid., p. 25.

¹¹³ ZAFFARONI; Eugenio Raul; et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

¹¹⁴ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 25.

¹¹⁵ ZAFFARONI; Eugenio Raul; et al. Op. cit., p. 43.

Entretanto, apenas uma pequena parcela das condutas proibidas pelo Estado é rechaçada, pois as agências operam com capacidade limitada. Diante desse quadro, não há, para os autores, outra alternativa que não o agir com seletividade.

(...) A muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados. Isto corresponde ao fato de que as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou seleção. Como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção. Este poder corresponde fundamentalmente às agências policiais.¹¹⁶

Conforme entendimento dos professores, a seletividade opera em “fatos grosseiros” e também contra aqueles indivíduos “desvalorados”, os quais encaixam-se no estereótipo de delinquentes. Ainda, afirmam que é este último o principal critério utilizado pelas agências de criminalização secundária, explicação para a uniformidade estética da população penitenciária. Ressalte-se que a aparência dos apenados foi considerada pela Escola Positiva, como previamente estudado, como causa do delito, quando, em verdade, é “causa de criminalização”.¹¹⁷

Salo de Carvalho vai além ao afirmar que

Os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes de persecução, sobretudo das polícias, como direcionam o raciocínio judicial na eleição das inúmeras variáveis existentes entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção.¹¹⁸

Indo além no tema, e falando especialmente do Rio de Janeiro, Vera Malaguti Batista aduz que

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. A mídia, a opinião pública destacam o seu cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes e estão por toda parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeito ou trégua, são

¹¹⁶ Ibid., p. 44/45.

¹¹⁷ Ibid., p. 46.

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 122.

os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados.¹¹⁹

Cabe ressaltar, como trazido também no trecho acima transcrito, que as agências policiais não atuam de maneira independente, mas são condicionadas ao poder das agências de comunicação e políticas, as quais determinam, conforme seus interesses, a quem a criminalização secundária deve atingir. Observe-se, na íntegra, o entendimento de Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista:

De qualquer maneira, as agências policiais não selecionam segundo seu critério exclusivo, mas sua atividade neste sentido é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas etc. A seleção secundária provém de circunstâncias conjunturais variáveis. A empresa criminalizante é sempre orientada pelos *empresários morais*, que participam das duas etapas de criminalização; sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam. Em razão da escassíssima capacidade operacional das agências executivas, a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção, motivo por que os empresários morais sempre dispõe de material para seus empreendimentos. O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias etc. Em qualquer um dos casos, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões, dos meninos de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes retire a centralidade comunicativa.¹²⁰

Para os professores, então, é a mídia a grande responsável por repassar ao cidadão a ideia de que os presídios estão lotados por homicidas e estupradores, enquanto em realidade o grande contingente de encarcerados cometeram crimes contra o patrimônio e de tráfico de drogas, em geral de pequena quantidade¹²¹, como melhor será discutido em tópico superveniente. Ainda discorrendo sobre mídia:

A capacidade reprodutora de violência dos meios de comunicação é enorme: na necessidade de uma criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, por conseguinte, os que assumem o papel correspondente ao estereótipo ajustem a sua conduta a esses papéis.¹²²

¹¹⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹²⁰ ZAFFARONI; Eugenio Raul; et al. Op. cit., p. 45.

¹²¹ Ibid., p. 46.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit., p. 131.

Em síntese, a seletividade é estrutural e age como um filtro¹²³ que atinge majoritariamente aqueles que são mais vulneráveis, seja em razão de suas características físicas, do seu nível de educação (pois, de acordo com os autores, um indivíduo utiliza os recursos dados em seu “adestramento”¹²⁴) e do processo de etiquetagem (isto é, quando o agente comporta-se conforme o esperado por aqueles que detém suas características).¹²⁵

Ana Luiza Pinheiro Flauzina arremata o assunto ao afirmar que

Podemos, então, finalmente, enxergar além da carapuça de um sistema que tem se mantido de pé por meio de um discurso de igualdade da lei, da segurança jurídica e de tantas outras artimanhas elaboradas para o seu triunfo. Porém, assim, despido de qualquer véu, mais do que todos os fracassos evidentes nas suas promessas, o que nos toca é a concretização do que nunca fora anunciado. **Ao final, o que ficou definitivamente explicitado é que a alardeada “falência do sistema penal” é, em verdade, *slogan* de mais uma manobra. O sistema penal funciona e funciona bem. Funciona para os fins para os quais foi sempre dirigido: manter as pessoas onde estão.**¹²⁶ (grifei)

2.1.2. Sobre a seletividade penal na América Latina

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que “nossos fenômenos não são análogos aos [dos países] centrais, mas, sim, deles derivados e, por conseguinte, apresentam uma particularidade diferencial que é impossível apreender com as categorias do saber central”.¹²⁷

Para o autor, por exemplo, nosso capitalismo não pode ser entendido como superação da escravidão, pois “todos esses momentos, que nos foram marcados pelo poder central planetário e não por uma dinâmica independente, responderam a necessidades do poder central em suas diferentes etapas e nos foram impostos com um certo discurso ou “saber””.¹²⁸ Portanto, “nossa região marginal tem uma dinâmica que está condicionada por sua dependência e nosso controle social está a ela ligado”.¹²⁹

¹²³ Ibid., p. 49.

¹²⁴ Para os autores, *in verbis*, “na sociedade há um *adestramento diferencial*, de acordo com o grupo de pertencimento, o qual desenvolve habilidades diferentes, segundo a respectiva camada e posição social (classe, profissão, nacionalidade, origem étnica, local de moradia, escolaridade, etc.)” ZAFARONI, Eugenio Raul.; et al. Op. cit., p. 48.

¹²⁵ Ibid., p. 48.

¹²⁶ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 27.

¹²⁷ ZAFARONI, Eugenio Raul. Op. cit., p. 65.

¹²⁸ Ibid., p. 66.

¹²⁹ Ibid., p. 66.

Zaffaroni entende que “a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento”¹³⁰, que recai sobre as camadas mais vulneráveis da população, especialmente sobre aqueles que residem em favelas.¹³¹

Vera Maluguti Batista acrescenta, ainda, que:

Nessas condições, as prisões (ou pequenas instituições de sequestro) na América Latina não têm as mesmas funções das prisões do Centro. Aqui o modelo ideológico do panótipo de Bentham é substituído pelas teorias de inferioridade biológica de Cesare Lombroso. A prisão dos países periféricos é uma instituição de sequestro menor, dentro de outra muito maior, um *apartheid* criminológico natural. Em nossa região o sistema penal adquire características genocidas de contenção, diferentes das características “disciplinadoras” dos países centrais.¹³²

Entendendo, como já previamente observado neste trabalho, que a maior parte da população moradora de comunidades é negra, trazemos a visão de Ana Luiza Pinheiro Flauzina, a qual afirma que, na América Latina, “o racismo é o fundamento que justifica a existência de sistemas penais de caráter genocida”.¹³³

Assim, conclui-se que

O racismo está, portanto, nas bases de sustentação do processo histórico latino-americano. Dentro de uma percepção que coloca negros e indígenas como a barreira a nos separar da civilização, a partir de uma concepção que compreende os traços civilizacionais inscritos nos padrões europeus, nada mais natural do que investir todos os esforços com vistas a remover os segmentos que maculam a potencialidade da região. Assim, se desenha todo um quadro simbólico refratário ao reconhecimento da existência desses agrupamentos, formatando-se a prerrogativa necessária para que os empreendimentos genocidas pudessem ser levados a cabo. A conformação de um imaginário social que investe nitidamente para a eliminação de determinado contingente humano tende a ser materializado por práticas efetivas de extermínio.¹³⁴

Constata-se que colonização portuguesa, o extermínio da população indígena e o período escravocrata, bem como o mito da democracia racial, isto é, a tentativa de ocultação do racismo ocorrida no território brasileiro, não são apenas histórias do passado, posto que influenciam o funcionamento de nosso sistema penal até hoje.¹³⁵

2.2. A seletividade do sistema penal brasileiro em funcionamento

¹³⁰ Ibid., p. 123.

¹³¹ Ibid., p. 125.

¹³² BATISTIA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 55.

¹³³ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 30.

¹³⁴ Ibid., p. 32.

¹³⁵ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 33.

Em sua obra, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni conferem especial atenção às agências policiais, por entenderem que é a polícia o primeiro grande filtro da criminalização secundária. Nas palavras dos ilustres mestres, “a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo”¹³⁶. Isto significa dizer que o judiciário pode agir de maneira efetiva, mas somente após a primeira grande “peneira” pertencente às autoridades policiais.

Discorrendo especificamente sobre guerra às drogas, o magistrado Luís Carlos Valois aponta a discricionariedade policial ao afirmar que drogas são consumidas e traficadas também pela elite. Nas palavras do autor:

(...) A criminalização das drogas favorece a escolha de quem deve ser perseguido por quem detém o poder ou, na prática da rua, por quem possui o distintivo naquela ocasião. Uma discricionariedade que chega às raias da arbitrariedade, mas com essa não se confunde, porque sabemos que as drogas são consumidas no alto escalão da camada social, como também são traficadas, e os lucros resultados do seu comércio são usufruídos principalmente pela elite, embora o sistema penitenciário fale por si só: lotado de pobres e miseráveis.¹³⁷

E, ao menos no Rio de Janeiro, essa realidade é conhecida: em praias e festas na zona sul, bem como em outras áreas nobres da cidade, consomem-se drogas livremente sem qualquer tipo de repressão. Por essa razão, a professora Luciana Boiteux, ao falar sobre seletividade, destaca que

A seletividade significa não só você ter pessoas que já estão vistas como predispostas a delinquir ou que já tem representatividade física de alguém que seja considerado perigoso, como também nós temos o outro lado da seletividade que é a imunidade de pessoas que, ainda que estejam praticando condutas, não são vistas como criminosas, como perigosas e, portanto, gozam quase de imunidade e isso depende muito do CEP de onde a pessoa mora, mas também depende da cor da pele.¹³⁸

Luís Carlos Valois percebe, e por isso nesse tópico focou sua pesquisa, que, em se tratando de drogas, o momento de seletividade penal mais importante e decisivo (na criminalização secundária) é o da prisão em flagrante e do inquérito policial. Isso porque o filtro seguinte de seletividade é o do judiciário, e o autor verifica que o quadro não se modifica muito, o que, em sua visão, ocorre por três razões principais: o fato de o inquérito policial ser trabalho exclusivo da polícia, pelos policiais responsáveis pelo flagrante serem as únicas ou as principais

¹³⁶ ZAFFAFORI, Eugenio Raul; et al. Op. cit., p. 51.

¹³⁷ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 330.

¹³⁸ BOITEUX, Luciana. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 15 out. 2019.

testemunhas das ações penais e também pelo medo que o estado de guerra e a mídia ocasionam nos magistrados.¹³⁹

Em seu estudo, o magistrado destaca que, individualmente, a maconha foi a droga mais apreendida, totalizando 26,8% dos casos registrados. Se combinada com outras substâncias, porém, o percentual de ocorrência ultrapassa o dobro, atingindo 55,6% dos casos analisados. É digno de nota que as drogas não foram apreendidas em procedimento prévio e planejado pelas agências policiais, mas são fruto de detenções em locais considerados como “regiões do tráfico”.¹⁴⁰

O magistrado destaca que o peso conferido à palavra dos policiais é enorme, a ponto de diferentes estudos apontarem que entre 85,5% e 91% dos réus são condenados com prova quase que exclusiva na palavra da polícia. Na outra ponta, e para reforçar a ideia de que o filtro seletivo aplicado pela agência policial é extremamente relevante, um trabalho realizado nos tribunais estaduais e federais do Rio de Janeiro e do Distrito Federal mostrou que o índice de absolvição é de apenas 1,6%.¹⁴¹

Em relação ao baixo número de absolvições, Luís Carlos Valois relembra que “há raras situações nas quais os policiais não lembram do fato, não puderam ser intimados ou por algum outro motivo não compareceram a audiência”, bem como que essas audiências consistem basicamente na repetição do depoimento e interrogatório previamente colhido em fase de inquérito, inclusive porque muitos acabam relendo, momentos antes da oitiva, o que disseram anteriormente.¹⁴²

Sobre a presença de policiais como as únicas testemunhas das ações penais, conclui-se que em São Paulo o percentual gira em torno de 96%, enquanto no Rio de Janeiro é de aproximadamente 72%.¹⁴³ A pesquisa do NEV de São Paulo, realizada em 2011, concluiu em seu estudo que em 74% dos casos eram testemunhas do caso apenas os policiais responsáveis pelo flagrante, enquanto os outros 26% contavam com testemunhas civis, que eram

¹³⁹ VALOIS, Luis Carlos. Op. cit., p. 331.

¹⁴⁰ Ibid., p. 489.

¹⁴¹ Ibid., p. 461/462.

¹⁴² Ibid., p. 463/464.

¹⁴³ Ibid., p. 493

principalmente as pessoas que estariam comprando a droga e as que passavam próximo ao lugar da ocorrência.¹⁴⁴

Merece destaque a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a qual aduz, *in verbis*, que “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.¹⁴⁵ Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigart afirmam a referida súmula

Pressupõe, no plano político (e político-criminal), uma situação de efetividade democrática, na qual as agências repressivas observam rigidamente os limites constitucionais de atuação. Por outro lado, no plano jurídico (processual penal), pressupõe (a) absoluta ausência ou a impossibilidade de outras provas e (b) a coerência dos relatos dos agentes públicos (policiais).¹⁴⁶

Discorrendo sobre o caso de Rafael Braga, indiciado e condenado por tráfico de drogas e associação para o tráfico, os autores demonstram que o testemunho dos policiais não pode ser tomado como prova irrefutável. Isto porque a atuação da Polícia Militar do Rio de Janeiro não está, como diz o trecho destacado, dentro dos limites constitucionais de atuação. Ressalte-se que a polícia militar fluminense foi responsável por um a cada seis assassinatos no estado no ano de 2016 e foi descoberto que agentes do 7º Batalhão da Polícia Militar agiam em conluio com traficantes para satisfazer suas metas de prisão e apreensão, realizando abordagens que acabavam por indiciar usuários ou até mesmo inocentes.¹⁴⁷

Acerca do testemunho policial, Luís Carlos Valois ainda acrescenta que

O mito de que policiais não mentem e são “presumidamente idôneos por exercerem função pública de relevante interesse social” tem sido desfeita pela realidade e pelo clima hostil da guerra às drogas.

Em um ambiente desse tipo quem está na linha de frente da batalha dificilmente terá a isenção necessária para ser a testemunha que a jurisprudência tem exaltado. Formado, treinado e agindo em constante tensão, tendo o tráfico de drogas como *bode*

¹⁴⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de. **Prisão provisória e lei de drogas. Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Disponível em <<http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Sumula n. 70**. Disponível em <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁴⁶ CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. “Making a drug dealer”: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. *In*: DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc; SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano (Orgs). **Seletividade do Sistema Penal: o caso Rafael Braga**. Rio de Janeiro: Revan, 2018 p. 278.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 256/257.

expiatório de diversos males sociais, o policial não tem a imparcialidade pretendida pela racionalização da interpretação do STF, seguida no resto do país.¹⁴⁸

Ademais, relembram os criminólogos Salo de Carvalho e Mariana Weigart que

Não é irrelevante lembrar que *os policiais, como agentes da lei que realizaram a abordagem e a prisão em flagrante, têm, inegavelmente, interesse em manter válida a sua narrativa*, sob pena, inclusive, de estarem vulneráveis aos procedimentos investigatórios de eventuais irregularidades nos campos administrativo e criminal. A questão é relevante e, por si só, problematizaria, de forma contundente, a absolutização da Súmula 70 do TJERJ.¹⁴⁹

Em conclusão, os autores afirmam que além de não haver atuação da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro segundo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, existiam pontos controversos nos testemunhos dos policiais e havia prova testemunhal com versão diversa à relatada pelos agentes. Ante a isso, entendem os criminólogos que havia fragilidade probatória, motivo pelo qual deveria incidir o princípio do *in dubio pro reo*.¹⁵⁰

Ora, se assim foi em um caso com tanta visibilidade quanto o de Rafael Braga, indaga-se o que não ocorre nos 72% de casos do estado em que os policiais são as únicas testemunhas, ou seja, quantas pessoas não estão sendo injustamente encarceradas com sentenças apoiadas na Súmula 70 do TJ/RJ.

Após a prisão em flagrante, o indivíduo é levado à delegacia, tendo o delegado o dever de ratificar a prisão somente se houver “fundada suspeita contra o conduzido”, conforme explicita o artigo 304, §1º do Código de Processo Penal. O autor destaca, porém, que, além do delegado não avaliar muitos elementos para além dos trazidos pelos policiais responsáveis pelo flagrante e, por conseguinte, não fundamentar como preleciona a legislação, muitas vezes não está nem presente na delegacia para lavrar o auto de prisão em flagrante, instruindo terceiros por meio telefônico.¹⁵¹

¹⁴⁸ VALOIS, Luís Carlos. Op. Cit., p. 497.

¹⁴⁹ CARVALHO, Salo; WEIGART, Mariana. Op. Cit., p. 265.

¹⁵⁰ Ibid, p. 278/279.

¹⁵¹ Ibid., p. 505/506

A partir da pesquisa, verificou-se que em 90,4% dos procedimentos “não havia manifestação da autoridade policial ou apenas se imprimia um *ratifico* à prisão efetuada”.¹⁵² Para Valois, a lavratura de autos de prisão em flagrante nesses moldes fere inclusive o direito de ampla defesa dos indivíduos, visto que eles não poderão atacar os motivos expostos pela autoridade quando da abertura do contraditório.¹⁵³

E não é só. A pesquisa também colacionou os argumentos utilizados pelos responsáveis pelo flagrante no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, quais sejam o patrulhamento de rotina (67%), atitude suspeita (55,2%), ser o local ponto de tráfico (13,6%), denúncia anônima (26,4%), abordagem/blitz (15,6%) e após investigação (6,4%). Destaque-se que o autor afirma que mesmo nos casos em que se relata haver investigação prévia, nada consta nada nos autos sobre o assunto.¹⁵⁴

Luís Carlos Valois alerta, por isso, que

(...) A atividade de polícia judiciária não pode se confundir com a ação repressiva da polícia militar, como tem acontecido. Se a polícia militar ou a polícia civil têm agido na repressão ao tráfico de drogas, a ação de colheita de provas não pode ser viciada pelo intento repressivo. Em outras palavras, a polícia judiciária na sua atividade de colheita de provas deve estar subordinada aos mesmos princípios de todos os participantes da relação processual, ou seja, deve estar vinculada à necessidade de busca da verdade, não podendo deixar a repressão de que está imbuída prejudicar a imparcialidade necessária.¹⁵⁵

Por último, afirma que a realidade dos policiais de rua torna-os testemunhas ainda mais frágeis, visto que, além de serem humanos e, conseqüentemente, falhos, presenciam diversas ocorrências criminosas todos os dias.

Conclui-se, portanto, que, de acordo com o estudo do autor, a peneira criminalizante secundária feita pelas agências policiais é de suma importância para compreender a realidade da guerra às drogas brasileira, pois todo o processo – da rua ao cárcere – é pautado pelo testemunho dos policiais que realizaram o flagrante. Nas palavras do magistrado

O sistema penal, desde a atividade da polícia na rua até a execução da pena, parece um verdadeiro teatro de improviso, com *script*, porque há lei regendo todas as atividades, mas um *script* cada vez mais ignorado. Detenções e condenações vão se

¹⁵² Ibid., p. 509.

¹⁵³ Ibid., p. 509.

¹⁵⁴ Ibid., p. 511.

¹⁵⁵ Ibid., p. 516.

forjando como que naturalmente, ao embalo da opinião pública, legitimadas simplesmente por ela, a opinião pública, com a qual tudo é possível.¹⁵⁶

2.2.1. O fácil encarceramento pelo crime de tráfico de drogas

É fácil falar em criminalização decorrente da suposta prática de crimes previstos na atual Lei de Drogas brasileira, a Lei de nº 11.343/06. Isso porque o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da referida lei, possui 18 tipos objetivos, isto é, 18 verbos que podem levar um indivíduo a ficar recluso por até 15 anos.¹⁵⁷

Os tipos objetivos do art. 28 da mesma lei, referente ao uso pessoal, estão todos repetidos no artigo sobre o crime de tráfico, o que permite que o agente policial entenda, na ocasião do flagrante, por enquadrar o agente em um ou outro tipo penal. Comparemos o *caput* dos dois artigos:

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

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.¹⁵⁸ (grifos nossos)

Segundo o juiz Luís Carlos Valois, a existência de alguns tipos penais na norma de tráfico acarreta inversão do ônus da prova, visto que no fim a pessoa acusada é que deverá provar que não possuía a intenção de comercializar a droga que portava no momento do flagrante. O autor explica melhor ao dizer que

As condutas *trazer consigo* e *ter em depósito* drogas entre as que tipificam o crime de tráfico é revelador do interesse do Estado em tornar o poder punitivo cada vez mais discricionário, e a desnecessidade de comprovação de dolo de comércio por parte da jurisprudência torna a posse de uma substância o aval para que o judiciário decida se o possuidor pensava, especulava ou tentava com ela praticar uma atividade de comércio. A presunção de tráfico de drogas por parte da polícia, com a chancela do Ministério Público e do judiciário, ocasiona uma verdadeira inversão do ônus da prova.

Possuir algo que não foi roubado ou furtado não equivale ao crime de roubo ou furto, mas assim foi estabelecido para os crimes relacionados às drogas justamente para

¹⁵⁶ Ibid., p. 506.

¹⁵⁷ Ibid., p. 424.

¹⁵⁸ **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 12 jul. 2019.

facilitar a punição de quem se aproxima das substâncias tidas como ilícitas. A hipocrisia do legislador é tão grande, e a posse tanto é um verbo auxiliar na política de drogas e de encarceramento que se o legislador a entendesse como verdadeiro crime bastaria as condutas *possuir* ou *trazer consigo* para que fossem desnecessárias muitas outras, como preparar, produzir, transportar, guardar, fornecer, etc., vez que em todas elas o *possuir* ou *trazer consigo* estão implícitos.¹⁵⁹

Ademais, o magistrado alerta que, não obstante o fácil encarceramento, pelos motivos já expostos, há uma desproporcionalidade das penas de tráfico de drogas comparada a delitos presentes no Código Penal Brasileiro, como aqueles típicos da elite. O tráfico transnacional de drogas, por exemplo, possui pena máxima em 25 anos, enquanto o homicídio simples (art. 121, CP) tem pena máxima de 20 anos e ao estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) sanciona-se pena de no máximo 15 anos.¹⁶⁰

Para tentar explicar o fato, o autor traz à tona o excesso de leis e a dificuldade de cumprir com toda a agenda e reprimir a todos eles (a dificuldade de cumprir com aquilo que é determinado pela criminalização primária, como visto em momento anterior), afirmando que o tráfico de drogas se sobressai e causa sensação de impunidade. O autor afirma que enquanto as penas desse delito aumentam (vale mencionar que o crime de tráfico ainda é equiparado a hediondo, perdendo, por força do art. 5º, XLIII, CF, o direito à fiança, graça e anistia¹⁶¹), continua o uso ilegal de drogas em toda a sociedade¹⁶², arrematando que

O *apatheid* social se reflete e se reproduz por intermédio da guerra às drogas. Uma lei inviável, mas que pode ser aplicada a qualquer um, tende a refletir e ser usada como mecanismo de controle social e, muitas vezes, nem controle, mas tão somente como uma espécie de rancoroso desprezo social.¹⁶³

Nesse mesmo sentido, também falando da política de drogas como instrumento de controle social, vale ressaltar a fala da ilustre professora Luciana Boiteux, na qual aduz que

O Brasil aplica essa política de drogas, e até foi pioneiro na criminalização do “pito de pango”, por ser um ótimo mecanismo de controle social e repressão das classes subalternas, das classes baixas, e a política de drogas historicamente é pensada com essa finalidade. Então (...) esse tipo de crime, tráfico de drogas, é o ideal pra isso porque se criminaliza um comércio e um consumo, ou seja, é o que ocorre naturalmente só que você transforma isso num crime. Quando você transforma isso num crime isso vira uma grande rede ampliada que você vai jogar e vai facilmente

¹⁵⁹ VALOIS, Luis Carlos. Op. cit., p. 426/427.

¹⁶⁰ Ibid., p. 431.

¹⁶¹ Ibid., p. 442.

¹⁶² Ibid., p. 433.

¹⁶³ Ibid., p. 434.

poder pegar aqueles mais vulnerabilizados, aquelas pessoas que têm menos capacidade de resistência institucional ao sistema.¹⁶⁴

A professora explica, ainda, que em pesquisa realizada tanto no Rio de Janeiro quanto em Brasília, cujo método era o de leitura das sentenças condenatórias por tráfico de drogas, observou-se que os indivíduos encarcerados pelo referido delito são, em sua maioria, jovens, pobres, com baixa instrução, presos em flagrante com pequenas quantidades, desarmados, réus primários e sem papel relevante na estrutura do tráfico, o que a levou a acreditar que muitos desses jovens seriam inclusive meros usuários.¹⁶⁵

E esse perfil repete-se em diversas pesquisas. O magistrado Marcelo Semer, em sua tese de doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, analisou 800 sentenças de tráfico de drogas em oito estados brasileiros no período de tempo compreendido entre o segundo semestre de 2013 e o primeiro de 2015. Eis, na íntegra, o resultado da pesquisa, pelo próprio autor:

O primeiro dado situa quem são os “traficantes”, os réus destes processos: pelo menos dois terços deles são pobres (número que só não é maior pela falta de dados em muitas sentenças); 80% são primários. Em pouco mais de 70% dos processos, há apenas um réu envolvido (a média geral é de 1,52 acusados por processo, ou seja, nem chega a dois). Menos de 10% das pessoas presas foram encontradas com armas de fogo. As apreensões de dinheiro, quando existem, são em regra pouco expressivas: a média não passa de R\$ 266,00, sendo que 67% das apreensões se dá com menos de 10% do salário mínimo.

Como se prende é outro dado significativo: cerca de 89% dos processos se iniciam com a prisão em flagrante – em 70% deles, pelos policiais militares. Pouco mais de 10% dos casos se iniciaram com investigações prévias, que levaram, por exemplo, a buscas e apreensões domiciliares ou interceptações telefônicas. O forte mesmo são as ações de patrulhamento, nos quais a seletividade das abordagens é historicamente conhecida.

Concentrar a prisão nas ruas significa deixar de lado a droga de grandes transações ou mesmo as festas privadas. O pobre é, efetivamente, o grande alvo da abordagem policial – e, embora, a pesquisa em si não tenha tido recorte racial, em face da ausência de informações nas sentenças, sabe-se, por outros levantamentos, que o assédio é muito maior sobre a população jovem e negra.¹⁶⁶

Já os dados do INFOPEN, de 2016, traçam o perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil, afirmando que enquanto os indivíduos entre 18 e 29 anos representam 18% da população brasileira total, a mesma faixa etária representa 55% da população carcerária. Quanto à cor, o

¹⁶⁴ BOITEUX, Luciana. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 15 out. 2019.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. Disponível em <<https://revistacult.uol.com.br/home/encarceramento-grande-juizes/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

levantamento realça que, enquanto os negros representam 53% da população total, são 64% da população total do sistema prisional.¹⁶⁷

No que tange à escolaridade, o estudo mostra que quase a totalidade da população carcerária brasileira – mais especificamente 90% - não chegou a concluir o ensino médio. O levantamento também especifica a quantidade de pessoas privadas de liberdade (condenadas ou aguardando julgamento) por crime cometido, concluindo que há 176.691 presos enquadrados na Lei de Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06), o que representa 28% dos casos totais. Ressalte-se que no sistema federal, o tráfico representa 30% dos casos.¹⁶⁸

Questionada sobre a ausência de regulamentação quanto às quantidades que diferenciariam o usuário do traficante, presente em alguns sistemas penais, como o português, a professora Luciana Boiteux afirma que

O sistema é pra funcionar exatamente assim, ou seja, não é um descuido ou um erro da lei ela não prever quantidades. Pros fins a que se destina a política de drogas, que é prender gente e controlar territórios favelados e periféricos, não ter quantidade permite a polícia ter um poder maior.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016**. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019, p. 32-30.

¹⁶⁸ Ibid., p. 33-34; 42-43; 62.

¹⁶⁹ BOITEUX, Luciana. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 15 out. 2019.

CAPÍTULO 3 SELETIVIDADE PENAL E A OBTENÇÃO DE SALVO-CONDUTO PARA CULTIVO DE MACONHA COM FINS TERAPÊUTICOS

3.1. A autorização para cultivo de *cannabis* com fins terapêuticos no cenário brasileiro

3.1.1. Breves comentários sobre as associações e coletivos entrevistadas

Acredito ser necessário abrir esse subtópico para falar rapidamente sobre o trabalho dos grupos que concederam as entrevistas que tornaram essa pesquisa possível. Isto porque, cada uma com seus vieses de atuação, contribuem imensamente para que o assunto seja rotineiramente lembrado e para que os indivíduos portadores de alguma doença ou síndrome que pode ser atenuada com o uso terapêutico da *cannabis* tenham acesso a essa ferramenta medicinal que tem se mostrado altamente eficaz na busca por uma melhor qualidade de vida.

Em primeiro lugar, cabe destacar a atuação da Reforma, Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas, responsável pela atuação direta em metade dos *habeas corpus* preventivos para plantação de *cannabis* com fins medicinais no Brasil. Segundo Emílio Figueiredo, um dos fundadores, o coletivo possui hoje 23 membros espalhados em 7 estados brasileiros (Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina, Ceará e Pernambuco), além do Distrito Federal, e possui três objetivos principais, quais sejam compartilhar informações jurídicas, facilitar o acesso à justiça das pessoas atingidas pela política de drogas e formar novos advogados para atuar nesses casos.¹⁷⁰

A organização Apoio à Pesquisa e à Pacientes de Cannabis Medicinal (Apepi), possui atualmente diversas frentes de atuação na causa. De acordo com a presidente Margarete Brito, a Apepi conta hoje com cursos para cultivo e extração, cursos para médicos, funciona como facilitadora para quem necessita de grande quantidade de óleo e precisa importar dos Estados Unidos, possui atendimento médico especializado a preço mais acessível e realiza seminário anual, além de contar com um financiamento recorrente (Amigos da Apepi).¹⁷¹

¹⁷⁰ FIGUEIREDO, Emílio. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 29 out. 2019.

¹⁷¹ BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

Por fim, a Abracannabis, Associação Brasileira para Cannabis, fundada em 2015, luta pela “democratização do acesso a todas as formas do uso do vegetal cannabis, em especial suas aplicações medicinais”. Para isso, contam com uma equipe multi e transdisciplinar cujo foco é a inclusão social, bem como o respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais. Para isso, buscam coletar e divulgar informações sobre, por exemplo, o uso da *cannabis* e regulamentação do uso; demandam do Poder Público a autorização para o cultivo da maconha; e promovem, patrocinam e participam de conferências e debates sobre o tema.¹⁷²

Segundo Lauro Pontes, um dos fundadores da associação e atual diretor de saúde, o lema da Abracannabis é “plantar é fazer justiça com as próprias mãos”. Para ele

Uma vez que o paciente receba a receita médica, o laudo médico, a receita indicativa e tenha autorização da ANVISA pra comprar ele tem o direito de usar maconha, esse direito é dado pela ANVISA, mas os custos são altíssimos, então a gente quer fazer justiça social ajudando as pessoas a plantarem.¹⁷³

Por fim, Lauro aduz que a associação hoje, assim como a Apepi, conta com um profissional de saúde que prescreve o uso da *cannabis* e pede autorização da ANVISA. Observe-se na íntegra:

A gente hoje tem um ambulatório que recebe pacientes toda 3ª feira, de manhã e de tarde, com nosso médico, e ele dá as receitas e faz os pedidos de autorização da ANVISA, então o paciente já sai de lá com a receita e a gente já sugere que a pessoa plante, sugere que ela possa ter o seu cultivo feito.¹⁷⁴

Tanto a Reforma, quanto a Apepi e a Abracannabis lutam diariamente para que ninguém tenha seu direito à saúde negado e para que, mesmo após a garantia do direito, o paciente possa obter sucesso na plantação e fabricação de seu remédio artesanal.

3.1.2. Os benefícios do cultivo e o caminho do judiciário

De início, cabe destacar que há inúmeras possibilidades de uso medicinal de *cannabis*. De acordo com o Livreto Educacional disponibilizado pela Apepi, a planta é capaz de tratar diversas doenças graças ao sistema endocanabinóide presente no corpo humano. Este

¹⁷² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PARA CANNABIS. **Página inicial**. Disponível em <<http://abracannabis.org.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁷³ BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

¹⁷⁴ Ibid.

Administra as funções vitais, como o controle da divisão celular, metabolismo, sistema imunológico e atividade cerebral. Uma vez que os endocanabinóides são funcionalmente muito semelhantes aos canabinoides das plantas, estes podem ser explorados para impulsionar o sistema endocanabinóide e promover o equilíbrio mental e físico.¹⁷⁵

Em razão do controle da atividade cerebral, a medicação pode ajudar pacientes com epilepsia, autismo, enxaqueca e dores crônicas; já no controle do sistema imunológico pode ser indicada a pacientes com câncer de mama, de cólon, de endométrio, gástrico, de cabeça e pescoço, de fígado, entre outros¹⁷⁶, bem como para Alzheimer e Parkinson. Ainda, pode auxiliar aqueles com esclerose múltipla, doença de Crohn e psoríase, por controlar a divisão celular.¹⁷⁷ Esses estudos só comprovam que diversos indivíduos podem ser beneficiados com o uso terapêutico da substância.

Na busca dessa melhora na qualidade de vida de sua filha Sofia, Margarete Brito, presidente da Apepi, viu-se envolvida na causa. Ela afirma que conheceu uma menina americana que possui a mesma síndrome de sua filha e que realizava tratamento com a *cannabis*. À época, no entanto, a importação da maconha ou de qualquer de seus derivados era proibida e enquadrada, desse modo, em tráfico internacional de drogas. Segue relato da Margarete sobre esse primeiro momento:

Então nesse primeiro momento as famílias se organizam por ver uma injustiça diante de uma substância que pode salvar a vida, melhorar a qualidade de vida de algumas crianças que tem convulsão e de outro lado uma coisa proibida. Então nesse primeiro momento as famílias se organizam pra demandar pelo direito de importar.¹⁷⁸

Lucia Lambert Passos Ramos e Luana Almeida Martins falam brevemente sobre o contraponto que se observa no judiciário. As autoras explicam que

A lei de drogas apresenta crimes nos quais o “bem jurídico tutelado” é a “saúde pública”, conforme é ensinado tanto nas faculdades de direito, quanto nas práticas compartilhadas no judiciário – claro que não de forma unânime –, assim, o “tráfico” e o “uso” – ilegal – são considerados crimes por ofenderem à “saúde pública”. Por

¹⁷⁵ APOIO À PESQUISA E À PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. **Cartilha APEPI**. Disponível em <<https://apepi.org/livreto/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁷⁶ HEEROMA, Joost. **Cannabis medicamento revisado**. Disponível em <https://ghmedical.com/sites/default/files/GH%20Medical%20white%20paper_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁷⁷ APOIO À PESQUISA E À PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Op. cit.

¹⁷⁸ BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

outro lado, quando se fala em uso *medicinal* da maconha, acionando-se o judiciário para garantir o seu acesso, a demanda se constrói justamente no sentido de “garantir a saúde”, como um direito previsto na Constituição Federal, que não deve ser negado a ninguém.¹⁷⁹

Acerca do bem jurídico denominado “saúde pública”, elucida o magistrado Luís Carlos Valois que “o mantra dos tratados internacionais de que a proibição vem para salvaguardar a *saúde pública* e a *moral da humanidade* induz a maior parte das legislações nacionais a adotar o bem jurídico tutelado nesses crimes como sendo a *saúde pública*”¹⁸⁰, ressaltando que foi assim no Brasil desde o início da proibição.

Importante mencionar que, em janeiro de 2015, ocorreu a primeira evolução, qual seja a retirada do CBD (canadibiol) da lista de substâncias proibidas no país. Já em 2016, a ANVISA, a pedido do Ministério Público Federal do Distrito Federal, publicou a resolução 66/2016, a qual “que permite a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham não somente a substância canadibiol, mas também outro canabinoide presente na planta, o tetraidrocanadibiol (THC).”¹⁸¹ É preciso frisar, no entanto, que essas mudanças, apesar de indubitavelmente importantes, “não alteraram o status legal da maconha no país”, pois o que permitiu-se foi a utilização de dois canabinoides importados.¹⁸²

Segundo Emílio Figueiredo, Frederico Policarpo e Marcos Veríssimo, a burocracia para conseguir acesso aos referidos canabinoides era enorme. O paciente precisava, em um primeiro momento, esgotar todos os tratamentos possíveis; após, tinha que obter a prescrição médica, o que, conforme exposto pelos autores, não é tarefa fácil, visto que muitos médicos eram veementemente contrários ao uso da planta; por último, o paciente precisava de fato ajuizar uma ação.¹⁸³

¹⁷⁹ MARTINS, Luana Almeida; RAMOS, Lucia Lambert Passos. O poder Judiciário como balcão de direitos: reflexões sobre as estratégias jurídicas para a garantia do uso medicinal da maconha. **Em Sociedade**, Belo Horizonte, v. 02, 2017, p. 194.

¹⁸⁰ VALOIS, Luis Carlos. Op. cit., p. 437.

¹⁸¹ POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos; FIGUEIREDO, Emílio. **A “fumaça do bom direito”: demandas pelo acesso legal à maconha na cidade do Rio de Janeiro.** Disponível em <https://www.academia.edu/38110493/A_fuma%C3%A7a_do_bom_direito_demandas_pelo_acesso_legal_%C3%A0_maconha_na_cidade_do_Rio_de_Janeiro>. Acesso em: 13 ago. 2019, p. 17.

¹⁸² Ibid., p. 18.

¹⁸³ Ibid., p. 18.

Fato é que “o judiciário tem sido acionado para arbitrar a questão do acesso do paciente ao tratamento que, a despeito de sua legalidade, o alivia”¹⁸⁴, pois, apesar da dificuldade de entrar com essa demanda no judiciário, Lúcia Lambert, advogada da Reforma, explica que essa via foi a que se mostrou aberta à possíveis mudanças. Veja-se na íntegra:

É por essa via judicial que essa questão da legalização está entrando de forma mais efetiva. Tem o caminho do legislativo com várias propostas em tramitação, mas sabidamente pouco espaço pra sair de uma coisa muito conservadora ou muito garantidora desses interesses econômicos das grandes farmácias, então (é) uma legislação muito resistente a apoiar o cultivo pessoal, doméstico, de associação,... enfim, muito resistente a reconhecer esse fato social que é que as pessoas plantam, sejam as pessoas que usam pra fins medicinais – e muito legitimamente – ou as pessoas que usam pra fins sociais. Se você simplesmente ignorar essa realidade pra fazer uma legislação que vai dar suporte à interesses econômicos de grandes empresas pra nós não parece que serve muito (...). O caminho do executivo é a ANVISA, que tá aí há 15 anos pra regulamentar o uso medicinal, que não é nem proibida em si, (pois) o artigo 2º da Lei 11.343/06 permite o cultivo pra uso medicinal e pesquisa pendente de regulamentação, e essa regulamentação não vem depois de 15 anos porque é uma questão política tanto quanto o processo legislativo (...). Então realmente o caminho do judiciário é que se mostra hoje o mais aberto a receber essas demandas e de fato dar uma efetividade na garantia desses direitos.¹⁸⁵

Os autores do texto “A fumaça do bom direito” narram casos de pessoas que buscaram na justiça o direito ao seu medicamento à base de *cannabis*. A primeira, Ana Carolina¹⁸⁶, ajuizou petição inicial, representada por sua mãe Elis, na Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo não só de importar dois remédios, contendo um deles o canabinoide CBD, como também pleiteando que o Estado arcasse com os custos da importação da medicação.¹⁸⁷ Observe-se que a paciente já havia utilizado todos os medicamentos registrados pela ANVISA, sem sucesso na melhora da sua condição.¹⁸⁸

A inicial “foi construída com base em alegados princípios jurídicos e constitucionais, na atualização dos saberes terapêuticos e em relatórios médicos sobre a paciente”, com anexo, ainda, de relatório assinado pelo médico da paciente e um “Termo de responsabilidade/esclarecimento para a utilização excepcional de medicamento sujeito a controle especial”.¹⁸⁹ Após dois anos da sentença favorável em primeira instância, a ação (à

¹⁸⁴ Ibid., p. 20.

¹⁸⁵ LAMBERT, Lúcia. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 06 nov. 2019.

¹⁸⁶ Todos os nomes são pseudônimos utilizados pelos autores para garantir a privacidade dos indivíduos que contribuíram para a realização do trabalho.

¹⁸⁷ POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos; FIGUEIREDO, Emílio. Op. cit., p. 21.

¹⁸⁸ Ibid., p. 22.

¹⁸⁹ Ibid., p. 21.

época da feitura do texto, setembro de 2017) ainda estava tramitando no Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁰

Em outro caso semelhante, Valdir, representando seu filho Paulo, diagnosticado com epilepsia resistente bitemporal adquirida em decorrência de uma encefalite viral, já havia obtido, à época, a certidão do trânsito em julgado de seu processo, porém ainda aguardava que o poder público cumprisse a sentença para fornecer o medicamento importado ao seu filho.¹⁹¹

Conforme explicitado pelos autores, sem efetivamente receberem do Estado os medicamentos pleiteados, as famílias recorreram a outras medidas, de maneira a “efetivar o direito à saúde de seu filho por conta própria”.¹⁹² Ante a essa situação,

A primeira medida foi tentar acessar o óleo de maconha por outras vias que não a importação, já que não possuíam recursos financeiros. Por meio de trocas de informações com outras famílias e pacientes, eles conseguiram entrar no circuito de uma rede clandestina erguida sob valores de solidariedade e de confiança que distribui gratuitamente o óleo.¹⁹³

Todavia, para não ficar à mercê do Estado e nem na clandestinidade, Valdir optou por impetrar um *habeas corpus* preventivo no Juizado Especial Criminal da cidade do Rio de Janeiro, para que pudesse cultivar a maconha sem que a polícia pudesse coibir seu ato. Segundo os autores, a concessão da ordem implica a obtenção de um salvo-conduto, “para praticar algo que as instituições jurídico-penais deveriam em tese proibir e coibir”.¹⁹⁴ Ressalte-se que no HC informa-se de pronto às autoridades que já há plantação por parte da família do requerente, requisitando que não sejam aplicadas penas, em respeito ao direito à saúde e à qualidade de vida,¹⁹⁵ e possui anexado diversos documentos, como explica Lauro Pontes:

A construção do *habeas corpus* requer uma série de documentos que provem que o uso da maconha pela pessoa está fazendo bem, então quando a gente consegue a autorização da ANVISA espera passar um tempo normal e aí vai juntar, por exemplo, o orçamento da empresa importadora, que sempre passa de mil reais fácil, vai a cinco ou seis mil, laudos de profissionais de saúde, se possível mais de um, atestando que a pessoa tá melhorando, ou seja, quanto mais conteúdo você conseguir colocar, melhor,

¹⁹⁰ Ibid., p. 24.

¹⁹¹ Ibid., p. 24.

¹⁹² Ibid., p. 29.

¹⁹³ Ibid., p. 29.

¹⁹⁴ Ibid., p. 24.

¹⁹⁵ Ibid., p. 25.

mostrando inclusive o quanto fica mais barato fazer, como o óleo artesanal que tá sendo feito tá sendo bom.¹⁹⁶

Sobre o assunto, afirmam Lucia Lambert e Luana Martins que

O que se começa a alegar é que não faz sentido esperar pela importação, quando a demora é crucial, de algo que pode ser obtido em sua própria casa. No entanto, essa prática pode levar o indivíduo à prisão, tendo em vista a proibição expressa na legislação brasileira em relação ao cultivo da maconha. Nesse sentido, o *habeas corpus* preventivo se estabelece como uma estratégia de defesa, que busca garantir ao usuário um “salvo conduto” para que ele possa cultivar a erva para o seu uso medicinal próprio, de forma que não seja gerada a prisão do cultivador e a apreensão das plantas.¹⁹⁷

Convém destacar que, além de ser uma questão constitucional, sobre o direito à saúde e dignidade da pessoa humana, a prática do cultivo doméstico, além de por vezes trazer melhores resultados aos pacientes, por possibilitar a feitura de um óleo voltado para a condição daquele paciente, não onera o Estado.¹⁹⁸

E foi também esse caminho do *habeas corpus* preventivo que a Margarete Brito utilizou para obter autorização para o cultivo e produção do medicamento que sua filha precisava, pois já havia percebido que a importação não era a melhor alternativa:

Com o tempo a gente vê que esse caminho não é o melhor caminho, porque é muito caro, fica uma alternativa terapêutica extremamente elitista. E aí a gente começa a conhecer, entrar muito dentro dessa pauta, a gente conhece as pessoas que fazem uso recreativo, ativistas que plantam, então abre um mundo pra mim e pra todas essas famílias. Aí a gente tem contato com a planta, a gente tem contato com o modo de fazer o remédio e vê que é uma alternativa, se fosse possível, extremamente barata. E aí a gente começa a demandar pelo direito de plantar no Brasil, isso foi no começo de 2015, início de 2016.¹⁹⁹

Como ela mesma afirma, a demanda pelo direito de plantar também foi um ato político, um modo de colocar o assunto em pauta.

Eu sempre tive noção do meu lugar de privilégio, eu sabia que eu não era a pessoa que ia ser presa, a pessoa perseguida, a gente sabe que são os pretos, pobres, favelados, e eu não faço parte desse grupo, então eu sabia que podia utilizar desse meu lugar de privilégio pra fazer alguma mudança. Então quando eu entrei com essa ação, que foi

¹⁹⁶ PONTES, Lauro. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 21 out. 2019.

¹⁹⁷ MARTINS, Luana Almeida; RAMOS, Lucia Lambert Passos. Op. cit., p. 196/197.

¹⁹⁸ Ibid., p. 199.

¹⁹⁹ BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

o primeiro *habeas corpus* do Brasil pra plantar maconha em casa, que ficou histórico, ele foi um ato político total, não foi porque eu tinha medo de ser presa, não foi porque eu tive medo de ficar sem remédio pra minha filha,... não foi nada disso, foi um ato político, eu queria pautar a mídia, eu queria falar sobre isso pra todo mundo e achava que era importante esse processo.²⁰⁰

Desde então foram obtidos diversos outros salvo-condutos em todo o Brasil para o tratamento das mais diversificadas doenças em crianças, jovens e adultos, como é possível verificar na tabela abaixo produzida pela Reforma e atualizada em novembro de 2019:



Placar dos HCs para cultivo de *Cannabis Sativa L.* no Brasil – Novembro 2019

São 64 pedidos, 51 concedidos e 26 com participação da REDE REFORMA.

<p>12 Estados com decisões favoráveis</p> <ul style="list-style-type: none"> - 16 em SP - 14 no RJ - 4 no PR - 4 no RN - 4 em MG - 2 no CE - 2 no RS - 1 no DF - 1 na BA - 1 no AC - 1 em RO - 1 no MA <p>Jurisdição Federal ou Estadual</p> <ul style="list-style-type: none"> - Estadual - 32 - Federal - 19 <p>Locais com decisões desfavoráveis definitivas</p> <ul style="list-style-type: none"> - 03 em SP - 01 no RS - 01 no PR - 01 no RJ - 01 em MG <p>Locais aguardando decisões</p> <ul style="list-style-type: none"> - 02 em SP - 01 no RJ - 01 em MG 	<p>Locais com decisões desfavoráveis passíveis de reforma</p> <ul style="list-style-type: none"> - 01 em SP - 01 no DF <p>Número de decisões pelas principais doenças</p> <ul style="list-style-type: none"> - Epilepsia - 17 - Dor - 12 - Câncer – 6 - Autismo – 4 - Depressão / Ansiedade / Dependência Química - 3 - Parkinson - 3 - Esclerose - 2 - Artrose – 1 - Retinose Pigmentar Bilateral – 1 - Insônia – 1 - Microcefalia - 1 <p>Paciente criança, adolescente ou adulto</p> <ul style="list-style-type: none"> - Criança – 13 - Adolescente – 7 - Adulto - 31
---	---

Acompanhamento elaborado por Emílio Figueiredo e Gabriella Arima da Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas
E-mail: contato@reforma.org.br / Instagram @reclereforma

Fonte: FIGUEIREDO, Emílio; ARIMA, Gabriella. **Placar dos HCs para Cultivo de *Cannabis Sativa L.* no Brasil – Novembro 2019; 2019**

²⁰⁰ Ibid.

Emílio Figueiredo alega, contudo, que a obtenção de salvo-conduto não é “causa ganha”, e que “*habeas corpus* é uma coisa bem difícil, não é uma coisa muito simples para ser alcançada, precisa de todo um amparo técnico jurídico e um amparo técnico médico também, a gente lida muito com a questão do saber médico pra amparar o *habeas corpus*.”²⁰¹

Veja-se fala da advogada do coletivo Lúcia Lambert sobre a importância da autorização expedida pela ANVISA, bem como sobre os benefícios obtidos com a autorização do cultivo caseiro:

A autorização da ANVISA dá autorização pra importação e a ideia com o processo do *habeas corpus* é mostrar então que a pessoa já é reconhecidamente pelo Estado um usuário medicinal legítimo, e a questão se torna o acesso, na medida em que essa importação é muito cara, burocrática e tudo mais, então demora, leva tempo, leva dinheiro, e as pessoas em extrema necessidade e urgência não têm esse tempo e esse dinheiro. Aí o cultivo doméstico se torna uma forma de acesso, já que esses óleos, esses medicamentos são facilmente produzidos artesanalmente, o que reduz muito o custo de você importar o remédio.

Corroborando a fala acima transcrita, Emílio Figueiredo, Frederico Policarpo e Marcos Veríssimo aduzem que

(...) As discussões nos campos do direito e da biomedicina têm temporalidades específicas, necessárias para atenderem as demandas de produção de verdade em cada um desses campos: seja para validar o direito à saúde, seja para validar a maconha como remédio.

Contudo, Valdir, Elis e suas famílias também estão submetidos às temporalidades específicas das doenças, o que demanda medidas imediatas: eles precisam da maconha urgentemente. Nessa situação, é o auto cultivo que melhor atende às expectativas.²⁰²

De mais a mais, as pesquisas indicam que a produção própria do óleo permite que ele seja o mais adequado possível para cada uma das patologias que podem ser atenuadas por ele.²⁰³ Nesse sentido, o projeto Farmacannabis consegue analisar gratuitamente a concentração de diversos canabinóides não só nos medicamentos importados, como também nos óleos artesanais produzidos pelas famílias dos pacientes.²⁰⁴

²⁰¹ FIGUEIREDO, Emílio. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 29 out. 2019.

²⁰² POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos; FIGUEIREDO, Emílio. Op. cit., p. 32.

²⁰³ LAMBERT, Lúcia. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 06 nov. 2019.

²⁰⁴ APOIO À PESQUISA E À PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. **Cartilha APEPI**. Disponível em <<https://apepi.org/livreto/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

Em contrapartida, Margarete Brito afirma que o plantio caseiro da maconha não é tarefa simples, pois a planta exige cuidados específicos e espaço, de modo que algumas pessoas que possuem a autorização judicial para o plantio não conseguem a medicação, motivo pelo qual defende o cultivo associativo.

Plantar maconha não é fácil, depende muito se você tem espaço, se você tem dinheiro pra fazer um espaço,... tem gente que mora em apartamento pequenininho e tem que inutilizar um banheiro pra poder fazer uma estufa. Por isso que a gente luta muito pelo cultivo associativo, (...) feito num espaço grande, pra um monte de gente. O auto cultivo ele não precisa ficar sob inteira responsabilidade daquele paciente, daquela mãe que já tem uma criança deficiente, que trabalha o dia inteiro, que não vai conseguir plantar porque ela já tem mil outras coisas (...), então a associação supriria. Então os dois principais pilares da militância hoje são o cultivo individual, que eu acho que dá muita liberdade pra quem quer e pode, e o cultivo associativo, que supre quem não pode e é um modelo pequeno, que não é indústria, pensando só em lucro, é uma coisa menor, mais social. (...) Eu acho que tem que ter o cultivo industrial e vai ter, não tem como a gente impedir, eu não sou contra o medicamento na farmácia, eu acho que as coisas podem e devem conviver harmoniosamente.²⁰⁵

Ainda falando sobre a dificuldade do cultivo da planta, e reafirmando a importância de associações como a Abracannabis:

A maconha, apesar de ser uma planta resistente, demanda certos cuidados para crescer de forma satisfatória em ambiente caseiro. Basta dizer, por exemplo, que ela é uma planta anual, mas para atender a produção contínua do óleo que Valdir demanda, é possível criar estratégias de cultivo que triplicam a produção. Para isso, é necessário ter conhecimentos específicos, incluindo saberes botânicos, sobre a quantidade e qualidade de luz do sol em cada fotoperíodo da planta, bem como sobre iluminação artificial, fertilizantes, estufas, condições do solo e da água etc.²⁰⁶

Portanto, como um primeiro pequeno passo na garantia do medicamento a todas as pessoas, entende-se necessário que o judiciário não apenas conceda o salvo-conduto para o auto cultivo, mas também para o cultivo associativo, visando, por exemplo, famílias que não dispõem de tempo suficiente para cuidar do cultivo, pessoas com mobilidade reduzida, e também aqueles que não têm espaço em sua residência e os que não conseguem plantar por qualquer outro motivo.

Nesse sentido, convém destacar a associação denominada ABRACE (Associação Brasileira de Apoio Canabbis Esperança), que, segundo Lauro Pontes²⁰⁷, é a única associação

²⁰⁵ BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

²⁰⁶ POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos; FIGUEIREDO, Emílio. Op. cit., p. 30/31.

²⁰⁷ PONTES, Lauro. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 21 out. 2019.

no Brasil com autorização da justiça para cultivar maconha com fins medicinais e distribuir para diversos pacientes. Além da realização do cultivo, a associação conta com apoio jurídico, a produção dos óleos e orientação médica.²⁰⁸

3.1.3. A seletividade penal na obtenção do salvo-conduto

O que esse trabalho procurou investigar foi se a seletividade penal que sabidamente opera para colocar jovens, negros, de baixa renda e instrução nos cárceres brasileiros também opera, na outra ponta, para restringir o acesso de algumas pessoas ao direito constitucionalmente consagrado à saúde e à dignidade. Em outras palavras, a pesquisa buscou identificar a existência de seletividade penal nos casos de *habeas corpus* preventivos para obtenção de salvo conduto para plantação de maconha com fins medicinais, o que fez por meio de entrevistas com pessoas que atuam na área.

Cabe mencionar, em primeiro momento, o que foi exposto pela Margarete Brito. A entrevistada não possuía nenhum caso em que houvesse ao menos indício de seletividade, mas destaca dois pontos de extrema relevância: que a seletividade muitas vezes não aparece nitidamente, isto é, que muitas vezes ela pode até estar presente, mas que a justificativa legal não deixará isso evidente, e que ela opera de maneira contundente em momento muito anterior à busca de um salvo conduto.²⁰⁹

Sobre o primeiro ponto, necessário realizar um apontamento teórico. É comum ouvir que o juiz é imparcial, mas não é neutro. É imperativa a imparcialidade do juiz, posto que é consagrada tanto constitucionalmente, no artigo 5º,²¹⁰ quanto em tratados internacionais dos

²⁰⁸ APOIO À PESQUISA E À PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. **Cartilha APEPI**. Disponível em <<https://apepi.org/livreto/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁰⁹ BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

²¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06/11/2019.

quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹¹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos^{212, 213}.

Por outro lado, não podemos dizer que o juiz age com neutralidade, pois todos os indivíduos comportam pré-compreensões. Nesse sentido, Rodolfo Pamplona Filho assevera que “é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas”²¹⁴.

O autor fala ainda do estudo de um alemão sobre motivação das sentenças, em que concluiu-se que “muitas vezes os motivos declarados são bem diferentes dos verdadeiros e que, com muita frequência, a fundamentação oficial nada mais é que um biombo dialético para ocultar os móveis verdadeiros, de caráter sentimental ou político, que levaram o juiz a julgar assim”²¹⁵. Em outros termos, o juiz pode revestir-se de uma linguagem técnica e buscar argumentos passíveis de fundamentar algo que ele já decidiu de maneira prévia internamente, o que mascara a existência de seletividade, como é possível perceber no relato que se segue.

Margarete destaca que preparou um *habeas corpus* igual ao dela, pois pensava que a concessão da ordem seria tão fácil quanto. A diferença entre os dois estava na localidade – pois Margarete reside na zona sul do Rio de Janeiro e essa outra pessoa mora em Bento Ribeiro – e, obviamente, no magistrado. Ao tentar despachar, porém, o juiz, inclusive na presença do promotor (o qual deve emitir parecer), afirmou que remédios deveriam ser comprados na farmácia e que no caso em questão nem havia sido pedido fornecimento para o Estado. A

²¹¹ Diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 10º: "Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida".

²¹² Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 8. Garantias judiciais: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

²¹³ NESES, Felipe Costa Rodrigues. **A imparcialidade do juiz: o que diz a Constituição Federal?** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/ConstituicaonaEscola/123,MI306844,41046-A+imparcialidade+do+juiz+O+que+diz+a+Constituicao+Federal>>. Acesso em? 21 out. 2019.

²¹⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001.

²¹⁵ Ibid.

entrevistada ressalta que nesse caso é impossível falar em seletividade, pois ainda que tenha havido, não foi explícita.²¹⁶

No que tange ao segundo ponto, Margarete relembra que o ativismo e militância na pauta de *cannabis* medicinal começa na zona sul (no caso do Rio de Janeiro) e que os ativistas são parte integrante da elite.²¹⁷ E nesse sentido, relembra-se o fato de todas as pessoas retratadas no documentário *Illegal*, do ano de 2014, o qual retrata as histórias de algumas pessoas que faziam uso da *cannabis* ainda quando todas as substâncias dela provenientes estavam na lista da ANVISA de substâncias proscritas, serem brancas.²¹⁸

Também perguntado sobre o assunto, Lauro Pontes afirmou que impetrar esse *habeas corpus* é sempre um risco, e que, portanto, sua argumentação deve ser bem amarrada e bem embasada, inclusive em documentação. Ainda, afirma que todos os salvos-condutos de que tem conhecimento são de pessoas brancas e que moram “no asfalto”. Ressalta, contudo, que existem casos de autorização em regiões não centrais como Riachuelo, Jacarepaguá e Realengo.²¹⁹

Já Emílio Figueiredo afirma, na íntegra, que

Na verdade, (...) como essa informação sobre o uso da *cannabis* como ferramenta terapêutica, essa informação moderna e urbana que tá acontecendo agora, a partir de 2014, é uma informação elitista (...), ela ainda não atingiu as pessoas mais pobres, eu não tenho como fazer um recorte de raça e de CEP nas negativas. O único caso que eu tive de uma negativa na verdade o juiz percebeu que o rapaz que era filho do paciente era um *rapper* famoso que ostentava uso de *cannabis* em redes sociais, então não indeferiu o *habeas corpus* por uma questão de CEP ou de raça, indeferiu por conta da *persona* do filho do paciente. Então a gente não tem essa percepção ainda quanto ao recorte de raça ou de cep, o que a gente tem é alguns sinais, eu acho que seria leviano a gente falar de uma seletividade.²²⁰

Ele narra a história do primeiro *habeas corpus* impetrado por ele.

O primeiro é um amigo meu, advogado, que tava cultivando em casa com receita médica, tinha 70 plantas em casa, a polícia invadiu, levou as plantas e eu fui com ele pra delegacia, levei a receita e aí o delegado ficou na dúvida e mandou ele ir pra casa,

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ ILEGAL: a vida não espera. Direção de Tarson Araújo e Raphael Erichsen. Rio de Janeiro, out. 2014.

²¹⁹ PONTES, Lauro. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 21 out. 2019.

²²⁰ FIGUEIREDO, Emílio. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 29 out. 2019.

não prendeu ele com 70 plantas. E aí depois de um tempo ele pediu o *habeas corpus* pra plantar, porque ele precisava voltar a plantar, (...) e o juiz manda pro Ministério Público e quando o MP recebe devolve opinando pela denegação da ordem e denunciando ele por tráfico (...). Então a gente defende ele no caso de drogas, na acusação de tráfico de drogas, tranca aquela ação contra ele e depois ganha em segunda instância – porque o juiz nega em primeira instância o *habeas corpus*. Então ele saiu do inferno de ter a casa invadida pela polícia e as plantas mortas pra hoje ele ter um salvo-conduto pra cultivar.²²¹

Perguntado sobre seletividade e o possível receio que moradores de áreas mais periféricas podem sentir, o advogado disse que compreende o medo, mas que o mesmo fecha as portas de um *habeas corpus*, acrescentando, ainda, que “esse primeiro *habeas corpus* é em Maricá, no alto do morro, a 500m de distância tem uma boca de fumo, e ele foi acusado dizendo que ele plantava para boca de fumo e a gente reverteu tudo”.²²²

O advogado afirmou também ter ficado temeroso em relação a um *habeas corpus* impetrado em Bangu, em razão de ser área periférica e de milícia conflagrada. Felizmente, ao fim de aproximadamente dois meses saiu uma decisão favorável. Por fim, reafirma que quem busca o salvo conduto atualmente são pessoas brancas que moram em áreas centrais, deixando claro que faz parte da estratégia do coletivo expandir e “testar” outras jurisdições, como Taquara e Nilópolis.

Só que dentro da litigância estratégica que a reforma promove, é essa busca, a gente tá dando prioridade a casos em Bangu, a casos fora do Rio de Janeiro. Estamos dando prioridade a casos que realmente ampliam essa estratégia, então a gente tá indo pra Taquara e Baixada Fluminense pra poder testar se vai haver ou não vai haver seletividade, porque se houver seletividade (...) nossa gana aumenta, porque a gente não luta só pelo direito à saúde, mas a gente luta também contra a injustiça, acima de tudo contra a injustiça, então se a gente tiver realmente uma decisão denegatória em razão de CEP ou da cor que aparecer na carta de identidade que acompanha a inicial do *habeas corpus* a gente vai pra luta.²²³

Por fim, quando questionada acerca da existência de seletividade no âmbito da concessão de *habeas corpus* para o cultivo de maconha medicinal, Lucia Lambert relembra duas situações, uma que vivenciou ativamente como advogada da Reforma e outra de que tomou conhecimento, e que é inclusive citada também por Emílio Figueiredo.

No primeiro caso, a Reforma impetrou um *habeas corpus* no Leblon, para um senhor classe média alta que sofria de ansiedade e depressão, e que foi deferido em apenas uma semana.

²²¹ Ibid.

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

Paralelamente, foi impetrado outro HC para uma criança de 4 anos que sofria de microcefalia e utilizava o medicamento caseiro com resultados expressivos há dois anos, porque o pai plantava.²²⁴

Entretanto, neste segundo caso, o impetrante residia em uma região de comunidade e a concessão demorou entre dois e três meses. E a demora não é o que mais chama a atenção, mas sim o comentário realizado pelo assessor do promotor no sentido de que seria prudente colocar um controle da polícia em razão da região.²²⁵

A segunda situação que a entrevistada teve conhecimento foi o de dois *habeas corpus* que teriam parecer dado pelo mesmo promotor. No primeiro, este recebeu o caso “de uma forma super aberta, receptiva e empática, colocou pra frente e foi uma decisão relativamente rápida a concessão do salvo-conduto”.²²⁶

Porém, duas semanas depois, alegou que naquele outro caso era necessário tomar maiores precauções, pois apesar de situações fáticas semelhantes, este segundo era uma área de comunidade e talvez fossem necessárias algumas outras diligências para que o judiciário não legitimasse o tráfico. Vale mencionar que o endereço que constava no *habeas corpus* era a Ladeira dos Tabajaras, em Copacabana, mas um prédio “no asfalto”. A estagiária que acompanhava o caso fez essa ressalva e um tempo depois houve a concessão.²²⁷

Para Lucia, a diferença de tratamento, em especial na segunda situação aqui trazida, é clara. E ela reafirma a estratégia da Reforma de expandir a concessão de salvo-conduto para outras regiões, isto é, testar outras jurisdições e verificar até onde é possível chegar, pois, nas áreas centrais, se bem amarrado e “redondo”, como o Emílio Figueiredo coloca, não é mais preciso fazer muito para obter um resultado positivo.²²⁸

²²⁴ LAMBERT, Lúcia. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 06 nov. 2019.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

CONCLUSÃO

A pesquisa, a partir de entrevistas pessoais, tinha como objetivo observar se há seletividade penal na busca de autorização legal para cultivo de maconha com fins terapêuticos, alternativa que tem se mostrado cada dia mais eficaz no auxílio ao convívio com diversas doenças.

Para isso – e já partindo do entendimento consolidado em pesquisas como o da professora Luciana Boiteux e do magistrado Luís Carlos Valois, bem como em números de pesquisas do Infopen, de que a seletividade penal opera para encarcerar jovens, negros, de baixa renda e instrução – buscou-se observar o panorama histórico do Brasil desde a abolição da escravidão até o surgimento das favelas, onde muitas dessas pessoas foram morar e onde seus descendentes até hoje residem. Paralelamente, mostrou-se a importação da criminologia positivista encabeçada na Itália por Cesare Lombroso, a qual serviu para dar cientificidade ao racismo.

Após, buscou-se explicar o fenômeno da seletividade penal, tanto a partir da base teórica quanto de maneira prática, isto é, observando em números como a atual Lei de Drogas brasileira funciona e quem é de fato em razão dela encarcerado.

Em seguida, o trabalho objetivou compreender um pouco mais de como começou o movimento em busca da maconha medicinal, explicitando os dois primeiros caminhos que se mostraram possíveis, quais sejam a demanda por fornecimento de medicamento por parte do Estado e o *habeas corpus* preventivo, mostrando a razão de o segundo, apesar de representar certo risco contra a liberdade, mostrou-se mais viável e efetivo do que o primeiro, que punha em risco a saúde e bem-estar do paciente por conta da demora no cumprimento da obrigação estatal.

Por fim, a partir das entrevistas realizadas, foi possível constatar que não há como se falar em seletividade penal no presente momento. Isto porque foram observados indícios por parte de alguns entrevistados, como colacionado no terceiro capítulo deste trabalho, mas não se considera haver amostragem suficiente para concluir pela existência de seletividade.

Ressalte-se que o número de *habeas corpus* já decididos hoje, seja contra ou a favor do impetrante, não atinge, em todo o Brasil, nem 100 casos. Ainda, como sublinhado pelos

entrevistados, essa causa começou em área central e seus ativistas são pertencentes à elite. Portanto, há uma espécie de seletividade que é anterior ao pedido de salvo-conduto.

Conforme observado, os primeiros pedidos de salvo-conduto foram da elite, e não foi possível perceber com clareza o porquê de ainda não haver tantos pedidos por parte de moradores de outras áreas da cidade. Vislumbra-se que a informação ainda pode estar difundindo-se e atingindo outras camadas da população, mas também que muitas famílias residentes em áreas periféricas ou comunidade têm receio de pedir o *habeas corpus*, pois, como visto, já é preciso estar plantando para entrar com o pedido e isso representa algum nível de risco contra a liberdade do indivíduo.

Ressalte-se, ainda, que pode haver uma seletividade mascarada pelo magistrado, que, como visto, não é neutro, mas pode utilizar-se de argumentos técnicos para embasar uma decisão calcada em razão diversa.

Com a ideia de testar novas jurisdições e consolidar o direito ao auto cultivo, atualmente a estratégia da Reforma é justamente buscar casos fora das áreas centrais – de onde sabidamente haverá rápida concessão –, de modo que no futuro será possível verificar, com mais elementos, se de fato há algum tipo de seletividade na busca de salvo-conduto.

De mais a mais, para ajudar as famílias que não possuem tempo hábil para cuidar da planta e fabricar o medicamento caseiro ou simplesmente aqueles que não conseguem plantar, importante destacar que este trabalho defende o cultivo associativo, isto é, que associações tenham o aval do judiciário para plantar, produzir o medicamento e distribuir para os pacientes.

Ante o exposto, conclui-se que, apesar dos indícios de um tratamento diferenciado por parte dos membros do judiciário aos que residem em áreas não centrais da cidade, ainda não há amostragem para falar-se seguramente na existência de seletividade penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE APOIO CANNABIS ESPERANÇA. **Página inicial**. Disponível em <<https://abracesperanca.org.br/home/>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PARA CANNABIS. **Página inicial**. Disponível em <<http://abracannabis.org.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

APOIO À PESQUISA E À PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. **Cartilha APEPI**. Disponível em <<https://apepi.org/livreto/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

ATHAYDE, Celso; MEIRELLES, Renato. **Novo livro revela que 72% dos que moram em favelas são negros; 95% se dizem felizes**. Disponível em <<http://www.virgula.com.br/comportamento/novo-livro-revela-que-72-dos-que-moram-em-favelas-sao-negros-95-se-dizem-felizes/>>. Acesso em: 12 jul. ago.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

BOITEUX, Luciana. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 15 out. 2019.

_____. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. História sem fim. *In*: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06/11/2019.

_____. **Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Convenção Única sobre Entorpecentes.** Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 12 jul. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016.** Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRAGA FILHO, Walter. **Migrações, itinerários e esperanças de mobilidade social no Recôncavo Baiano após a Abolição.** Disponível em <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/view/2560/1970>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRITO, Margarete. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais.** Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019.

CARMO, Beatriz. **A pobreza brasileira tem cor e é preta.** Disponível em <<https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2017/A-pobreza-brasileira-tem-cor-e-%C3%A9-preta>>. Acesso em: 12 set. ago.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **“Making a drug dealer”: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga.** In: DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc; SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano (organizadores). **Seletividade do Sistema Penal: o caso Rafael Braga.** Rio de Janeiro: Revan, 2018.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte imperial.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FARIA, Thaís Dumê. Oxalá, conhecêssemos Nina Rodrigues! *In*: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coords.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FERRUGEM, Daniela. **Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia social**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2008. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

FIGUEIREDO, Emílio. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 29 out. 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2006. Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

GÓES, Luciano. **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

HEEROMA, Joost. **Cannabis medicamento revisado**. Disponível em <https://ghmedical.com/sites/default/files/GH%20Medical%20white%20paper_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ILEGAL: a vida não espera. Direção de Tarson Araújo e Raphael Erichsen. Rio de Janeiro, out. 2014.

LAMBERT, Lúcia. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais**. Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 06 nov. 2019.

MARINGONI, Gilberto. O destino dos negros após a abolição. **Revista IPEA Desafios do desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 8, 2011. Acesso em 14 jul. 2019.

MARTINS, Luana Almeida; RAMOS, Lucia Lambert Passos. O poder Judiciário como balcão de direitos: reflexões sobre as estratégias jurídicas para a garantia do uso medicinal da maconha. **Em Sociedade**, Belo Horizonte, v. 02, 2017.

MELLO, Káthia. **Com 2 milhões de moradores, favelas do Rio seriam 7ª maior cidade do país.** Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/09/com-2-milhoes-de-moradores-favelas-do-rio-seriam-7-maior-cidade-do-pais.html>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. **Negros são 78% entre os mais pobres e somente 25% entre os mais ricos.** Disponível em <<https://fpabramo.org.br/2018/11/30/negros-sao-78-entre-os-mais-pobres-e-somente-25-entre-os-mais-ricos/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

OXFAM BRASIL. **Relatório Nós e as Desigualdades.** Disponível em: <<https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2052>. Acesso em: 26 nov. 2019.

POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos; FIGUEIREDO, Emílio. **A “fumaça do bom direito”: demandas pelo acesso legal à maconha na cidade do Rio de Janeiro.** Disponível em <https://www.academia.edu/38110493/A_fuma%C3%A7a_do_bom_direito_demandas_pelo_acesso_legal_%C3%A0_maconha_na_cidade_do_Rio_de_Janeiro>. Acesso em: 13 ago. 2019.

PONTES, Lauro. **Seletividade penal e obtenção de salvo-conduto para cultivo de maconha com fins medicinais.** Entrevista concedida a Isabela Ermakova de Souza Siqueira, Rio de Janeiro, 21 out. 2019.

SAAD, Luísa Gonçalves. **“Fumo de Negro”: A criminalização da maconha no Brasil.** Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

SEMER, Marcelo. O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico. Disponível em <<https://revistacult.uol.com.br/home/encarceramento-grande-juizes/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

SILVA, Daniel Antonio Coelho; CARVALHO, Danilo Nunes de. A integração do Negro na Sociedade de Classes: a Resistência Negra sob Perspectiva Marxista. **Rev. Bras. de Ed. e Cult.**, Belo Horizonte, n. 01, 2010

TAUIL, Rafael. Florestan Fernandes: Questão Racial e Democracia. **Rev. Florestan**, São Carlos, n. 07, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI; Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

APÊNDICE 01

Entrevista Luciana Boiteux

P: Primeiro eu queria saber se você é contra ou a favor da legalização das drogas em sentido amplo.

R: Eu sou a favor da legalização de todas as drogas, inclusive na minha tese eu me posiciono dessa maneira.

P: Por que você acha que o Estado brasileiro ainda proíbe a utilização, seja pra fins medicinais, seja para fins recreativos, falando especificamente da *cannabis*?

R: Na verdade, o Brasil segue toda uma normativa internacional e uma construção histórica que você conhece, que vem desde uma influência dos EUA, mas o fato é que essa política proibicionista repercutiu e ela é seguida pela maior parte dos países do mundo. Gosto de usar uma comparação que tem mais países que são parte das convenções “antidrogas” do que membros da ONU, então é uma realidade que as pessoas estão mais pra guerra do que pra paz. Mas é um pouco dessa lógica desse mundo de hoje né, e cada vez mais nessas crises do capitalismo, essas crises internacionais, essa política de drogas ela tem um papel muito importante. Muito mais do que o Brasil fazer uma escolha, o mundo fez uma escolha política que atende aos interesses do grande capital, dos negócios e é uma política que no Brasil a gente já até implementava antes dos primeiros tratados, aqui a criminalização do uso e da venda do pito de pango, do fumo de negro, em 1830 aqui no Rio de Janeiro e depois em outras cidades mostra como o Brasil né, ele tá ali absolutamente, funcionalmente interessado nessa lógica. Ou seja, não há efetivamente uma preocupação em pensar uma política diferente. Há interesse político econômico de manutenção desse sistema. Em relação à *cannabis* medicinal ou à *cannabis* especificamente é que a gente vem vendo uma mudança no mundo mais recente, mas eu acho importante dizer que nenhuma desses psicoativos hoje ilícitos, eles não têm seu uso proibido pra fins medicinais, ou seja, o uso terapêutico ele nunca foi proibido. O que os tratados quiseram proibir foi o uso hedonista, o uso recreativo, o uso que não se enquadra em finalidades médicas. O que acabou acontecendo é que essa moral proibicionista, esse modelo proibicionista ele ganhou uma dimensão que acabou também significando uma dificuldade, uma negatividade e um preconceito também em relação ao usos medicinais. Então só um exemplo: os usos médicos de várias substâncias, quando há interesse econômico você ainda consegue ter outra relação. É o caso da morfina, que é um medicamento controlado mas permitido e altamente necessário como analgésico pra impedir dor né, como *pain killer* que eles chamam, pra tirar dor. No Brasil, também é importante dizer, a nossa lei lá no artigo 2º ela não proíbe o uso medicinal de nenhuma substância, ela sujeita a uma regulamentação da ANVISA, sujeita a uma

autorização legal. O que se presume é a autorização legal seja dada pela ANVISA num mecanismo administrativo de controle de vigilância sanitária. O problema é o preconceito, essa ideia negativa em relação a determinadas substâncias psicoativas, que contamina inclusive a classe médica. Ou seja, o Brasil aplica essa política de drogas, e até foi pioneiro na criminalização do “pito de pango”, por ser um ótimo mecanismo de controle social e de repressão das classes subalternas, das classes baixas, e a política de drogas historicamente é pensada com essa finalidade. É por isso também que o próprio uso médico fica um pouco perdido, porque ele é contraditório com a própria proibição, só que na verdade não deveria.

P: Já teve acesso a processos criminais sobre tráfico, uso recreativo, já teve contato direto com esses processos?

R: É, a gente fez um, eu além de ter advogado em alguns casos, eu fiz uma pesquisa em 2009 chamada “Tráfico de Drogas e Constituição”, no qual a gente, foi a primeira pesquisa dessas que analisou quem são os condenados pela Lei de Drogas.

P: É possível traçar um perfil das pessoas que sofrem essas ações?

R: Então, esse sistema, esse mecanismo de controle social repressivo em que o direito penal se estrutura ele, na política de drogas, então, esse tipo de crime, tráfico de drogas, é o ideal pra isso porque se criminaliza um comércio e um consumo, ou seja, é o que ocorre naturalmente só que você transforma isso num crime. Quando você transforma isso num crime isso vira um grande potencial, uma grande rede ampliada que você vai jogar e vai facilmente poder pegar aqueles mais vulnerabilizados, aquelas pessoas que têm menos capacidade de resistência institucional ao sistema. E aí quando a gente vai nessa pesquisa que eu fiz em 2009, a gente foi ler as sentenças condenatórias por tráfico e a conclusão foi são jovens, pobres, com baixa instrução, com pequenas quantidades, a maioria desarmado e primários, com bons antecedentes, presos em flagrante e sem ter papel relevante na estrutura do tráfico. Essa pesquisa foi feita aqui no Rio de Janeiro e em Brasília, então a gente tem os dados, mas posteriormente a essa pesquisa várias outras pesquisas acabaram sendo realizadas e é impressionante como os resultados são semelhantes. Em São Paulo já tivemos várias pesquisas, outras mais atuais aqui no Rio de Janeiro, tem uma da Defensoria super atual que diz o mesmo perfil. Ou seja, como é inquestionável hoje você falar dessa seletividade. Ou seja, é uma política de drogas que não vai prender o dono do helicóptero que tenha 5kg de cocaína, ele vai prender na sua maioria pessoas com pequenas quantidades. Muitos deles, na nossa avaliação, podem ser inclusive usuários.

P: A nossa lei não define quantidade, então que quantidades estão sendo consideradas tráfico para o judiciário?

R: Então, é só importante dar uma visão crítica que é o seguinte: o sistema é pra funcionar exatamente assim, ou seja, não é um descuido ou um erro da lei ela não prever quantidades. Pros fins a que se destina a política de drogas, que é prender gente e controlar territórios favelados e periféricos, não ter quantidade permite à polícia ter um poder maior. Então quanto mais discricionária a polícia mas a polícia faz o que quer e atende esses... se tivesse tudo muito separadinho, tudo especialmente definido, a polícia talvez tivesse mais limites, mas isso não significa também e a gente defende que haja um quantitativo né, o quantitativo não vai resolver o problema e talvez não mude tanto a realidade, mas pelo menos a gente teria alguns balizamentos capazes de garantir algum tipo de proporcionalidade, algum tipo de justiça na definição das condutas, porque o grande problema hoje é que não só o judiciário não tem padrão nenhum como são sentenças baratinadas, assim, a gente pegou casos de pessoas condenadas por tráfico com 1g de cocaína ou boa parte das pessoas com menos de 25g de maconha, por exemplo, que em Portugal é considerada usuário. Então assim, esse quantitativo ele não existe, a gente entende que ele é necessário mas também entende que se o policial quiser ele vai lá colocar mais droga e a corrupção de fato para além da seletividade envolvida nessa questão de raça também, porque é preciso falar também que a política de drogas se constrói com estereótipos racistas desde a sua origem lá no fumo de negro em 1830 e também hoje quem tá na favela, que é a população preta favelada né, então o que acontece é que a corrupção também incide, portanto não só é mais fácil liberar o menino branco de classe média, filho de desembargadora com muita grana ou o cara no helicóptero porque ele não se encaixa no perfil de criminoso né, como também as pessoas que têm mais poder aquisitivo, as classes mais abastadas, elas vão ter condições de negociar a sua liberdade. Portanto uma polícia que atua já estruturalmente também com um nível de corrupção.

P: Você já teve algum contato com processos de obtenção de salvo-conduto de *cannabis* pra fins medicinais?

R: Eu pessoalmente não atuei nesses casos, mas eu acompanhei vários desses casos por conta não só de grupos de articulação de que eu faço parte, hoje eu acompanho a plataforma brasileira de política de drogas né, que é uma rede que tem mais de 50 organizações que trabalham pela mudança na política de drogas e especialmente um grupo de advogados que hoje se organiza em um coletivo chamado Reforma, que são advogados que desde o início têm atuado com essa pauta, ou seja, solicitando salvos-condutos e atuando também em casos de cultivadores, sejam eles familiares ou mesmo pessoas que cultivam pra produção do seu próprio remédio, especialmente nos últimos 5 anos.

P: E nesses casos que você acompanha, ainda que de longe, todas as pessoas ou quase todas elas, tendo um fim medicinal, conseguem esse salvo-conduto?

R: Veja, a última vez que eu vi essa estatística, a maior parte deles tinha conseguido, e alguns ainda tavam em recurso, mas eu considero que há uma avaliação bastante rigorosa antes de entrar com o pedido. Ou seja, caso haja risco é melhor não pedir, porque você tá confessando um crime na verdade né. Inclusive ela Margarete ela conseguiu, ela é uma pessoa que é uma batalhadora né, uma militante, mas envolve riscos, então acho que a gente não tem como fazer uma análise quantitativa, embora eles tenham esses dados. De fato há uma preocupação, eles são advogados especializados nesses casos que tão inclusive atuando junto com o Ministério Público numa ação civil pública que visa inclusive pressionar a ANVISA. Paralelo a isso a gente tem a ANVISA, que tá pra sair uma resolução determinando como vai ser essa autorização. Então hoje além do judiciário que tem dado muitas liminares, nós temos um projeto de lei do Freixo e da Carla Zambelli que pretende regulamentar isso, e nós vamos ter agora dia 06 de novembro no Supremo a continuidade do julgamento da descriminalização do usuário que eu tô lá como *amicus curiae* também. Ou seja, eu acho que até o ano que vem a gente vai ter muitas possibilidades de mudança, mas sempre ainda ou na linha da *cannabis* medicinal ou na descriminalização do usuário. Ou seja, a gente ainda tem uma dificuldade muito grande de enfrentar o que eu considero ser o grande problema que é o próprio encarceramento pelo crime de tráfico.

P: Não precisamos discutir que a seletividade se opera quando a gente fala de encarceramento, mas você acha que essa seletividade ocorre também com o salvo-conduto?

R: Sem dúvida, e eu gosto de falar também que a seletividade significa não só você ter pessoas que já estão vistas como predispostas a delinquir ou que já tem representatividade física de alguém que seja considerado perigoso como também nos temos o outro lado da seletividade que é a imunidade de pessoas que, ainda que estejam praticando condutas, não são vistas como criminosos, não são vistas como perigosas e portanto gozam quase de imunidade e isso depende muito do CEP de onde a pessoa mora, mas também depende da cor da pele. E de fato o movimento de *cannabis* medicinal, não sei se você viu aquele documentário *Illegal*, ele mostra uma maioria de famílias e mães brancas com alguma condição financeira. E de fato como essas famílias são as que tem mais acesso à justiça também, isso hoje no Brasil implica em dizer que essa produção desse remédio acaba beneficiando quem não se encaixa no estereótipo. Eu sei que há alguns pedidos que são de pessoas mais humildes, que moram em comunidades, mas é sempre um risco muito maior, provavelmente há crianças que moram na favela que precisam desse remédio, mas a chance de um juiz dar um salvo-conduto, vai dizer que o tráfico vai lá e

vai pegar a planta dela, enfim. Então essa é uma questão de classe mesmo e de raça, esse acesso a medicamentos. O que eu defendo é que você possa ter uma política pública de fornecimento de medicamento não só de autorizar o auto cultivo já como dentro do direito individual, mas também esse auto cultivo pra fins de produção de remédio que possa beneficiar um maior número de pessoas por meio do SUS.

APÊNDICE 02

Entrevista Margarete Brito

P: Gostaria de saber da sua relação com a *cannabis* medicinal, porque você tem uma filha que faz uso desse medicamento, e sobre a Apepi.

R: Bom, eu entrei na causa por conta da Sofia, minha primeira filha, ela tem hoje 11 anos e uma síndrome genética rara que entre outras coisas causa convulsão. Em 2013 eu fiquei sabendo, através de uma menina que tem a síndrome dela, que mora nos Estados Unidos, que maconha podia ser uma alternativa. Eu entrei em contato em setembro de 2013 com essa família, eles me deram o contato da empresa que fornecia, e de lá pra cá muitas coisas aconteceram né, isso completou agora há 6 anos. Bom, na época era considerado tráfico internacional de drogas porque a Lei 11343/06 que remete pra portaria 344 da Anvisa que é a lista que tem todas as substâncias proibidas, a maconha tá lá, assim como qualquer derivado da maconha, qualquer substância que contenha maconha, então como tava vindo dos Estados Unidos na teoria configuraria crime de tráfico internacional. E aí obviamente que eu nem me importei, acho no fundo a gente tem uma consciência maior de que leis injustas devem ser desrespeitadas. E aí a Sofia começou a tomar, na época pra ela não funcionou tão bem, depois eu parei de dar e a primeira mãe que eu ajudei que foi a Katielle Fischer, que foi a protagonista de um documentário *Illegal: a vida não espera*.

Então nesse primeiro momento as famílias se organizam por ver uma injustiça diante de uma substância que pode salvar a vida né, melhorar a qualidade de vida de algumas crianças que tem convulsão e de outro lado uma coisa proibida. Então nesse primeiro momento as famílias se organizam pra demandar pelo direito de importar. Com o tempo a gente vê que esse caminho não é o melhor caminho, porque é muito caro, fica uma alternativa terapêutica extremamente elitista. E aí a gente começa a conhecer, entrar muito dentro dessa pauta, a gente conhece as pessoas que fazem uso recreativo, ativistas que plantam, então abre um mundo pra mim e pra todas essas famílias. Aí a gente tem contato com a planta, a gente tem contato com o modo de fazer o remédio e vê que é uma alternativa, se fosse possível, extremamente barata. E aí a gente começa a demandar pelo direito de plantar no Brasil, isso foi no começo de 2015, início de 2016. Minha filha experimenta o óleo artesanal feito por um médico. Quando eu conversei com ele, ele me deixou extremamente segura, minha filha tomou e o resultado foi melhor do que com o importado. São muitas descobertas, aí eu começo a plantar, ilegalmente ainda, com a certeza, assim, aí eu já era super ativista, de cara eu já me tornei super ativista né, porque tem gente que entra em contato com o remédio e fica no cantinho dele e tem gente que realmente se envolve de uma forma emocional porque a gente fica querendo fazer alguma justiça. E aí eu me organizo

com várias outras pessoas do Brasil e do mundo pra organizar esse movimento de uma forma institucional ou várias instituições, e aí mistura um pouco a história dessa questão do cultivo né, que eu começo a plantar, eu começo a ficar muito em evidência, eu e outras mães né, porque maconha é uma pauta que pauta muito a mídia, então a gente fica muito em evidência e a gente fica tentando ajudar outras pessoas que procuram a gente desesperadamente. E aí nisso começa a criar redes né, essa pauta ela é feita muito de redes presenciais e virtuais e aí foi incrível né, porque a gente começa a doar óleo pra um, doar óleo pra outro e começa a ensinar o outro a plantar, e começa a receber *feedback* de resultados incríveis, a mãe que não dormia e passou a dormir, a criança que volta a andar, a pessoa de Alzheimer que volta a uma vida quase normal,... enfim, e isso é uma coisa que contagia e vai aumentando a rede e quando você vai ver... estamos aqui hoje né, e aí foi isso, assim, eu acho que a gente conseguiu vários avanços, conseguiu que deixasse de ser considerado tráfico internacional... e aí o primeiro HC foi isso, na verdade eu sempre tive noção do meu lugar de privilegio, eu sabia que eu não era a pessoa que ia ser presa, a pessoa perseguida, a gente sabe que são os pretos, pobres, favelados, e eu não faço parte desse grupo, então eu sabia que podia utilizar desse meu lugar de privilégio pra fazer alguma mudança. Então quando eu entrei com essa ação, que foi o primeiro *habeas corpus* do Brasil pra plantar maconha em casa, que ficou histórico, ele foi um ato político total, não foi porque eu tinha medo de ser presa, não foi porque eu tive medo de ficar sem remédio pra minha filha,... não foi nada disso, foi um ato político, eu queria pautar a mídia, eu queria falar sobre isso pra todo mundo e achava que era importante esse processo. Aí depois do meu começam a ter outros e nós completamos 50 *habeas corpus* então é incrível. Assim, resolve alguma coisa? Não, não resolve um terço do que o povo precisa. Primeiro que assim, inclusive tem muita gente que tem *habeas corpus* e ainda tá pensando pra plantar, plantar não é fácil. Plantar maconha não é fácil, depende muito se você tem espaço, se você tem dinheiro pra fazer um espaço,... tem gente que mora em apartamento pequenininho e tem que inutilizar um banheiro pra poder fazer uma estufa, enfim... Por isso que a gente luta muito pelo cultivo associativo, eu acho que o cultivo associativo, feito num espaço grande, pra um monte de gente, o auto cultivo ele não precisa ficar sob inteira responsabilidade daquele paciente, daquela mãe que já tem uma criança deficiente, que trabalha o dia inteiro, que não vai conseguir plantar porque ela já tem mil outras coisas. Você tem que gastar tempo cuidando da planta, então a associação supriria. Então os dois principais pilares da militância hoje são o cultivo individual, que eu acho que dá muita liberdade pra quem quer e pode, e o cultivo associativo que supre quem não pode e é um modelo pequeno, que não é indústria, pensando só em lucro, é uma coisa menor, mais social. (...) Eu acho que tem que ter o cultivo industrial e vai ter, não tem como a gente impedir, eu não sou

contra o medicamento na farmácia, eu acho que as coisas podem e devem conviver harmoniosamente. Acho que esse caminho da luta, da militância pelo cultivo foi um amadurecimento, não foi de cara não, e cada vez mais cresce e cresce de forma exponencial, e é uma luta muito bonita que tem ajudado muita gente. A riqueza do auto cultivo e do cultivo associativo é a gente poder permitir ao paciente que necessita de uma erva vaporizada ou que necessita de uma diversidade, porque a indústria vai fazer aquele frasquinho com aquela planta única,... não, o uso medicinal da *cannabis* é muito maior que isso, ele pode ser vaporizado, você precisa achar a sua melhor planta, com equilíbrio dos níveis de THC,.. essa é a ideia, de você chegar num ponto em que a pessoa possa descobrir a sua maconha, tem maconha pra todos os tipos de doença e de pessoas né, são as maconhas.

A Apepi, a gente tá nessa sede desde agosto. Durante muitos anos eu atendia os pacientes na minha casa, tudo eu fazia na minha casa, ah precisa de reunião eu saía nos lugares pedindo pra fazer reunião... então começou a crescer e a gente se organizou de uma forma que a gente conseguisse ter sustentabilidade financeira até porque isso virou meu trabalho, meu e do meu marido, e hoje é isso, assim, as pessoas pagam mensalidade, a associação sobrevive muito desse espírito colaborativo total. A gente tem várias frentes de trabalho: a gente tem cursos pra médicos, que são cursos remunerados, são médicos ensinando médicos; curso de cultivo; curso de extração; fornecimento de óleo artesanal de plantas da minha casa, que é muito pouquinho; facilitador para quem precisa de muita quantidade de óleo e conseqüentemente precisa importar dos Estados Unidos; pagamento das mensalidades; financiamento recorrente pras pessoas que gostam da causa e fazem questão de contribuir de alguma forma, os amigos da Apepi; e atendimento médico. A gente via uma dificuldade muito grande em relação ao acesso à médico. Hoje não tem médico na rede pública que o paciente que não tem dinheiro nenhum consiga uma prescrição e uma orientação. Os médicos particulares que trabalham no Rio, porque nenhum deles trabalha com plano de saúde, as consultas variam de 500 a 800 reais, até mais, até mil e pouco. Então a gente conseguiu fazer atendimento médico aqui pros nossos associados a 280 reais, que a gente acha que é um preço acessível, e quem não pode pagar a gente faz a consulta gratuita. Então eu acho que é isso, todas essas frentes, que toda hora surge uma nova e é isso, todo mundo trabalha com tanto amor, com tanto prazer que as coisas vão acontecendo. A gente tem um seminário internacional anual também, que é patrocinado pela Fiocruz e também é uma forma de sustentabilidade.

P: Na sua experiência, no seu contato, você percebe algum tipo de seletividade no judiciário?

R: Sim. Então, eu sei de uma história da Patrícia, que acho foi a terceira aqui no Rio de Janeiro, que mora ali perto da favela em Copacabana, Pavão-Pavãozinho, que de cara o juiz não deu a

decisão porque achou que tinha algum envolvimento. Então assim, eu sou de Botafogo, foi muito fácil, então assim, se eu comparar o meu caso e da Patrícia tem super seletividade. Eu enquanto advogada pensei que o meu tinha sido tão simples, e tinha um companheiro na época que cultivava para ajudar a irmã, a sobrinha que era deficiente, ele utilizava porque ele era depressivo ansioso e de alguma forma tava fazendo bem pra ele e ele mora em Bento Ribeiro, uma família extremamente simples e você tava na calçada da casa dele e sentia o cheiro de maconha quando tava na época de floração e eu pensei: “esse cara vai ser preso né”. Aí desenterrei a minha OAB e fui lá, fiz igualzinho o meu, o meu foi moleza, o dele ia ser também. Aí fui despachar, cheguei pra despachar e perguntei pro cara do cartório se o juiz tava lá, que eu queria conversar e falei que era um *habeas corpus* pra liberação de maconha medicinal, ele abriu um olho desse tamanho e eu falei: “olha, eu nem vou distribuir”. Porque assim, se o juiz nega, o promotor de justiça deveria denunciar porque ele tá diante de um crime. E aí ele pegou o processo, eu deixei aberto na página que tava a criança em cadeira de rodas pra sensibilizar e disse assim: “olha, fala com ele”. Aí ele voltou, muito rápido, falou assim: “olha, o juiz falou que não vai dar não”. Falei: “então tá, vou fazer assim então: vou distribuir assim mesmo e vou subir pra despachar com o promotor (porque o promotor tem que dar parecer antes né)”. Aí ele falou: “dá aqui”. Aí ele não deixou eu subir para despachar com o promotor antes, o juiz me chamou na sala dele e chamou o promotor junto, já pra tudo que ele falasse o promotor ouvir, pra deixar bem claro que ele não ia conceder. Aí eu entrei e, cara, ele ficou uns quarenta minutos falando que ele achava um absurdo, que esse não era o caminho, que remédio tinha que ser comprado na farmácia, porque a gente sequer tinha pedido fornecimento do Estado, então assim, essa foi a justificativa.

Eu acho que dificilmente você vai ter alguma evidência de seletividade, porque a seletividade é muito oculta, ela é um preconceito que tá encrustado no racismo, ele tá encrustado na demonização da maconha e isso não vai aparecer nitidamente. Então assim, fora esse caso que a gente supõe a seletividade por conta de CEP... eu acho que é isso, a minha experiência foi essa. Eu acho que a seletividade ela vem antes do salvo conduto, porque assim, se você for puxar pela história, por exemplo, onde começa a luta, o ativismo e a militância dentro dessa pauta de maconha medicinal? Na zona sul. Quem são os ativistas? A elite. Por que os primeiros *habeas corpus* são na zona sul? É tudo elitizado e isso vem lá de trás, pela questão da proibição, pela questão dos negros, pela questão da educação, tá tudo estruturado. Eu até ajudo um monte de gente do subúrbio, mas assim, você ser ativamente política não é fácil, eu acho que a seletividade obviamente vem muito antes do *habeas corpus*. E quem julga é a elite também,

então a gente também tem que entender a cabeça de quem julga, qual a cabeça dessa pessoa. Então a seletividade vem muito antes, o *habeas corpus* é só a pontinha do *iceberg*.

APÊNDICE 03

Entrevista Lúcia Lambert

P: Gostaria que você falasse um pouco mais sobre o trabalho da Reforma.

R: Então, a Reforma é um coletivo, Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas, é composta de advogados, são mais ou menos 22 advogados. Surge de basicamente uma sede no Rio, onde os sócios fundadores estão e a ideia é não apenas atuar nessas causas individualmente, mas também de uma forma mais ampla, em prol da mudança da política de drogas. Isso pra dizer que, enfim, o trabalho da reforma possui vários vieses e essa questão de salvo conduto, dos HCs pra cultivo de *cannabis* como ferramenta terapêutica com base no direito à saúde é só um dos braços. Eu tô fazendo a coordenação desses casos de HC no Rio e tem outra pessoa aqui, que é a Marcela, que faz a parte das defesas criminais, dessas potenciais pessoas que são atingidas por essa política de drogas proibicionista, então são usuários medicinais e também usuários recreativos que são enquadrados como traficantes, então a ideia de uma forma geral é também atuar na defesa dessas pessoas que são atingidas pela política de drogas de uma forma ampla. Também na formação de advogados e, enfim, participação também em seminários na área acadêmica, essa interlocução com a área acadêmica que é um pouco o que a gente tenta fazer também, então como a construção desses discursos, dessa narrativa sobre esse processo que tá acontecendo hoje de regulamentação do uso medicinal ou legalização de uma forma mais ampla, o julgamento do STF que é sempre postergado mas enfim, é por essa via judicial que essa questão da legalização está entrando de forma mais efetiva. Tem o caminho também do legislativo com várias propostas em tramitação, mas sabidamente pouco espaço pra sair de uma coisa muito conservadora ou muito garantidora desses interesses econômicos das grandes farmácias, então (é) uma legislação muito resistente a apoiar o cultivo pessoal, doméstico, de associação,... enfim, muito resistente a reconhecer esse fato social que é que as pessoas plantam, sejam as pessoas que usam pra fins medicinais – e muito legitimamente – ou as pessoas que usam pra fins sociais se você simplesmente ignorar essa realidade pra fazer uma legislação que vai dar suporte a interesses econômicos de grandes empresas pra nós não parece que serve muito, então o caminho do legislativo é meio furada. O caminho do executivo é a ANVISA, que tá aí há 15 anos pra regulamentar o uso medicinal, que não é nem proibida em si, (pois) o artigo 2º da Lei 11.343/06 permite o cultivo pra uso medicinal e pesquisa pendente de regulamentação, e essa regulamentação não vem depois de 15 anos porque a regulamentação é uma questão política tanto quanto o processo legislativo então os dois parecem corrompidos e aí por questões de interesses políticos a coisa nunca sai do lugar. Então realmente o caminho

do judiciário é que se mostra hoje o mais aberto a receber essas demandas e de fato dar uma efetividade na garantia desses direitos, no caso do *habeas corpus* dos direitos desses usuários medicinais que já têm a autorização da ANVISA, então são usuários que já fazem uso da *cannabis* medicinal, do óleo, possuem acompanhamento médico, prescrição de uso, relatório de evolução... a autorização da ANVISA então dá autorização pra importação e a ideia com o processo do *habeas corpus* é mostrar então que a pessoa já é reconhecidamente pelo Estado um usuário medicinal legítimo e a questão se torna o acesso, na medida em que essa importação é muito cara, burocrática, e tudo mais, então demora, leva tempo, leva dinheiro, e as pessoas em extrema necessidade e urgência não tem esse tempo e esse dinheiro e aí o cultivo doméstico se torna uma forma de acesso, já que esses óleos, esses medicamentos são facilmente produzidos artesanalmente, o que reduz muito o custo de você importar o remédio, que também as pesquisas demonstram que a ideia da produção artesanal do óleo é que ela pode ser melhor adequada às patologias específicas né, é diferente você importar um óleo pra tratar uma patologia específica ou você produzir um óleo com as quantidades ideais, tem até um projeto da UFRJ chamado Farmacannabis que apoia essas iniciativas de *habeas corpus*, eles analisam os óleos que são mandados pra eles, o teor dos canabinóides e as associações canábicas, no caso do Rio a Abracannabis, que ajudam na circulação desse conhecimento de como se produzir o óleo.

P: Falando da sua vivência dentro da Reforma, você consegue visualizar algum tipo de seletividade?

R: São poucos *habeas corpus*, mas claramente dá pra enxergar essa atuação distinta, enfim, essa administração diferente dos processos pelos operadores do direito, sejam os promotores, membros do Ministério Público que vão dar parecer positivo negativo, sejam os magistrados que vão atuar deferindo ou não esse pedido de salvo-conduto, de *habeas corpus* preventivo, essa administração por esses operadores jurídicos se revelou diferente em casos administrados em diferentes regiões e jurisdições. como o *habeas corpus* pra cultivo que a gente tá impetrando se dá com base no uso pessoal e nesse uso medicinal, legitimado dos pacientes e tudo mais, o uso pessoal então seria enquadrado provavelmente no art. 28 da lei 11343. O artigo 28 não prevê pena privativa de liberdade, mas continua criminalizado, continua um tipo penal, enfim, o usuário continua sofrendo, de certa forma, as consequências disso. E como é tipificado no artigo 28 é um crime de menor potencial ofensivo e é competência do JECRIM, o que é uma estratégia boa no sentido de que como são os juizados especiais o trâmite em geral é mais rápido, mais fácil e tudo mais. E aí a competência é fixada com base na residência do impetrante, então a gente já teve caso, um dos primeiros, foi um *habeas corpus* impetrado de

uma mãe que contava com uma criança com epilepsia e residia numa área nobre da cidade, na zona sul. E aí tem a experiência da estagiária que atuava nesse época com o Emílio, o fundador, que administrou o caso e colocou ela pra lidar com o caso. O parecer seria dado por um promotor, que também era professor dessa estagiária, e aí como ela tinha acesso a ele ela fez a mediação e ela ficou muito surpresa com como ele recebeu esse caso de uma forma super aberta, receptiva e empática, colocou pra frente e foi uma decisão relativamente rápida a concessão do salvo-conduto, foi um dos primeiros. E aí depois de duas semanas, na empolgação do momento, deram entrada num caso muito parecido de uma criança também com epilepsia, salvo engano, também na zona sul, mas constava um lugar de comunidade, pelo menos a entrada de uma comunidade, era a Ladeira dos Tabajaras. Até rolou um esforço depois da estagiária de mostrar no Google Maps que era um prédio, não era na comunidade. Fato é que quando ela foi falar com o mesmo promotor, o mesmo juiz, a mesma dinâmica, o próprio promotor trouxe na fala “olha, sei que é um caso muito parecido, mas nesse caso é uma área de comunidade, a gente tem que tomar um cuidado maior, requerer talvez outras diligências, porque é uma área de traficância e a gente poderia estar legitimando”. Tempos depois o *habeas corpus* também foi deferido mas essa diferença de tratamento ficou clara.

Mais atualmente também, até num caso que aí eu atuei diretamente como advogada foi isso. Paralelamente foi impetrado *habeas corpus* no Leblon, de um senhor com ansiedade e depressão, classe média alta, e o *habeas corpus* foi deferido em uma semana, muito rápido, a advogada daqui que foi despachar e sentiu que conseguiu ganhar a empatia da juíza e foi muito rápido. Paralelamente a gente tava impetrando um pra uma criança com microcefalia, de 4 anos, o pai tava plantando pra ela desde os dois anos de idade, com muito resultado e a gente impetrou e viu a coisa se estender por 2-3 meses porque era numa região de comunidade, teve que ouvir o assessor do promotor falando “ah será que por ser essa região não seria prudente colocar um controle da polícia?”. No final foi deferido também sem nenhuma diligência mas enfim, claramente houve uma diferença de tratamento.

A ideia é testar outras jurisdições, outros lugares, entendendo sempre essa dinâmica de que vai ser decidido dependendo de quem tá lá pra decidir, sabe, então esse processo de convencimento, de construção desse consenso pelos operadores ele se dá nessas interações e quando a gente foi agora impetrar um *habeas corpus* no Flamengo a gente quase não teve que fazer nada, porque já tinham decidido outros dois. Então óbvio que é diferente porque é a forma como é operado o sistema, os advogados já sabem que as estratégias que você tem que montar dependem da jurisdição que você vai fazer. O fato de a gente não ter explorado tanto ainda áreas periféricas tem a ver com a gente não ter explorado tanto *at all*, assim, a coisa ainda tá crescendo. E aí

foram impetrados aqui os primeiros porque de fato foram os que surgiram primeiro, a partir das nossas relações também, e aí o terreno é construído dessa maneira que o Emílio colocou, é um caminho lento que não volta mais. A ideia é tentar expandir isso ao máximo.

APÊNDICE 04

Entrevista Emílio Figueiredo

P: Todas as pessoas que entram com pedido de salvo-conduto conseguem? Você enxerga algum tipo de seletividade?

R: Se eu não me engano, nós temos 10 casos negados no Brasil, sendo que 1 só que passou pela nossa mão. Então, a gente atuou em 27 até agora e desses 27 e só um deles foi negado, dos nossos, a gente tá com um pouquinho mais que a metade, a outra metade são 25 *habeas corpus* e tiveram 9 denegações, então não é todo mundo que leva. Causa ganha é uma lenda urbana que inventaram contra os advogados, ficam falando “*habeas corpus* é causa ganha” e não, não é causa ganha e não existe causa ganha. *Habeas corpus* é uma coisa bem difícil, não é uma coisa muito simples para ser alcançado, precisa de todo um amparo técnico jurídico e um amparo técnico médico também, a gente lida muito com a questão do saber médico pra amparar o *habeas corpus*.

Na verdade, como a questão, como essa informação sobre o uso da *cannabis* como ferramenta terapêutica, essa informação moderna e urbana que tá acontecendo agora, a partir de 2014, é uma informação elitista, uma informação que só a elite tem acesso de que a *cannabis* pode vir a ser uma ferramenta terapêutica, ela ainda não atingiu as pessoas mais pobres, então na verdade eu não tenho como fazer um recorte de raça e de CEP nas negativas. O único caso que eu tive de uma negativa na verdade o juiz percebeu que o rapaz que era filho do paciente era um *rapper* famoso que ostentava uso de *cannabis* em redes sociais, então não indeferiu o *habeas corpus* por uma questão de CEP ou de raça, indeferiu por conta da *persona* do filho do paciente, então a gente não tem essa percepção ainda quanto ao recorte de raça ou de CEP. O que a gente tem é alguns sinais, eu acho que seria leviano a gente falar de uma seletividade, mas, por exemplo, teve um caso que demos entrada na Ladeira dos Tabajaras, só que ela mora ali em frente ao metrô de Copacabana, no asfalto. Quando o promotor pegou “ué, mas ela mora na Ladeira dos Tabajaras? Os traficantes vão usar o *habeas corpus* dela pra esconder a maconha na casa dela.” Aí minha estagiaria na época mostrou no Google Maps e mostrou que ela morava em frente ao metrô e aí ele concordou, então acho que é um sinal de que pode haver essa seletividade mas eu acho que ainda não é o suficiente pra falar de uma seletividade e recentemente a gente entrou com um *habeas corpus* em Bangu e eu fiquei bem temeroso, não só por ser uma área periférica mas por ser também uma área de milícia, conflagrada e tudo mais... demorou 2 meses pra sair a decisão mas saiu uma decisão favorável, Ministério Público concordou, o juiz concedeu, então acho que a gente não tem ainda como abordar profundamente essa questão da seletividade porque quem tá pedindo os *habeas corpus* hoje são pessoas brancas e que moram em áreas

centrais. Só que dentro da litigância estratégica que a Reforma promove, é essa a busca, a gente tá dando prioridade a casos em Bangu, a casos fora do Rio de Janeiro, tamo dando prioridade a casos que realmente ampliam essa estratégia, então a gente tá indo pra Taquara, baixada fluminense, novos lugares pra poder testar se vai haver ou não vai haver seletividade, porque se houver seletividade vai ser feio demais né, e aí que nossa gana aumenta porque a gente não luta só pelo direito à saúde, mas a gente luta também contra a injustiça, acima de tudo contra a injustiça, então se a gente tiver realmente uma decisão denegatória em razão de CEP ou da cor que aparecer na carta de identidade que acompanha a inicial do *habeas corpus* a gente vai pra luta. Mas tem isso, hoje quem usa *cannabis* como ferramenta terapêutica é uma elite, não uma elite financeira, mas uma elite que teve acesso a essa informação. Você chega hoje no Nordeste e tem muita mãe pobre que usa pra tratar seu filho com autismo, seu filho com alguma doença neurológica, mas essa mãe trata com produto importado ou com produto artesanal produzido aqui no Brasil, alguns autorizados outros clandestinos. Então a gente tá muito no início da estratégia pra dizer se há ou não há seletividade, mas é um gargalo que se surgir a gente vai enfrentar.

P: Você acha que existe algum medo e receio por parte das pessoas que moram em áreas periféricas para buscar essa autorização?

R: Sim, sim, um estigma né e o receio de ser negado e ficar sem acesso à medicação. Eu acho que o caso mais periférico negado que a gente tem é aqui em Cascadura, mas a pessoa tentou fazer sozinha e assim, não é fácil né. Mas não foi negado por uma questão de seletividade, mas por conta de não ter preparado a ação adequadamente, porque ainda tem isso, a ação tem que estar redonda, você tem que jogar a bomba no colo do juiz. Mas assim, te dizer que a gente consegue traçar isso... não agora. Vamos entrar com *habeas corpus* em Nilópolis, vamos entrar com *habeas corpus* na Taquara, acho que na Taquara tem 2... e eu tô em busca, queria muito que surgisse o *habeas corpus* de uma pessoa bem pobre, bem periférica, mas que tivesse ali cultivando e tudo mais. Eu acredito que isso vai surgir não aqui no Rio de Janeiro, mas lá pro Nordeste, porque a gente agora tá conseguindo descentralizar. Eu acho que a gente vai enfrentar esse gargalo fora do Rio de Janeiro, acho que aqui já tá consolidado, onde a gente der entrada eles vão conceder estando com o *habeas corpus* redondinho. Mas eu quero ver se uma mãe com microcefalia lá de Pernambuco se ela vai conseguir um *habeas corpus* pra cultivar pro seu filho, então a gente precisa realmente testar. E o papel da Reforma é esse, a gente podia ficar fazendo *habeas corpus* só no Leblon, ia fazer um número que é uma beleza, mas a gente não quer isso, a gente quer realmente ir testando. Bangu foi difícil? Foi difícil. Niterói foi difícil? Foi difícil. Ver onde a gente consegue e onde a gente não consegue.

O caso do primeiro *habeas corpus* é um caso muito interessante. O primeiro é um amigo meu, advogado, que tava cultivando em casa com receita médica, tinha 70 plantas em casa, a polícia invadiu, levou as plantas e aí eu fui com ele pra delegacia, levei a receita e aí o delegado ficou na dúvida e mandou ele ir pra casa, não prendeu ele com 70 plantas. E aí depois de um tempo ele pediu o *habeas corpus* pra plantar, porque ele precisava voltar a plantar, aí ele foi e pediu o *habeas corpus* e o juiz manda pro Ministério Público e quando o Ministério Público recebe devolve opinando pela denegação da ordem, do *habeas corpus* e denunciando ele por tráfico, porque até então o processo tava parado. Então a gente defende ele no caso de drogas, na acusação de tráfico de drogas, aí tranca aquela ação contra ele e depois ganha em 2ª instância – porque o juiz nega em primeira instância o *habeas corpus* – e em segunda instância a gente ganha o *habeas corpus*, então ele saiu do inferno de ter a casa invadida pela polícia e as plantas mortas pra hoje ele ter um salvo-conduto pra cultivar. Esse foi o primeiro salvo-conduto que a gente entrou, a gente perdeu em primeira instância e ganhou em segunda e agora tamo no STF, discutindo no STF. Esse primeiro *habeas corpus* é em Maricá, no alto do morro, a 500m de distância tem uma boca de fumo, é um morro famoso em maricá de tráfico, e ele foi acusado dizendo que ele plantava para boca de fumo e a gente reverteu tudo. Então assim, se a pessoa tá numa área de risco e não planta eu entendo o medo, eu entendo que não quer correr risco, mas ela fecha a porta pro *habeas corpus* né, não tem como. Como que eu vou dizer que a pessoa quer *habeas corpus* pra começar a plantar? O juiz vai falar “ué, não tá plantando? Então pra que que eu vou dar *habeas corpus*? Nem precisa começar”. Precisa estar em risco, estar sob a pena de ser confundido com traficante, aí a gente consegue o *habeas corpus*. Essa é toda a justificativa que a gente tem pra usar essa ferramenta, porque até então eu mesmo era contra. Esse meu amigo que teve as plantas apreendidas que me convenceu de que era necessário entrar com o *habeas corpus*, porque eu não queria.

P: Por fim, você poderia me falar um pouco mais sobre a Reforma?

R: A reforma é um coletivo de advogados e advogadas que surge, com esse nome Reforma, no final de 2015, início de 2016, é a união de dois grupos que se encontram, que é a consultoria jurídica do Growroom, do qual eu fazia parte, eu e o Ricardo fazíamos parte, a gente já vinha com uma experiência muito grande envolvendo casos de cultivo de *cannabis*, com outro grupo chamado Advogados contra o Proibicionismo, que era um pessoal mais do *Facebook* e tudo mais mas que também tinha um acúmulo de saber jurídico muito grande. Então a gente se uniu porque eles não queriam ficar mais no *Facebook* e nós também queríamos algo que pudesse estruturar esse ativismo que a gente realizava, então a gente se uniu e criou a Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas. A Reforma hoje é uma pessoa jurídica registrada com ata,

estatuto, com tudo e a reforma tem como objetivo compartilhar informações jurídicas, e facilitar acesso à justiça para pessoas atingidas pela política de drogas. Fora isso também tem como objetivo a formação de novos advogados para atuar em casos de políticas de drogas. Hoje nós temos 23 membros em 8 estados: RJ, SP, Brasília, MG, PR, SC, CE e PE.

APÊNDICE 05

Entrevista Lauro Pontes

P: Eu queria saber um pouco mais sobre a Abracannabis e seu trabalho lá.

R: Sou psicólogo e entrei em contato com algumas pessoas através de uma reportagem de jornal, eu falei com o advogado Emílio Figueiredo que é o grande nome da causa no sentido jurídico da coisa, eles têm uma entidade chamada Reforma e eles ajudam pessoas tanto pra obter *habeas corpus* pra plantio quanto pra qualquer problema jurídico que role por porte, essas coisas. Então eu me aproximei de um grupo de cultivadores que plantava pra si mesmo e que resolveram por simpatia, empatia, amor mesmo, cada um doar um pouco do que se plantava pra doar remédios para outros tudo de graça. E aí eu me aproximei em setembro de 2014 e em dezembro de 2014 as entidades já com o filme *Ilegal*, outras mãos de outros estados, foi fundada a fundação que chama Ame+me. Essa associação naquele dia já rachou e o grupo que rachou fundou em março de 2015 a Abracannabis, porque a ideia dessa Ame+me era ter parceria com empresas e existia uma ideologia na galera que é ajudar o paciente a plantar, tanto que o nosso lema é “plantar é fazer justiça com as próprias mãos”. Eu fazia todo um acompanhamento e comecei a participar de todas as atividades que a Abra criava. A princípio a gente se reunia na casa de quem podia, depois a gente conseguiu uma sala no centro da cidade, a gente fazia reuniões semanais lá e eu frequentava essas reuniões, e a coisa foi funcionando e crescendo na velocidade possível, porque ninguém vive da Abra. A gente trabalha mesmo *roots*, trabalha com a ideia de fazer com que o paciente seja auto suficiente na produção de seu próprio remédio, então a gente apoia o cultivo medicinal, o cultivo né, todo cultivo já é medicinal por natureza, todo uso não abusivo faz bem de alguma forma porque ninguém usa pra ficar mal, esse conceito do uso social né, que a gente fala, e a gente tem uma ideia de que uma vez que o paciente receba a receita medica, o laudo médico, a receita indicativa e tenha autorização da ANVISA pra comprar ele tem o direito de usar maconha, esse direito é dado pela ANVISA, mas os custos são altíssimos então a gente quer fazer justiça social ajudando as pessoas a plantarem.

Hoje em dia a gente tá bem mais organizado e a gente foi passando por várias situações, criamos parcerias com várias instituições, então a Fiocruz é parceira, a UFRJ é parceira no projeto Farmacannabis, uma farmacêutica começou a fazer a medição dos óleos que os pacientes produziam pra ter noção de quanto tinha de CBD, de THC, tudo muito primário assim, num nível ainda inicial porque tudo é proibido, tudo é caro, tudo é difícil. E aí hoje, passados aí 4 anos da fundação, a gente hoje tem um ambulatório que recebe pacientes toda 3ª feira, de manhã e de tarde, com nosso médico, e ele dá as receitas e faz os pedidos de autorização da ANVISA,

então o paciente já sai de lá com a receita e a gente já sugere que a pessoa plante, sugere que ela possa ter o seu cultivo feito.

Basicamente a pessoa, no momento em que ela recebeu a receita médica, a gente vai ver a condição da pessoa, porque tem gente também que não tem condição de plantar, pacientes que tem problemas motores, neurológicos, não tem condição física mesmo pra poder, enfim... dá um certo trabalho, é planta, tem que cuidar. Eu digo sempre, e eu acho que isso é muito importante frisar, que a maconha em casa é como um pet, é um cachorro, um gato, um aquário que você tem que dar amor, senão ela não vinga. É uma relação de afeto mesmo assim.

P: Você teve contato já com esses processos de salvo-conduto?

R: Sim, a Abracannabis é uma das que mais tem pacientes com o *habeas corpus*, os primeiros aqui do rio, tirando o da Margarete, todos são feitos da nossa associação, quase todos foram feitos pela Reforma, pelo Emílio e pelo Ricardo e a equipe né, são 45 *habeas corpus* hoje né e a gente deve ter pelo menos uns 15 desses, são nossos pacientes.

P: Na sua experiência, todas as pessoas que comprovadamente tem uma situação que pode ser melhorada pelo uso medicinal consegue autorização?

R: Não, a quantidade de pessoas que não tem essa autorização é dez vezes as que tem ou mais, isso das que a gente tem contato né, a grande maioria ainda não tem porque esse não é um processo jurídico muito simples, na verdade, você precisa juntar uma série de argumentos e a produção dessa peça jurídica tem que estar muito bem amarrada, muito bem embasada, porque ocorre que inclusive numa questão de estratégia, pra saber que juiz que vai pegar, conhecimento um pouco do perfil do juiz, se ele é mais tranquilo, se é mais conservador, pelo bairro né, pela jurisdição, de onde é o endereço da pessoa porque acaba tendo um problema aí muito grave: se disser não, automaticamente você tá assumindo que você planta maconha, então automaticamente a justiça vai bater na sua casa, por obrigação, porque você tá se auto acusando ne, o *habeas corpus* é uma figura jurídica pra avisar sobre algo que esta ocorrendo né, então está ocorrendo um plantio naquele endereço né, se a justiça disser não, imediatamente o Estado vai ter que agir. Então é um risco, na verdade, pedir o *habeas corpus* nesse sentido. Claro que existe uma serie de fatos psicossociais que você tem que levar em consideração, a cor da pessoa, eu acho que não tem um negro com *habeas corpus*, eu posso estar enganado, mas eu acho que é um ponto interessante. Primeiro que os *habeas corpus* são todos no asfalto, em lugares de menor periculosidade e aí você vê coisas assim como por exemplo o caso da Margarete, ela tem *habeas corpus* pra filha dela, mas ela tá fazendo óleo distribuindo pra pacientes da Apepi, isto é, fugindo um pouco do que tá definido no *habeas corpus*, mas ela é branca, mora na Urca, ela tem um nome já e um respaldo existencial na causa muito grande, a gente até brinca dizendo

que se ela for presa vai virar revolução. E o oposto disso é a figura do morador da comunidade, da favela que não tem nenhuma condição de ter *habeas corpus*, a gente tem pacientes que são de comunidade e não tem como, eles não podem nem plantar, e aí a gente tem um problema porque eles não tem o dinheiro pra comprar o óleo, eles não podem plantar e como é que fica? A gente tenta fazer uma rede de apoio, doar entre as pessoas. A Abra é uma instituição, mas as pessoas é que fazem a instituição. A Abra não doa, não vende, não indica quem doa nem quem venda óleo ou planta, mas as pessoas que trabalham na Abra fazem uma rede de solidariedade sempre no objetivo de ajudar, sem nenhum dinheiro circulando.

A construção do *habeas corpus* requer uma série de documentos que prove que o uso da maconha pela pessoa está fazendo bem, então quando a gente consegue a autorização da ANVISA espera passar um tempo normal e aí vai juntar por exemplo o orçamento da empresa importadora, que sempre passa de mil reais fácil, vai a 5-6 mil, laudos de profissionais de saúde, se possível mais de um, atestando que a pessoa tá melhorando, ou seja, quanto mais conteúdo você conseguir colocar, melhor. E aí mostrando inclusive o quanto fica mais barato fazer, como o óleo artesanal que tá sendo feito tá sendo bom, o médico atestando isso, e isso, o estudo da região, do lugar, o subúrbio consegue, a gente tem *habeas corpus* na Tijuca, no Riachuelo, a gente tem um agora em Jacarepaguá, temos um no Realengo, mas para por aí, é tudo no asfalto. Então a coisa funciona por aí, tem que ter muita materialidade mesmo pra você pode entrar e conseguir.