

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A LEI DE DROGAS:

Por quê não?

MARIANA COSTA LIMA

RIO DE JANEIRO

2020/PLE

MARIANA COSTA LIMA

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A LEI DE DROGAS:

Por quê não?

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 do Professor **César Augusto Rodrigues Costa**.

RIO DE JANEIRO

2020/PLE

CIP - Catalogação na Publicação

C837p COSTA LIMA, MARIANA
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A LEI DE
DROGAS: POR QUÊ NÃO? / MARIANA COSTA LIMA. -- Rio
de Janeiro, 2020.
67 f.

Orientador: CÉZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Lei de Drogas. 2. Princípio da Insignificância.
3. Direito Penal do Inimigo. 4. Proibicionismo. 5.
Guerra às Drogas. I. RODRIGUES COSTA, CÉZAR AUGUSTO,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

MARIANA COSTA LIMA

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A LEI DE DROGAS:

Por quê não?

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 do Professor **César Augusto Rodrigues Costa**.

Data da Aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Orientador: Professor César Augusto Rodrigues Costa.

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2020/PLE

RESUMO

Esta monografia tem como escopo discorrer sobre o princípio da insignificância com enfoque na lei de drogas e ainda mais especificamente nos artigos 28 e 33 da referida Lei. Em primeiro momento, será estudada a trajetória histórica das drogas e sua presença no Direito Brasileiro no que diz respeito à análise do cenário e suas peculiaridades, através de pesquisas promovidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, serão analisados os conceitos de fachada e representação definidos por Erwin Goffman em conjunto com a ideia de Inimigo definida por Günther Jakobs e como a sociedade assume um papel importante nesta conceituação, bem como será abordada a Teoria do etiquetamento para discorrer sobre a fabricação dos estereótipos do criminoso. No terceiro momento a Lei de Drogas será esmiuçada no que diz respeito à tipicidade da conduta, a ocorrência de despenalização ou discriminação, assim como a definição das figuras do usuário, o traficante, e do traficante ocasional, e suas respectivas penas. Em último momento os princípios norteadores do sistema penal serão trazidos à baila como pretexto para justificar uma ponderação maior no que tange os crimes de drogas, tendo em vista que o proibicionismo exacerbado tem alimentado um verdadeiro Estado de Guerra.

Palavras-chave:Princípio da Insignificância;Lei de Drogas; Direito Penal do Inimigo; Proibicionismo; “Guerra as Drogas”.

ABSTRACT

This monograph aims to discuss the principle of insignificance with a focus on the drug law and even more specifically on articles 28 and 33 of the law. First, the historical trajectory of drugs and their presence in Brazilian law will be studied. respect to the analysis of the scenario and its peculiarities, through research promoted by the Public Defender of the State of Rio de Janeiro. Then, the concepts of the facade and representation defined by Erwin Goffman with the idea of enemy defined by Gunter Jakobs and how society assumes an important role in this conceptualization will be analyzed, as well as the Theory of tagging to discuss the fabrication of the criminal's stereotypes. In the third moment, the Drug Law will be scrutinized with regard to the typicality of the conduct, the occurrence of decriminalization or decriminalization, as well as the definition of the figures of the user, the dealer, and the occasional dealer, and their respective penalties. Lastly, the guiding principles of the penal system will be brought up as a pretext to justify a greater consideration in relation to drug crimes, given that exacerbated prohibitionism has fueled a true State of War.

Keywords: Principle of Insignificance; Drug Law; Criminal Law of the Enemy; Prohibitionism; "War on Drugs".

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	ANÁLISE DO CENÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	13
2.1	ANÁLISE DO LOCAL DE APREENSÃO E SUJEITO APREENDIDO: DE QUE FORMA AFETAM NA SUBJETIVIDADE DAS SENTENÇAS JUDICIAIS?	13
2.2	ANÁLISE DA CONTRAPOSIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DA REALIDADE FÁTICA DA PRISÃO DAQUELES DETIDOS POR PORTE DE DROGAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	19
3	DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CULTURA DO MEDO.....	23
3.1	TEORIA DO LABELING APPROACH OU “ETIQUETAMENTO”	30
4	A LEI DE DROGAS	32
4.1	DESPENALIZAÇÃO X DISCRIMINALIZAÇÃO	35
4.2	O usuário, o traficante e o traficante ocasional no Direito Brasileiro	38
5	O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	44
5.1	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	50
6	POR QUÊ NÃO?.....	52
7	CONCLUSÃO.....	58
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.343 de 20 de junho de 2006, também conhecida como Lei de Drogas, implementou vigorosas e fundamentais mudanças na sistemática penal brasileira, tais como a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (SISNAD), a abolição da pena de prisão para usuários de drogas, o aumento da pena mínima para o tipo penal do tráfico, que passou, de três para cinco anos, e ainda a criação de um novo tipo penal, consolidado no artigo 36 daquela Lei, usualmente denominado de “financiamento do tráfico”, dentre outras.

Salienta-se que, para a finalidade deste trabalho de conclusão de curso, serão sumariamente analisados os artigos 28 e 33, sem prejuízo dos demais, que versam sobre a caracterização e posterior pena aos que se encontrarem configurados enquanto usuários de drogas e/ou como traficantes. Tem-se que a pesquisa se delimitou ao Estado do Rio de Janeiro, utilizando como base a leitura de doutrinas e análise de estudos realizados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro¹, no qual realizou-se ampla análise da discricionariedade e subjetividade no que concerne às prisões por tráfico ou por uso de drogas nesse Estado.

É importante destacar o contexto em que a Lei de Drogas passa a existir e vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Pois, a Lei de Drogas foi implantada no Brasil sob a égide e aos auspícios de uma opinião pública favorável à implementação. Sabe-se que o Brasil é um país conhecido por sua violência explícita e, com uma larga promoção da mídia a favor do punitivismo penal, manipulou-se aquela opinião por uma rede de comunicação a serviço das classes mais altas da sociedade, em que a máxima era que a violência estava intimamente ligada ao consumo de drogas e por isso, exigia-se políticas de segurança mais “adequadas” e mais rígidas². Do ponto de vista legal, normativo, todas as condutas que envolviam determinadas drogas foram arbitrariamente classificadas como ilícitas, e conseqüentemente, proibidas e criminalizadas em nosso ordenamento.

No que concerne ao *usus* de substâncias popularmente conhecidas como drogas, é imperioso destacar que diversas substâncias são consideradas drogas – álcool, tabaco,

¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml> Acessado: 03/06/2020.

²SIQUEIRA Domiciliano. In L.M.B., Santos (Org). Outras palavras sobre o cuidado de pessoas que usam drogas. 65-70. Porto Alegre: ideograf/Conselho Regional de Psicologia do Rio Grande do Sul, 2010.

cannabis, sempre induzindo ao entendimento de medicamentos de base vegetal. Contudo, apenas algumas são consideradas ilícitas, e, ao passar do tempo, começaram a ser acompanhadas de outras denominações com conotações de duplo significado. Assim, nos âmbitos jurídico e medicinal, ganharam termos como: psicodélico, entorpecentes, psicotrópicos; no senso comum, quem as usa recebeu termos igualmente pejorativos, tais como maconheiro, bandido, marginal, pobre, favelado (sendo esses dois últimos mais relacionados com os moradores de zonas que correspondem à população de baixa renda). Logo, a Organização Mundial da Saúde define drogas como “qualquer substância natural ou sintética que, administrada por qualquer via no organismo, afeta sua estrutura ou função”³.

Ocorre que durante grande parte da história da humanidade os mais variados povos, das mais diversas regiões, tinham como costume o uso de substâncias que alteram o comportamento da mente, seja em rituais, seja como fonte de prazer ou até mesmo de forma medicinal. Os mais diferentes tipos de drogas sempre foram consumidos de forma legal e até mesmo comercializados, mas seu controle penal pelo Estado é datado do início do século XX, com as primeiras previsões legais de crimes e penas⁴.

Nessa direção, Maria Lucia Karam defende que:

Os dispositivos criminalizadores que institucionalizam a proibição e a “guerra às drogas” partem de uma distinção arbitrariamente feita entre substâncias psicoativas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína, etc.) e outras substâncias da mesma natureza que permanecem lícitas (como o álcool, o tabaco, a cafeína, etc.). Tornando ilícitas algumas dessas drogas e mantendo outras na legalidade, as convenções internacionais e leis nacionais introduzem assim uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciantes e consumidores de umas e outras substâncias: umas constituem crime e outras são perfeitamente lícitas; produtores, comerciantes e consumidores de certas drogas são “criminosos”, enquanto produtores, comerciantes e consumidores de outras drogas agem em plena legalidade. Esse tratamento diferenciado a condutas essencialmente iguais configura uma distinção discriminatória inteiramente incompatível com o princípio da isonomia⁵.

³CAVALCANTE, W. L. G. et al. **Effects of nandrolone decanoate on the neuromuscular junction of rats submitted to swimming. Comparative Biochemistry and Physiology**, New York, v. 139, 2008, p.256.

⁴ LEMGRUBER, J; BOITEUX, L. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, R. S. de; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. de. Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014. p. 357-362. Disponível em: https://www.academia.edu/6663589/O_Fracasso_da_Guerra_%C3%A0s_Drogas_2014. Acessado em: 02/10/2020.

⁵ KARAM, Maria Lucia. **Proibição as drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de estudos constitucionais (RBEC) nº 25, 2013. Não paginado. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais. Acessado em: 02/11/2020.

De acordo com Luciana Boiteux, a lei 11.343/06 por adotar medidas de redução de danos e por reconhecer expressamente diversos princípios defendidos na Constituição Federal de 1988⁶, tais como: o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e sua liberdade (art. 4º, I), o respeito à diversidade (art. 4º, II), o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de entorpecentes (art. 19, III), dentre outros se enquadra nos moldes do chamado proibicionismo moderado⁷.

Assim, a atual Lei de Drogas foi criada com o objetivo de fortalecer as punições no que tange o crime de tráfico de drogas (art.33) e afastar o usuário da prisão (art.28). O dispositivo legal busca diferenciar os usuários dos traficantes, tendo em vista que prevê tratamentos e penalizações distintas para cada conduta.

A lei 11.343/06⁸prevê em seu artigo 28 que:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviço à comunidade;

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

Em último caso, tem-se, ainda, a pena de multa. A Lei atual assegura a aplicação destas medidas, mesmo em casos de reincidência (§ 4º). Enquanto o artigo 33 prevê, de forma exaustiva, inúmeros verbos, como por exemplo: trazer consigo, sob a caracterização do traficante, com uma pena de reclusão de cinco a quinze anos⁹.

⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 24/09/2020.

⁷BOITEUX, Luciana. **Drogas y prisión: larepresión contra las drogas y el aumento de lapoblación penitenciaria em Brasil**. In: **TransnationalInstitute; Washington Office onLatinAmerica. SistemasSobrecargados– leys de drogas y carceles em America Latina**. Ámsterdam/Washington, 2010. p. 34-35. Disponível em:

<https://www.academia.edu/search?utf8=%E2%9C%93&q=la+represi%C3%B3n+contra+las+drogas+y+el+aumento+de+la+poblaci%C3%B3npenitenciaria+em+Brasil.+In%3A+Transnational+Institute%3B+Washington+Office+on+Latin+America.+SistemasSobrecargados+>. Acessado em: 03/11/2020.

⁸BRASIL. **Lei nº 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. Acessado em: 27/08/2020.

⁹BRASIL. **Lei nº 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

Consonante as pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro¹⁰ que serão analisadas ao decorrer do presente trabalho de conclusão de curso, tem-se que a Lei de Drogas em referência legitimou, de certa forma, o que antes já ocorria: (a) A ocorrência da filtragem racial, social e geográfica nas abordagens policiais; (b) A resolução de maneira informal (possivelmente ilegal) por parte dos policiais (a primeira autoridade responsável por verificar a ocorrência do delito); (c) a arbitrariedade por parte das autoridades judiciárias, que conjugam os delitos sem qualquer razão maior do que o estereótipo do usuário e; (d) o preconceito enraizado na sociedade, que coaduna com o sistema sem que necessariamente reflita sobre. Neste ínterim as pesquisas acabam por complementar-se.

O que se observa é que o tratamento conferido aos indivíduos presos por uso de drogas é muitas vezes verificado com um teor altamente classista, seja por parte de qualquer dos agentes do estado, ou seja, estes têm em mãos o “poder” de decisão sob o tipo penal em que a conduta será enquadrada e a forma como esses usuários serão tratados pode depender dos mais diversos fatores, como o da origem social. Nas regiões nobres, a exemplo, verificam-se números crescentes de usuários, ou até mesmo traficantes, que não são tratados e classificados da mesma forma em função da condição financeira.

Como defende Carvalho¹¹, os sistemas punitivos possuem tendência a maximizar a criminalização e por assim serem, atribuem em algum momento histórico, sanções para condutas consideradas desviantes. Em resumo, não é algo fora do comum a reedição de hipóteses criminalizadoras. Assim, existem tipos penais históricos ideais em que tais leis criminais são justificadas, ou seja, encontrem sua base.

Os tipos penais históricos dizem respeito a determinadas condutas que, por interesses classistas, passaram a ser criminalizadas, com o objetivo de evitar o acontecimento daquilo que não os agrada, um exemplo disso é a criminalização da *cannabis*. Nas palavras de Boiteux e Pádua: “dado que se vai criminalizar uma conduta, ela realmente causa (perigo de) dano relevante

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acessado em: 27/08/2020.

¹⁰ RELATÓRIO. **Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf>; Acessado em 10/09/2020 e RELATÓRIO: **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>; Acessado em 19/09/20.

¹¹CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 2ª ed., rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p.56.

às pessoas e à sociedade? E a quantidade de pena tem coerência com a capacidade dessa conduta para gerar esse (perigo de) dano?”¹².

O que gera no poder público a falta de entendimento desse assunto e a ineficácia de suas ações a longo prazo é a incompreensão da classe política, vez que ela não está intimamente ligada à população. Por sua vez, o crescimento do moralismo com viés político-religioso transforma todo processo de legalização em questões polêmicas, as quais impedem o andamento de leis que poderiam fazer o país caminhar no sentido à liberdade social.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da insignificância muito embora não tenha propriamente previsão legal no direito brasileiro, é um postulado hermenêutico que busca a discriminalização de condutas que na teoria seriam típicas. Trata-se de uma criação da doutrina e da jurisprudência. Sendo assim, configura-se enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade material, ou, em outras palavras, se o fato for penalmente insignificante não se pode imputar qualquer tipo de lesão, isto é, significa, em última instância, que a conduta não lesou nem causou perigo de lesão ao bem jurídico.

A correlação entre o princípio da insignificância e a lei de drogas se deve justamente ao fato de que, “mais do que qualquer outra lei penal, a Lei de Drogas é seletiva, estigmatizante, ambígua e autoritária”¹³. Dessa maneira, a partir dos dados empíricos, é possível depreender que: (i) foram tipificadas condutas distintas, a partir do marco da lei antidrogas; (ii) tem-se uma correlação desproporcional entre as condenações por mero uso de drogas e o cenário no qual se encontram os sujeitos; (iii) muitas vezes, o tipo que configura estas condenações ocorre numa zona lúgubre na qual seria insignificante, portanto, passível do entendimento do princípio aludido.

Por isso, o presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar a correlação proposta, didaticamente dividida em: (i) análise do cenário do Estado do Rio de Janeiro no que tange às prisões por porte de drogas; (ii) análise do direito penal do inimigo e suas vertentes,

¹²BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**, 2013, p.12. Disponível em: https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013_.%20. Acessado em: 07/07/2020.

¹³BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**, 2013, p.40. Disponível em: https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013_.%20. Acesso em: 07/07/2020.

como a teoria do etiquetamento – *labeling approach* (ii) análise da lei em questão; e (iii) análise do princípio da insignificância e princípios relacionados aplicáveis dentro da esfera penal, correlacionando os tópicos.

A metodologia usada para a realização do trabalho é voltada para a leitura de doutrinas e a análise de estudos realizados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro compõe o tratamento qualitativo do trabalho notadamente bibliográfico e documental, sem prejuízo da análise jurisprudencial. Insta salientar que a presente pesquisa foi elaborada com a natureza multidisciplinar, em especial no que se refere ao estudo jurídico, sociológico e antropológico.

2 ANÁLISE DO CENÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dentro de uma sociedade, partindo da premissa de que o ser humano é um ser essencialmente social, a identidade subjetiva de um indivíduo é construída a partir de sua interação social, ou seja, a partir do contato direto com outros indivíduos¹⁴. Entretanto considerando o padrão discriminatório de alguns cidadãos e até mesmo do próprio Estado, determinadas ações internalizadas e perpetuadas por estes podem gerar consequências de cunho social, e até mesmo penais, descabidas e violadoras de direitos para grupos minoritários e vulneráveis, como é o caso dos sujeitos negros, pobres, e moradores da favela no estado do Rio de Janeiro.

2.1 ANÁLISE DO LOCAL DE APREENSÃO E SUJEITO APREENDIDO: DE QUE FORMA AFETAM NA SUBJETIVIDADE DAS SENTENÇAS JUDICIAIS?

Passar-se-á a analisar as vertentes subjetivas do cenário e os sujeitos afim de que, a *posteriori*, possam ser contrastadas às classificações trazidas à baila. Para isto, será realizada breve explanação sobre o trabalho “A representação do eu na vida cotidiana”, de Erving Goffman que, ao longo do estudo das representações, usa expressões que reafirmam a perspectiva

¹⁴ TZITZIS, Stamatios. **Filosofia Penal**, tradução de Mário Ferreira Monte, Legis. 1999, p. 81-2.

da representação teatral e os princípios dramaturgicos da sua obra: “ator”, “observadores”, “personagem”, “representação”, “espetáculos”, “desempenho de papéis”.

Considerando o desempenho de um papel por um indivíduo, propõe o autor ser conveniente observar, *a priori*, a própria crença do indivíduo na impressão de realidade que tenta dar aos outros entre os quais se encontra. Superada essa primeira parte, é traçada uma análise sustentada a partir do grau de convencimento do indivíduo da sua própria prática, consistência cotidiana, vivência.

São oferecidas duas situações opostas para ilustrar um ciclo contínuo de crença-descrença: de um lado, o indivíduo que se encontra focado no seu desempenho pode estar sinceramente convencido que a impressão de realidade encenada é a própria realidade, e, por outro lado, às vezes em que o ator não se encontra plenamente convencido da sua prática e, portanto, descrente da sua própria atuação e é desinteressado pelo seu público, o indivíduo pode ser cínico. Dessa forma, segundo o autor, fica evidente que os atores podem oscilar naturalmente entre agir de forma cínica e sincera, ainda, misturar essas duas dimensões ao longo do seu espetáculo.

Para Goffman, a Fachada é “a dimensão do desempenho do indivíduo, que funciona regularmente de forma geral e fixa com o objetivo de definir a situação para os observadores de uma representação”¹⁵. Com isso, apresenta a realização dramática, na qual em presença de outros, os indivíduos incluem em suas atividades uma mobilização de sinais que acentuam e configuram fatos confirmatórios, durante a interação, do que se precisa transmitir. Para o autor, essas atividades são canalizadas para a comunicação, de modo que permitem a auto expressão dramática.

Dentro dessa estrutura, tem-se o cenário, que se faz como algo móvel, o qual é facilmente transportado e levado de um lugar para outro, tendo em vista em quais momentos e quando ocorre de fato a interação face.

Esses signos de interligação que o cenário proporciona, esse cenário móvel que os autores carregam de diversas formas, traz o cenário para um local privilegiado, sendo a nosso ver um fator fundamental para o tratamento diferenciado feito pelo Estado para com as pessoas que vivem nas favelas, especificamente no que se refere ao crime de tráfico.

¹⁵ GOFFMAN, Erving. **A representação do Eu na vida cotidiana**. Ed. Vozes. 20ª Edição. São Paulo, SP, 2014.

No cenário fático, é possível visualizar, no Rio de Janeiro, os conceitos de Goffman: cenário e fachada. Na pesquisa Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento (2019), sobre a abordagem policial, diferenciou-se da seguinte maneira o registro de ocorrência. Nessa pesquisa, realizada de 2017-2019¹⁶, pretendeu verificar a ocorrência de filtragem racial¹⁷, isto é, a ocorrência de práticas tendenciosas do ponto de vista racial na identificação de suspeitos que, em geral, não são claras, no estado do Rio de Janeiro. Para parametrizar, demonstra-se o que consta dos registros de ocorrência como informações relevantes:

- a) Local e data da abordagem: registro da travessa, rua ou avenida e bairro, com o complemento sobre qualquer outra informação adicional (rodoviária, passarela do metrô, supervia, comunidade, morro etc.);
- b) Quantidade de pessoas abordadas: indicada pelos policiais em seus depoimentos, ainda que não corresponda ao número de pessoas indiciadas. Por exemplo, se o policial diz que avistou três pessoas em atitude suspeita, que fugiram, tendo apenas o réu sido alcançado, todas foram registradas nesse campo;
- c) Gênero, estado civil, ocupação, bairro de residência e data de nascimento do réu;
- d) Cor: foi registrado da mesma forma como indicado no registro de ocorrência, identificando-se três maneiras de mencionar a cor da pele do acusado, parda, branca e negra;
- e) Arma e munição: o tipo de arma apreendida, se raspada ou não e se houve apreensão de munição;
- f) Lotação do policial que fez a abordagem e circunstâncias da abordagem: além da lotação, foram verificadas as situações que envolveram a abordagem, classificadas como patrulhamento de rotina; operação policial; denúncia recebida de terceiros; e cumprimento de mandado de prisão;
- g) Encontro da arma/munição: registrou-se a forma como a arma foi encontrada, de acordo com o relato dos policiais que fizeram a abordagem. Em revista pessoal, no veículo onde estava o réu ou em busca domiciliar; se o réu estava com a arma nas mãos ou se jogou fora em local próximo logo que viu os policiais; se a arma estava com a pessoa com quem o réu estava quando ocorreu a abordagem¹⁸. (*grifos da autora*)

¹⁶ RELATÓRIO. **Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf> ; Acesso em 10/09/2020

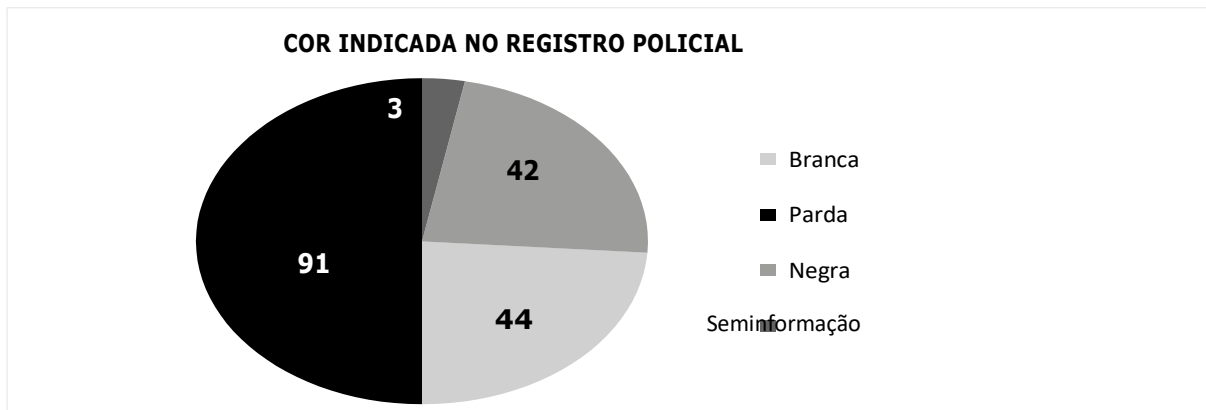
¹⁷ Em que pese o tópico de análise ser vinculado aos tipos previstos no Estatuto do Desarmamento, não abordado no presente trabalho de conclusão, entende-se que a subjetividade é a mantida na prática policial do estado do Rio de Janeiro, a despeito de qual o delito cometido, tendo em vista que a abordagem é anterior à tipificação.

¹⁸ RELATÓRIO. **Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf> ; Acesso em 10/09/2020.

Nesse escopo, é importantíssimo notar quais as características são trazidas como fundamentais no primeiro laudo policial – questões que talvez tenham menos a ver com qualquer tipo penal do que com o sujeito em si, alimentando, institucionalmente, preconceitos gritantes.

Assim, são relevantes os dados: 80% das pessoas presas em flagrante, quando dada a oportunidade, se autodeclararam pretas ou pardas – dentre a amostragem real 23.497 homens e mulheres conduzidos a audiências de custódia. A indicação policial corresponde, dentro de suas categorias, à seguinte métrica¹⁹:

Tabela 1: Cor indicada no registro policial



Fonte: a autora.

Lembre-se que a questão racial, no Brasil, é uma questão na qual a subjetividade é, precipuamente, racista. Então, consonante às ideias demonstradas, qual seria o cenário real? Evidencie-se que, com relação ao fenótipo, isto é, a cor do indivíduo, subjetivamente tem-se notadamente uma discrepância entre a cor indicada no registro racial (feito pelos policiais) e a autodeclaração:

Com relação à cor, apesar do IBGE classificar os brasileiros como pretos, pardos, brancos, amarelos e indígenas, o registro policial dos processos analisados utiliza as cores negra, parda e branca, conforme gráfico abaixo. Considerando a indicação do IBGE de que negros correspondem aos pardos e pretos, é possível deduzir que os negros nos registros policiais seriam os pretos. A soma de negros e pardos equivale, portanto, a 75% do total de casos

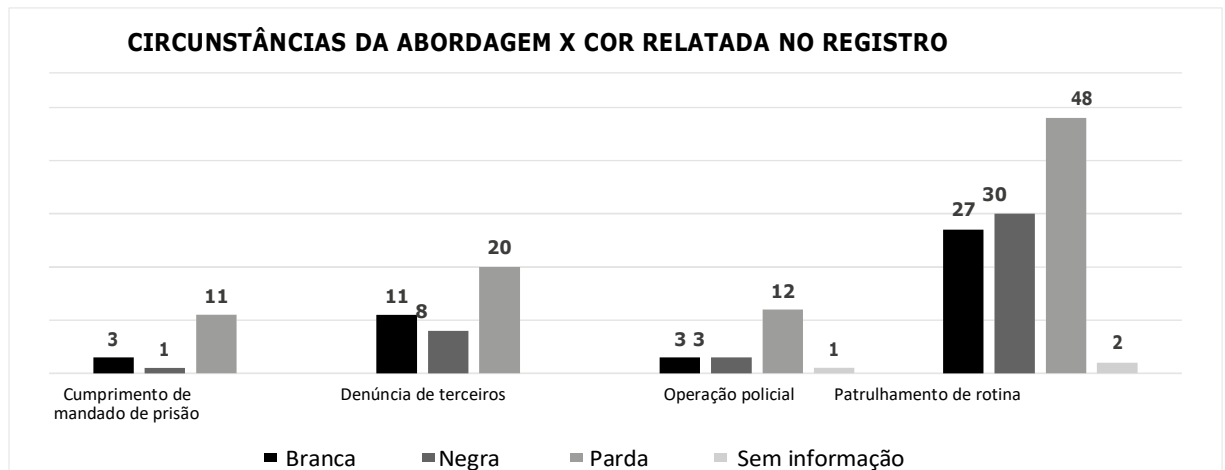
¹⁹ RELATÓRIO. **Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf> ; Acesso em 10/09/2020. p. 73.

analisados. As pessoas de cor parda são a maioria (51%), os brancos correspondem a 25% e os negros a 24% do total de casos com informação.

Quanto ao endereço, dado de suma importância em ambas as pesquisas, entendeu-se, no segundo relatório, que houve diferenciação da abordagem nos bairros popularmente reconhecidos como favelas. Da amostragem, em 29 casos, o registro policial indicou se tratar de uma comunidade/ favela/morro do Rio de Janeiro; considerando os casos com informação, a maioria dos réus reside na Zona Norte (55%) e na Zona Oeste (16%). Apenas 6% reside na Zona Sul, região mais nobre da cidade, e todos, com exceção de um, em uma favela ou local de moradia de baixa renda (Ladeira dos Tabajaras, Cruzada de São Sebastião e Dona Marta). A única exceção corresponde ao caso de um homem branco, bancário, que foi abordado em um bar onde estava bebendo, local em que sempre ocorre revista por parte dos policiais, em razão de ser conhecido pela venda de drogas²⁰.

Quanto à abordagem policial, em suma, em 39 dos 44 casos, isto é, em 88,6% dos casos, há menção a alguma comunidade/favela/morro. A abordagem, na maior parte destes casos, ocorreu em razão do local ou cor ou ambos os fatores conjuntos, consonante à tabela²¹:

Tabela 2: Circunstâncias da Abordagem x Cor relatada no registro



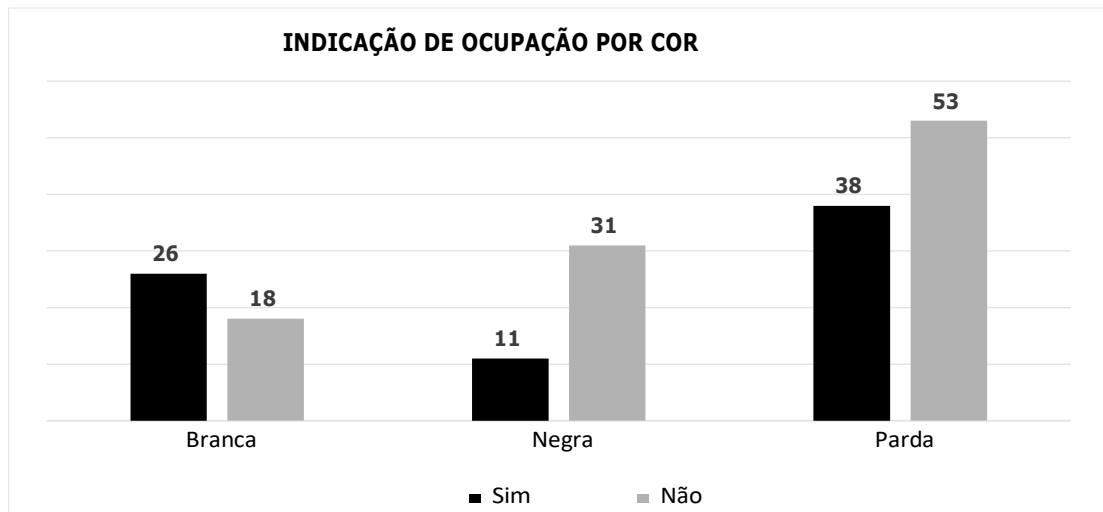
²⁰ RELATÓRIO. Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf> ; Acesso em 10/09/2020. p. 74.

²¹ RELATÓRIO. Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf> ; Acesso em 10/09/2020. p. 75.

Fonte: a autora.

Além do demonstrado, os laudos policiais pecam à subjetividade ainda quando indicam a ocupação do preso em flagrante. É mais frequente a indicação de uma ocupação para brancos do que para negros e pardos. Excluindo-se os casos em que a ocupação foi registrada como desempregado; desocupado; ignorado; não possui e não foi informado, é possível afirmar que em 59% dos registros dos brancos há uma ocupação indicada. Esse índice é de 26% para os negros e 42% para os pardos²².

Tabela 3: Indicação de ocupação por cor



Fonte: a autora.

Assim, a pesquisa selecionada demonstra como as categorias propostas pelo sociólogo se materializam na ação dos agentes estatais na abordagem inicial. O que é preciso observar é a maneira como esses cenários acabam por influenciar na medida em que a percepção dos agentes estatais acaba por ficar a mercê das representações. De forma objetiva, como os cenários de marginalização implicam nas penalidades impostas ante a supernormatização do ordenamento jurídico brasileiro.

²² RELATÓRIO. **Filragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf> ; Acesso em 10/09/2020. p. 76.

2.2 ANÁLISE DA CONTRAPOSIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DA REALIDADE FÁTICA DA PRISÃO DAQUELES DETIDOS POR PORTE DE DROGAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A partir de uma investigação a pesquisa feita pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro²³, em que foram analisados 3.735 casos de tráfico, no período de 2014 a 2015, foi constatado que em 75% dos dados analisados evidencia-se a aplicação de penas ampliadas por conta do “elo geográfico”, ao citar exemplos de sentenças em que o réu foi enquadrado e condenado pelos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico exclusivamente em razão do seu local de prisão ser conhecido como sendo local de tráfico de drogas, realizado por facção criminosa, como é o exemplo do Comando Vermelho no Rio de Janeiro, uma das maiores organizações criminosas do Brasil²⁴.

A pesquisa da qual se faz referência realizou a análise de, precisamente, 3.735 sentenças individuais em 2.591 processos distribuídos entre junho de 2014 e 30 de junho de 2015 aos juízos das varas criminais da cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Destas, 56 sentenças são de extinção da punibilidade em razão do falecimento do réu, as outras 3.679 referem-se a casos julgados. No período selecionado foi distribuído o total de 3.167 processos na região acima, sendo assim, ficaram de fora da análise 576 processos, ou que não haviam sido sentenciados ou que a sentença não estava disponível para consulta online na data da última conferência, dia 16 de janeiro de 2017²⁵.

Ressalta-se que, nas 1.944 sentenças de processos que tramitaram nas comarcas do Município do Rio de Janeiro, houve o registro do bairro e/ou favela em que ocorreu a ação toda vez que o juiz citava na sentença, no relatório, na fundamentação ou na conclusão²⁶, o que

²³ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml> Acessado: 07/07/2020

²⁴ Mapa das facções no Brasil: PCC e Comando Vermelho disputam hegemonia do crime em 9 estados. UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/22/mapa-das-faccoes-no-brasil-pcc-e-comando-vermelho-disputam-hegemonia-do-crime-em-9-estados.htm>. Acessado em: 31/10/2020.

²⁵ RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro, de janeiro, p.21. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>.

²⁶ RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro, p.32. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>.

evidencia ainda mais o cenário de preconceito institucionalizado. Desta forma, a pesquisa feita pela Defensoria Pública registrou-se quando (i) o juiz expressamente afirmava que o local da apreensão era conhecido como ponto de venda de drogas, seja com base em sua própria convicção, seja tomando as informações trazidas por testemunhas, Ministério Público, defesa ou réus; (ii) quando o juiz expressamente afirmava que o local não era considerado ponto de venda de drogas, seja tomando as informações trazidas por testemunhas, Ministério Público, defesa ou réus; e (iii) quando o juiz não fazia qualquer valoração sobre o local ter relação com venda de drogas, ainda que tenha feito menção ao bairro, favela, comunidade, região da cidade etc. em que ocorreu a ação²⁷.

Com isso, Carolina Haber²⁸ diz que:

“Em 65,85% das vezes que o local é citado como ponto de venda de drogas, há menção à ocorrência em favelas, morros ou comunidades. Outro argumento usado pelos magistrados, em 36,56% das sentenças pesquisadas, foi o fato de o réu portar rádio transmissor ou armas”²⁹.

Sendo assim, evidencia-se a tabela em que se considera o local (favela) para os locais de venda de droga.

FREQUÊNCIAS E PORCENTAGENS PARA SE O LOCAL É CONSIDERADO UMA FAVELA, ENTRE OS QUE SÃO CONSIDERADOS LOCAL DE VENDA DE DROGA³⁰

FAVELA	NÚMERO	PORCENTAGEM
NÃO	486	34,15
SIM	937	65,84
TOTAL	1423	100.00

²⁷RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro, p. 32. Disponível em:

<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>.

²⁸Possui graduação (2002), mestrado (2007) e doutorado (2011) em Direito pela Universidade de São Paulo. Foi professora de direito penal na Universidade Federal do Rio de Janeiro e de direito penal e criminologia na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Atualmente, é diretora de estudos e pesquisa de acesso à justiça na Defensoria Pública do Rio de Janeiro e vice-presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. É autora do livro "Avaliação legislativa e direito penal: uma reconciliação entre o direito e a política criminal". Fonte: <https://www.escavador.com/sobre/735016/carolina-dzimidias-haber> Acessado:07/07/2020

²⁹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/morar-favela-aumenta-chance-acusacao-associacao-trafico> Acessado: 07/07/2020.

³⁰ RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. p.54. Disponível em:

<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>; Acessado em 19/09/20;

A lei de drogas 11.343/06 ao tratar de forma superficial e subjetiva a distinção entre usuário e traficante pode, mesmo que indiretamente, abrir a possibilidade para arbitrariedades nas regiões mais pobres, como é o exemplo das periferias. Nas palavras do advogado Joel Luiz Costa, entrevistado pelo Jornal *Folha de S.Paulo*: “A lei cita as circunstâncias do local da prisão e a circunstância social do réu [como critério do que é tráfico e o que é o consumo], então depende pura e simplesmente do local onde você foi preso.”³¹. Tal fala, hipoteticamente, evidencia um preconceito institucionalizado dentro das estruturas Estatais contra os grupos historicamente excluídos.

A pesquisa supramencionada da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, consonante ao presente trabalho de conclusão de curso, trata precipuamente sobre o impacto das circunstâncias sociais do réu no que concerne à sua pena. Assim, foram registradas as circunstâncias sociais mais mobilizadas pelos juízes na construção narrativa constante na sentença judicial. Foram pouco numerosas as sentenças em que os juízes analisaram as circunstâncias sociais dos réus, em especial para diferenciar as condutas de tráfico e uso, de modo que foram relacionados os eventos percebidos como mais comuns e também uma espécie de omissão consciente na análise dos juízes, que são os casos em que a sentença afirma inexistirem nos autos elementos capazes de permitir tais circunstâncias.

Com isso, de acordo com a pesquisa, as circunstâncias mais comumente verificadas nas narrativas dos juízes sobre os casos foram: (i) réu possui baixo poder aquisitivo; (ii) réu não possui comprovação de fonte de renda; (iii) réu não possui emprego formal; (iv) juiz entende que o réu tem sua atividade laborativa na criminalidade; (v) réu possui emprego ou fonte de renda comprovada; (vi) juiz afirma inexistirem elementos nos autos capazes de possibilitar a análise das circunstâncias sociais ou (vii) outro motivo³².

Posteriormente, foram registradas as circunstâncias pessoais mais mobilizadas pelos juízes na construção da narrativa constante na sentença judicial. Foram pouco numerosas as sentenças em que os juízes analisaram as circunstâncias pessoais do réu, em especial para diferenciar as condutas de tráfico e uso, de modo que foram relacionados os eventos percebidos

³¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-traffic-de-drogas.shtml>. Não paginado. Acessado: 07/07/2020.

³² RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. p.15. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>; Acessado em 19/09/20;

como mais comuns e também uma espécie de omissão consciente na análise dos juízes, que são os casos em que a sentença afirmaria a inexistência nos autos de elementos capazes de permitir a análise de tais circunstâncias.

Sendo assim, a análise feita aborda que as circunstâncias mais comumente verificadas nas narrativas dos juízes sobre os casos foram: (i) personalidade demonstra tendências delituosas; (ii) réu é usuário ou viciado em drogas; (iii) alta periculosidade do réu; (iv) juiz afirma inexistência de elementos nos autos capazes de possibilitar a análise das circunstâncias sociais ou (v) outro motivo³³.

Ainda com relação a sentenças proferidas pelo juiz, de acordo com os dados levantados pelo Jornal Folha de S.Paulo, no Banco Nacional de Mandados de Prisão do Conselho Nacional de Justiça³⁴, de mais de 82 mil mandados de prisão por tráfico de drogas no Rio de Janeiro, em 41% dos casos o réu era acusado ou foi condenado também por crime de associação ao tráfico.

Nos casos em que há acusação dupla, ocorre a inviabilização de pedidos de liberdade provisória, pois as penas acima de 8 (oito) anos, em sua fase inicial, são cumpridas em regime fechado, tornando ainda pior a situação dos acusados presos nessas “áreas de tráfico”.

No entanto, cabe destacar que segundo o artigo 35 da lei 11.343/06, a associação ocorre quando duas pessoas ou mais se unem com o objetivo de praticar os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei, e partindo de uma lógica justa no que tange o direito penal deveria haver uma investigação criteriosa para provar a relação de estabilidade entre os acusados, e não apenas considerar como fundamento idôneo para condenação pelo crime o local em que o acusado foi preso e o depoimento do policial (muitas vezes superficial repetitivo e raso).

É possível verificar que, na prática, ficaria a critério da polícia definir se há associação ao tráfico e se a quantidade apreendida no momento da abordagem policial é para uso pessoal ou para tráfico e que em 54% dos casos analisados na pesquisa em referência foi a principal prova utilizada pelo juiz para justificar a condenação³⁵. Tal situação ganhou ainda mais força com a

³³RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. p. 15 e 16. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>> Acesso em: 07/07/2020.

³⁴ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml>. Acessado: 07/07/2020.

³⁵ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml>. Acessado: 07/07/2020.

edição da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁶ que estabelece que o depoimento do policial basta como elemento de prova para condenação criminal. Nas palavras de Maria Lucia Karam³⁷:

"A guerra às drogas" não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, dirige-se sim contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da “guerra às drogas” são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os “inimigos” nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os negros, os desprovidos de poder, como os vendedores de drogas do varejo das favelas do Rio de Janeiro, demonizados como “traficantes”, ou aqueles que a eles se assemelham, pela cor da pele, pelas mesmas condições de pobreza e marginalização, pelo local de moradia que, conforme o paradigma bélico, não deve ser policiado como os demais locais de moradia, mas sim militarmente “conquistado” e ocupado”.³⁸

Assim sendo, após análise das pesquisas apresentadas é possível concluir que na ocorrência da prisão, em áreas pobres, de sujeitos portando drogas, esses são tipificados subjetivamente de acordo com os delitos previstos no Código Penal Brasileiro, havendo uma possibilidade fática da não aplicação do princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CULTURA DO MEDO

Após o demonstrado quanto ao cenário do Rio de Janeiro no que tange a política criminal de drogas, convém desenvolver neste capítulo sobre dois movimentos que estão

³⁶ Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acessado em: 09/07/2020.

³⁷ Juíza de direito aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ex-juíza auditora da Justiça Militar Federal e ex-defensora pública no Estado do Rio de Janeiro. Membro da Diretoria da LEAP-Law Enforcement Against Prohibition, membro do IBCCrim-Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do ICC-Instituto Carioca de Criminologia. Informações retiradas do Lattes. Disponível em: <http://www.studioclio.com.br/docentes/24687/maria-lucia-karam>. Acessado em: 02/10/2020.

³⁸ KARAM, Maria Lucia Karam. **Violência, militarização e ‘guerra às drogas’**. In: KUCINSKI, Bernardo [et al.]. *Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 34-38. Disponível em: https://www.academia.edu/30331040/VIOL%C3%8ANCIA_MILITARIZA%C3%87%C3%83O_E_GUERRA_%C3%80S_DROGAS. Acessado em: 02/10/2020.

intimamente ligados a política de drogas brasileira, antes de se discorrer mais especificamente sobre a Lei 11.343/2006. São eles: O Direito Penal do Inimigo e a Cultura do Medo.

No que se refere ao Direito Penal do Inimigo, ideia desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs, problematiza-se a diferenciação, por parte do Sistema Penal, concedida a determinados indivíduos dentro de uma sociedade.

Para tanto, o autor defende que existem duas esferas: O Direito Penal do cidadão, sendo este o próprio Direito Penal, no qual o cidadão, ao ser acusado de cometer determinado delito, terá sua conduta investigada e seus direitos garantidos, e mesmo no caso de ser punido, será punido como um cidadão mantendo, pelo Estado, o seu status de pessoa e o papel de cidadão reconhecido pelo Direito³⁹. E o Direito Penal do Inimigo, que não se trata necessariamente do “Direito Penal” em seu sentido literal, mas uma vertente deste, que equipara o suspeito de cometer determinado delito com inimigo, seja pelo seu comportamento, ocupações ou práticas e, por consequência, tem seus direitos ignorados.

Esta dicotomia, na visão de Günter Jakobs, não se trata de duas esferas diferentes, mas tão somente dois pólos de um mesmo “contexto jurídico-penal”, podendo inclusive se sobreporem.⁴⁰

Ao justificar a existência do chamado “Direito Penal do Inimigo”, Jakobs fundamenta sua tese por meio de teorias contratualistas de autores como Thomas Hobbes. Sobre o inimigo, o verdadeiro foco do presente tópico, Kant defende que: “eu posso obrigá-lo a entrar em um estado social legal ou afastar-se do meu lado”⁴¹. A ideia de inimigo defendida por Jakobs encontra extrema semelhança com o pensamento de Hobbes, pois esse entende que aquele que escolhe quebrar seus vínculos com a sociedade civil para viver em seu estado primitivo, ou seja em seu estado de natureza, se caracteriza automaticamente como inimigo. Na definição de Hobbes⁴² o estado de natureza “é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira

³⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p.33.

⁴⁰ JAKOBS, Günter. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo In CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 21.

⁴¹ PIM, Joám Evans, “**Para a paz perpétua**” / Immanuel Kant. – **Estudo introdutório**. Tradução Bárbara Kristensen. – Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. – (Ensaio sobre Paz e Conflitos; Vol. V). p.65.

⁴²HOBBS. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997, p. 113.

que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”⁴³. Sendo assim, para o autor, o estado natural é, portanto, um estado de guerra constante e permanente, onde os homens são inimigos uns dos outros e estes mesmos homens podem agir de qualquer forma uns com os outros, considerando que em uma guerra não há regras, nem leis, e nem mesmo a noção de justiça em seu sentido de justo ou injusto⁴⁴.

Para que o Estado de natureza, conceituado por tantos filósofos e ao mesmo tempo tão temido fosse deixado para trás foi constituído um Estado⁴⁵ como organizador da sociedade civil, por meio do contrato social, pensado por Jean Jacques Rousseau no século XVIII. Mesmo que a criação do Estado tenha implicado a redução da liberdade, e renúncia de parte dos direitos individuais, tornaram os sujeitos que aderiram a ele, cidadãos, detentores de direitos e deveres, motivo pelo qual deveriam respeitar e se sujeitar as leis civis para regular situações do dia a dia. E para aqueles indivíduos que optaram por não se envolverem como o Estado, negando a sua autoridade, e não respeitando suas regras e obrigações frente aos outros indivíduos da sociedade em que vivem, estes por serem inimigos e não estarem sujeitos as leis civis deveriam ser combatidos, tendo em vista o perigo iminente destes para uma sociedade harmônica e segura.

Considerando que o Direito Penal do inimigo pune o autor pela sua periculosidade, a proporcionalidade das penas não é considerada, tornando-as assim demasiadamente desproporcionais. Dessa forma, tal direito caracteriza-se como um Direito Penal do autor, em que a sua preocupação maior está ligada a identificação do inimigo, em contraposição aos ditames de um Estado democrático de Direito, onde deve se buscar a punição de determinado fato e nunca do sujeito em si⁴⁶. Segundo Jakobs⁴⁷: “se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo

⁴³HOBBS. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997, p. 113.

⁴⁴HOBBS. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997, p. 109.

⁴⁵ O Estado como entendemos hoje tem bases no tratado de Vestfália, que consiste na assinatura de 11 tratados ao longo de 1648 e que colocaram fim na chamada “Guerra dos Trinta anos”. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/paz-de-vestfalia/>. Não paginado. Acessado em 06/11/2020.

⁴⁶BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2006. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8439/noco-es-introductorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 22/10/2020.

⁴⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p.35.

decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”⁴⁸, de forma que devem ser tratados como verdadeiros inimigos.

Para Hobbes⁴⁹:

Os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto, não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender⁵⁰

Nas palavras de Jakobs⁵¹ “o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra”⁵². Esse cenário fica evidente quando se trata da política de drogas do Rio de Janeiro, conforme demonstrado pela Folha de São Paulo na série de reportagens denominada “Estado Alterado: Os efeitos das políticas para drogas pelo mundo”⁵³.

As favelas têm seus muros cobertos por buracos que confirmam, assim como as estatísticas, que o Rio de Janeiro é um estado violento, com taxa de 37,6 homicídios a cada 100 mil habitantes, maior que a média nacional de 31,6. A referida violência está ligada tanto a uma disputa das facções criminosas que brigam entre si pelo controle de territórios e mercados, bem como com os confrontos com as polícias Cíveis e Militares – responsáveis por um terço dos assassinatos na cidade, segundo os dados oficiais⁵⁴.

⁴⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p.35.

⁴⁹ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004. Cap. V, 10 e 11. Não paginado.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004. Cap. V, 10 e 11. Não paginado.

⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.p.33-34.

⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.p.33-34.

⁵³ Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/mundo/2020/estado-alterado-as-politicas-para-drogas-pelo-mundo/brasil/efeitos-da-guerra-as-drogas/>. Acessado em: 31/10/2020.

⁵⁴ Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/mundo/2020/estado-alterado-as-politicas-para-drogas-pelo-mundo/brasil/efeitos-da-guerra-as-drogas/>. Acessado em: 31/10/2020.

O Brasil resolveu estabelecer uma Guerra contra as Drogas e hoje, todos os indivíduos, principalmente os que estão entre o fogo cruzado – os moradores das periferias e favelas – sofrem os efeitos perversos dessa Guerra, que parece ter a intenção de realizar uma “higiene social”, pois os que estão fora dessa guerra devem ser protegidos, por serem cidadãos limpos, puros e imaculados e os que estão dentro, em razão principalmente dos estereótipos não merecem piedade, são todos criminosos e inimigos, sem a menor análise, apesar da imensa maioria nunca ter cometido ao menos um crime, entrando em cena a ideia de Jakobs de que esses são sujeitos ameaçam constantemente a paz social, neste caso, de forma grosseira, simplesmente por serem pobres, favelados e muitas das vezes negros, obrigados a viverem em meio a esse caos.

Jakobs argumenta em sua teoria de que deveriam existir dois Direitos Penais, um direcionado ao cidadão e outro ao inimigo, entretanto, não há dúvidas de que essa argumentação está destinada ao fracasso, tendo em vista que, conforme constatado por Prittwitz, o Direito Penal em sua totalidade está infectado pelo que se caracteriza como Direito Penal do Inimigo, de forma que é impensável uma reforma que concretizasse esta divisão e ao mesmo tempo permitisse um Direito Penal verdadeiramente digno de um Estado democrático de Direito⁵⁵.

Ademais, vê-se a infelicidade do autor ante a possibilidade de o Direito Penal do Inimigo ser usado para dar legitimidade a ações de regimes autoritários e como instrumento de dominação social, a ponto de que o Direito como um todo perca influência na medida em que ameaça os direitos e liberdades dos cidadãos⁵⁶.

Convém destacar uma das críticas que Cândia Meliá faz a respeito da teoria do Direito Penal do Inimigo. Primeiramente alega que tal teoria é inconstitucional e defende que o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que uma reação desproporcional e não condizente com a realidade contra indivíduos definidos como perigosos. Sustenta que, mesmo se não levarmos em conta estudos de psicologia social nos casos de suma importância para o Direito Penal do Inimigo, casos como tráfico de drogas entre outros, o que pode ser percebido na prática é que

⁵⁵ PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004, p.43.

⁵⁶PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004, p.44.

essas reações, tidas pelo próprio autor como exageradas, se dirigem na prática mais para os inimigos em sentido pseudo-religioso do que na acepção tradicional – militar do termo⁵⁷.

Nas palavras do autor:

“Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declara-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idêntico incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com o Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo”.⁵⁸

O Direito Penal do Inimigo surge como alternativa para justificar atitudes ilícitas dos governos contra os supostos inimigos, no caso específico do presente trabalho, contra pessoas negras, pobres e moradores de favelas acusadas de tráfico de drogas, decorrentes da ânsia em buscar soluções imediatas e mostrar resultados ao povo⁵⁹.

Parcela da mídia, como principal instrumento de comunicação, torna “natural” que haja mortes em favelas durante confrontos, pois se trata de um produto natural e inevitável da guerra contra o crime, em que os cadáveres são encobertos pela satisfação da eficácia preventiva, da resposta imediata clamada pela opinião pública. Mas o que realmente ocorre são as mortes de pessoas que algumas das vezes são inocentes e no caso de outras, a pena de morte através de execuções em massa sem haja ao menos um processo, pois se tratam de inimigos.

Após breve explanação sobre o tema, se torna visível o fato de que, o Direito Penal do Inimigo, ao definir que determinado tipo de comportamento advindo de um “inimigo” deve ser combatido dentro da esfera penal, acaba por criminalizar atos preparatórios e todo o contexto anterior a própria consumação do crime, que talvez não fosse nem consumado. O exemplo

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo** *Noções Críticas*.Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007. p.70-1.

⁵⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo** *Noções Críticas*.Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007. p.71-2.

⁵⁹BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2006. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8439/nocoos-introdutorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 22/10/2020.

inquestionável da influência do Direito Penal do inimigo na Lei de Drogas de 2006 são seus artigos 28, caput (com 5 verbos núcleo do tipo e 3 verbos equiparados à pena em seu §1º) e o artigo 33, caput (com 18 verbos núcleo do tipo e 19 equiparados à pena em seu §1º e incisos). Redundância, inclusive, que permite que todos os verbos núcleo do tipo que descrevem a conduta com dolo de consumo pessoal estão também na conduta que descrevem o tráfico. Seria tal redundância mera coincidência?

Indo além, a sociedade brasileira busca proteger determinados conceitos problemáticos e questionáveis, como a ordem, e os bons costumes, utilizando-se assim da “cultura do medo”, muito propagada na mídia sensacionalista.

Schneider sustenta que existe uma espécie de “fascinação pelo crime”, tendo em vista que há anos pesquisas indicam que as páginas policiais mais lidas nos jornais e periódicos “⁶⁰. O objetivo da mídia além de oferecer informação, é fundamentalmente entreter e captar audiência e por isso, continua com a produção em massa de notícias sobre a criminalidade. mesmo que para isso esteja estigmatizando determinados indivíduos. A criminologia midiática, que é como é chamado esse fenômeno, cria a realidade de um mundo repleto de pessoas decentes e imaculadas em conflito com inúmeros seres criminosos, estes identificados através de estereótipos, que se tornaram tão naturais que a sociedade ao menos consegue reconhecer determinadas atitudes como sendo preconceituosas.

Tomando como último ponto a ser discutido no presente tópico, a mídia acaba configurando parte do exercício de poder do sistema penal, pois tem o poder de criar o punitivismo popular, ou populismo penal midiático⁶¹, tendo em vista que transmite para a população, através da televisão, principal meio de comunicação de massa, uma forma muitas vezes aumentada de analisar os problemas sociais⁶². População essa que muitas das vezes possui como informação só o que é transmitido pela televisão, por meio de imagens sem contextualização. Uma parcela consideravelmente alta que não tem como costume a leitura de trabalhos especializados tampouco se interessa por discussões promovidas por partes especializadas.

⁶⁰ SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça: Pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2011, p.19.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013 p.55.

⁶² DIAS, Fábio Freitas; DIAS, Felipe da Veiga; Mendonça, TábataCassenote. **Criminologia Midiática e a Seletividade do Sistema Penal**. 2013. p.390.

3.1 TEORIA DO LABELING APPROACH OU “ETIQUETAMENTO”

No tópico anterior foi demonstrada a semelhança da teoria do Direito Penal do Inimigo em relação à atual política de drogas e como isso se torna contraditório dentro de um Estado democrático de direito. Neste tópico pretende-se discorrer sobre o processo de “fabricação dos ‘estereótipos do criminoso’”⁶³ e de que forma a seletividade dos estereótipos pode se dar pela “observação das características comuns a população criminal”, a título de exemplo.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni:

“[...] estes esteriótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde a descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinqüentes (delinqüência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)” [sic]⁶⁴

Em outras palavras, trazendo para o contexto do presente trabalho, enquanto alguns delitos são minimizados e apresentados de forma menos perversa, outros são tratados como causadores únicos de todos os problemas da sociedade com as drogas, verdadeiras ameaças a paz social.

Para adentrarmos a crítica sobre o assunto, é necessário que se faça breve explanação sobre a teoria do *Labeling Approach*. A referida teoria foi criada por autores interacionistas, quais sejam: Howard S.Becker, Edwin M. Lemert e Edwin M.Shur, que questionam “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o individuo?”, “em que condições esse indivíduo pode se tornar um objeto de definição”, e enfim, “quem define quem”?⁶⁵.

Segundo o autor Alessandro Baratta, os teóricos precursores dessa teoria, apontaram a pesquisa em duas vertentes: (i) análise da formação da “identidade” desviante, assim como para definir o “desvio secundário” que diz respeito ao efeito do etiquetamento de “criminoso” a pessoa que efetivamente recebe essa etiqueta e; (ii) investigação do que constitui o “desvio” como

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.130.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.130.

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.88.

característica imposta aos comportamentos e aos indivíduos, além de destacar quem é delegada a função de atribuir essas etiquetas, sendo no caso em tela, as agências de controle social⁶⁶.

O primeiro autor a se aprofundar o que diz respeito à análise das condutas desviantes foi Howard S. Becker, em sua obra nomeada como “Outsiders”⁶⁷. Para o autor, dentro de uma sociedade, existem os mais diversos grupos, sendo que tais grupos tendem a traçar linhas comportamentais próprias de acordo com seus valores, crenças e com o objetivo de determinar o certo e errado, para que assim “quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém que não se espera viver de acordo com as regras estipuladas com o grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider”⁶⁸.

Entretanto, cada grupo possui as respectivas concepções sobre quais são as condutas aceitáveis. Dito de outro modo, segundo Sérgio Salomão Shecaira, aquele que descumprir alguma regra em vigor pode ser interpretado como uma pessoa não confiável para viver em grupo⁶⁹. Ainda em outras palavras, a conduta desviante é constituída pela própria sociedade, ou ainda pelos mais diversos grupos sociais. Indo além, para a conduta ser rotulada como desviante, é necessária a atuação de terceiro que, a depender de outros fatores, nem sempre considerará a mesma conduta como desvio ou o mesmo agente como desviante⁷⁰. A conduta desviante torna-se assim uma definição fortemente subjetiva.

É imperioso ressaltar ainda as classificações de Erving Goffman no que tange o estigma, tendo em vista que defende em sua obra que os processos de exclusão podem ser somados, funcionando combinadamente para exclusão de determinados indivíduos⁷¹. Tal fato pode ser demonstrado nos processos de exclusão dos sujeitos mais frequentemente enquadrados no crime de tráfico (art.33 da lei 11.343/2006), sujeitos negros, pobres, moradores de favelas e com baixo grau de escolaridade.

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.89.

⁶⁷ BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

⁶⁸ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**; tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 15.

⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.292.

⁷⁰ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**; tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 15-27.

⁷¹ GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, p.14.

Outro autor muito relevante para o tema é Edwin M. Lemert, que estabeleceu a diferença entre delinquência “primária” e delinquência “secundária”. Segundo Alessandro Baratta, tal distinção demonstrou como a reação social ou a punição sobre uma primeira conduta desviante acaba por gerar um estigma, dito de outra forma, “uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização introduziu” ⁷².

Indo além, nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira sobre a *Teoria do Labeling Approach*:

Quando os outros decidem que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais ⁷³.

Conclui-se assim que tal teoria entra em comunhão direta com os contextos trazidos por Erwing Goffman e Günther Jakobs tendo em vista que a máxima transmitida com a aceitação da teoria do etiquetamento é que o jovem morador de um bairro precário que consome maconha deve ser separado da sociedade e se possível eliminado, pois por se tratar de um inimigo, amanhã pode fazer o mesmo que o *sujeito parecido* que comanda o tráfico de drogas e é responsável por inúmeros assassinatos.

4 A LEI DE DROGAS

Posto o que se vê na realidade, é preciso analisar o cenário normativo – ao qual aspira-se a ideia do que seria ideal ou perfeito – para verificar se estão em harmonia. Nesse sentido, a Lei de Drogas detém, no direito Brasileiro, a reprodução da primeira redação do fato criminoso em questão, o denominado tráfico de drogas. Foi, a princípio, tipificado em 1890, no primeiro Código Penal da República, e nesse primeiro momento ainda não havia distinção entre as substâncias que mais tarde seriam consideradas lícitas ou ilícitas. Além disso, a única pena prevista para tal delito era a de multa.

⁷²BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.89.

⁷³SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.291.

Desde esta primeira tipificação, em 1890, houve nove alterações legislativas no que concerne ao tema⁷⁴ até os dias de hoje. Totalizaram-se, portanto, dez leis, todas elas com tendência ao aumento da quantidade de penas e adição de novas condutas incriminadoras, como é o exemplo da Lei de Drogas de 2006—que além de aumentar a pena mínima, de três para cinco anos, criou um novo delito em seu artigo 36, o chamado “financiamento do tráfico”, em que a pena mínima (8 anos) é maior que a pena mínima do crime de homicídio simples (6 anos), e a pena máxima é idêntica nos dois crimes (20 anos).

Dessa forma, é preciso analisar a historicidade do tema, sem se olvidar das premissas excludentes que a história do Brasil já nos apresenta. A Lei de Drogas em questão, sendo décimo fruto daquele primeiro tipo penal, poderia padecer de isenção? Parece inevitável o questionamento sobre a racionalidade e proporcionalidade de tal lei. Por exemplo, ao considerar-se o dano promovido pela conduta típica ver-se-á que no tráfico de drogas não há violência, e tampouco dano direto as vítimas concretas. O que se tem, talvez como constante no ordenamento jurídico, é a proteção exacerbada do material.

É imperioso destacar ainda, que a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIII⁷⁵ equipara o crime de tráfico de drogas aos crimes de tortura e terrorismo, proibindo expressamente a fiança, graça ou anistia.

Entretanto, não se pode deixar de considerar que ao mesmo tempo em que aumentou a pena mínima do delito de tráfico de drogas, a Lei 11.343/2006 despenalizou a posse de drogas para uso próprio (art.28); equiparou a este a conduta praticada pelo “*grower*”, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art.28, §1º); reduziu a pena para hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º); e trouxe a previsão expressa do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III), assim como o reconhecimento dos princípios da liberdade e da diversidade (art. 4º).

⁷⁴BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**, p. 14 -18, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013_.%20. Acessado em: 07/07/2020.

⁷⁵ A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 23/10/2020.

De acordo com os ensinamentos de Boiteux⁷⁶, tais medidas trouxeram, ainda que de forma prematura e tímida, a constante punitivista do sistema penal brasileiro, isto é, o que se espera do direito penal: a redução do controle penal sobre o usuário de drogas, mesmo que na prática, pouco tenha se alterado a realidade social. Tornaram-se ainda mais importantes se comparadas às medidas impostas na antiga Lei 6.368/76⁷⁷, tendo em vista que, no contexto em que a referida lei foi criada, a política proibicionista ganhava força no cenário internacional. Tem-se, a título de exemplo, as distinções: além de aumentar em 300% (trezentos por cento) ambas as penas mínima e máxima, previu, em seu artigo 16, a pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, combinado ao pagamento de multa para o consumidor da substância considerada ilícita. No entanto, há de se considerar que o grande destaque que foi dado a implantação do artigo 28, serviu de disfarce para encobrir o desproporcional aumento da pena mínima do delito de tráfico de drogas ilícitas. Aumento esse evidente a cada nova elaboração de lei sobre o tema, seja na pena mínima, seja na pena máxima, mas sempre com tendências ao aumento do tempo de encarceramento.

Assim sendo, a lei 11.343/06 fortaleceu as punições no que tange o crime de tráfico de drogas e afastou o usuário do encarceramento das prisões, o encaminhando para tratamento, mas ainda o mantendo dentro da esfera penal. Dessa forma, a atuação penal foi dividida em dois lados, enquanto para o usuário, mero consumidor da substância considerada ilegal se aplica o modelo despenalizador, influenciado pelo discurso médico-sanitário, ao traficante é aplicada a pena de prisão, com aumento da pena mínima, justificada pelo discurso proibicionista⁷⁸.

Ocorre que, devido a carência de critérios claros e objetivos para a diferenciação das condutas de uso pessoal e tráfico de drogas, o que ocorre na prática é que o policial se torna o principal responsável por essa diferenciação, pelo fato de ser o primeiro a entrar em contato com o réu, na maioria das vezes, através do flagrante, tendo assim, sua palavra um enorme peso de

⁷⁶ BOITEUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.**

Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 4, out. 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/5261150/A_Nova_Lei_Antidrogas_e_o_Aumento_da_Pena_do_Delito_de_Tr%C3%A1fico_de_Entorpecentes_IBCCRIM_2006. Acessado em: 07/07/2020.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**, Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acessado em: 27/08/2020.

⁷⁸ BOITEUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/5261150/A_Nova_Lei_Antidrogas_e_o_Aumento_da_Pena_do_Delito_de_Tr%C3%A1fico_de_Entorpecentes_IBCCRIM_2006. Acessado em: 07/07/2020.

decisão na vida daquele indivíduo que por diversas vezes se resumem a pessoas com situações de vida difíceis, que são enquadradas como traficantes por conta de sua condição social ou racial, ou melhor dizendo, por conta dos preconceitos gritantes e vergonhosos que acompanham, mesmo que inconscientemente, uma enorme parcela da sociedade.

Como descrito por Julita Lemgruber e Luciana Boiteux:

“Ora, quem acompanha o funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil sabe que o exame das “circunstâncias sociais e pessoais” é uma brecha para a rotulagem segundo atributos econômicos e sociorraciais, que tem levado jovens pobres, sobretudo negros, sem recursos para pagar advogados, ao encarceramento por tráfico, enquanto outros jovens com a mesma quantidade de drogas, mas com melhores “circunstâncias sociais e pessoais” são enquadrados como usuários e não submetidos à prisão”⁷⁹.

4.1 DESPENALIZAÇÃO X DISCRIMINALIZAÇÃO

Os termos “despenalização” e “descriminalização” são comumente confundidos em nosso meio social, mas é cabido, devido à relevância do tema, atribuir destaque ao significado jurídico de cada um deles. Desse modo, de acordo com Paulo Queiroz⁸⁰, a despenalização ocorre quando há a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza, tendo como exemplo a restritiva de direito; já a descriminalização se verifica na ocorrência de abolição da criminalização (tipificação), tornando a ação irrelevante para o direito penal. Isto posto, se com a despenalização a conduta permanece sendo considerada um crime, assim dizendo, criminosa, com a descriminalização o fato deixa de ser uma infração penal (crime ou contravenção).

Pois bem, para Luiz Flávio Gomes o fato é que a posse de drogas para uso pessoal, mesmo após a inovação trazida pela lei de drogas de 2006, continua sendo considerada uma conduta ilícita, ou seja, uma infração, mas sem natureza penal. Sendo assim, o que ocorreu foi tão somente a descriminalização formal, sem a ocorrência conjunta da legalização. A partir disso, o autor defende que:

⁷⁹ LEMGRUBER, J.; BOITEUX, L. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, R. S. de; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. de. Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014. p. 360. Disponível em: https://www.academia.edu/6663589/O_Fracasso_da_Guerra_%C3%A0s_Drogas_2014. Acessado em: 02/10/2020.

⁸⁰ QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Não paginado. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao>. Acessado em: 15/09/2020.

Há duas espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter de ilícito penal da conduta mas não a legaliza e (b) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente. Na primeira hipótese, o fato continuando ilícito (proibido), porém, exclui-se a incidência do direito penal. O fato deixa de ser punível (do ponto de vista penal). Passa a ser um ilícito administrativo ou de outra natureza. Retira-se da conduta a etiqueta de “crime” (embora permaneça ilicitude). Descriminalizar, assim, é diferente de descriminalizar e concomitantemente legalizar a conduta. Sempre que ocorre uma descriminalização é preciso verificar se o ato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se (embora não configurando uma infração penal) continua sendo contrário ao direito. O fato descriminalizado (que é retirado do âmbito do direito penal) pode deixar de constituir um ilícito penal, mas continuar sendo sancionado administrativamente ou com sanção de outra natureza. Na legalização o fato é descriminalizado e deixa de ser ilícito, ou seja, passa a não ser objeto de qualquer tipo de sanção⁸¹.

Em outras palavras, o professor Luís Flávio Gomes afirma que houve o que convencionou como discriminação formal da conduta de porte de drogas para consumo próprio, de forma que o art.28 se trataria de uma “infração penal sui generis”, tendo em vista não se encaixar no conceito de crime, nem na definição de contravenção penal. Concluindo assim que a inovação trazida pela Lei de Drogas de 2006 “retira o caráter criminoso do fato mas não retira do campo do direito penal”⁸². Houve, portanto, a descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou discriminação substancial).

Tal tese se apoia no Decreto-Lei nº 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal – LICP)⁸³, que dispõe em seu art.1º:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Segundo a Lei de introdução ao Código Penal (LICP), o tipo penal deve conter em seu preceito secundário, inalteradamente, uma sanção restritiva de liberdade, sob pena de não ser considerado crime, embora continuando haver a ilicitude da conduta.

No entanto, de acordo com o Supremo Tribunal Federal:

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Tóxico: Descriminalização de Posse de Drogas para Consumo Pessoal**. Revista Juristas. p.01. out. de 2006. Disponível em: http://portalantigo.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/nova_lei_toxicos_luiz_flavio_gomes.pdf. Acessado em: 15/09/2020.

⁸² GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.120.

⁸³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acessado em 15/09/2020.

O que houve repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento - antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24) - da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.” (RE 430105 QO, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)⁸⁴.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de se considerar a ocorrência de mera despenalização, atentando para o fato de que a conduta de portar e consumir drogas continua sendo tipificada no código penal brasileiro e sobretudo, considerada ilícita.

Ademais, o que realmente interessa para a definição legal de crime, não é propriamente a espécie de pena cominada, mas os seus pressupostos legais formais. Além do fato que, o rol das penas constitucionais não é taxativo, mas meramente exemplificativo, por esse motivo, o legislador poderá criar outras tantas penas, se atentando apenas para o fato da compatibilidade com a dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade das penas, proibitivo de penas cruéis e degradantes, entre outras⁸⁵ (Constituição Federal Brasileira de 1988, art. 5º, XLVII⁸⁶).

De tal forma, ao não cominar pena privativa da liberdade, o art. 28 não implicou o *abolitio criminis*, mas simples despenalização, ou seja, manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa de liberdade.⁸⁷

⁸⁴ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>. Acessado em: 24/09/2020.

⁸⁵ QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Não paginado. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao>. Acessado em: 15/09/2020.

⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 24/09/2020.

⁸⁷ QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Não paginado. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/>. Acessado em: 25/09/2020.

4.2 O USUÁRIO, O TRAFICANTE E O TRAFICANTE OCASIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

O advento da lei 11.343/06 estabelece tratamento diferenciado ao usuário buscando desassociar a imagem criminosa deste agente, e buscando vislumbrar o usuário como um doente que possui necessidade de tratamento. A nova Lei de Drogas rompeu com o sistema das leis anteriores, adotando políticas de redução de riscos, principalmente em relação aos usuários e dependentes, não prevendo medidas privativas de liberdade, mas sim o tratamento e recuperação, além da preocupação com a reinserção social dos indivíduos⁸⁸.

Existe, ainda, o contraponto de Luiz Flávio Gomes a Lei 11.343/06 possui alguns pontos centrais, que merecem destaque: “a pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; a eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); o rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; a clara distinção entre o traficante “profissional” e o traficante ocasional; a louvável clareza na configuração do rito procedimento e o inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas”⁸⁹.

Conceitua-se usuário sendo aquele que, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art.28, caput)⁹⁰. Todavia, apesar da preconização e classificação na Lei 11.343/06, o legislador prima no caso em comento por tratamento diverso da pena restritiva de liberdade. No entanto, pelo caso ainda pertencer à esfera criminal, caberá ao juiz do feito, distinguir se o infrator é mero usuário ou traficante.

⁸⁸MORAES, Alexandre de; SMANIO, GianpaoloPoggio. **Legislação Penal Especial**. 10. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.109

⁸⁹ GOMES, Luiz Flavio, Antonio Garcia – Pablos de Molina, Alice Bianchini. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁹⁰BRASIL. **Art. 28 da Lei nº 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>> Acessado em: 07/10/2020

Do ponto de vista de Karam⁹¹ o texto legal não inovou de forma significativa, visto que a posse para uso pessoal, por conta do apenamento antes recebido – 6 meses a 2 anos de detenção – nos moldes da Lei 9.099/95 já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo e, por conta disso, a resposta penal já previa a não imposição de pena privativa de liberdade ao indivíduo enquadrado como usuário, de modo que era possível a aplicação de penas e medidas alternativas ao cárcere. Quanto ao traficante, Nucci defende que o crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 se trata de crime de perigo abstrato, tendo em vista que existe a possibilidade de dano ao bem jurídico tutelado, ainda que não haja prova da probabilidade⁹². E alega ainda que a segurança se encontra na certeza que o legislador agirá baseado em sólidas e estruturas experiências, que demonstram claramente a necessidade de proibição de determinada conduta ante sua colisão com bens jurídicos indispensáveis a vida em sociedade⁹³.

A crítica presente na fala de Nucci se refere ao fato do crime de tráfico de drogas, definido na Lei 13.343 de 2006, se tratar de um crime onde não há necessariamente dano ao bem jurídico. As convenções internacionais e leis nacionais sobre o tema discriminariamente proíbem condutas de produtores, comerciantes e consumidores de drogas que são arbitrariamente caracterizadas como ilícitas, sem que ao menos seja considerado o princípio da isonomia, criando dessa forma crimes sem vítimas, violando também a exigência de ofensividade da conduta proibida quando criminalizam a mera posse dessas substâncias e a negociação entre adultos⁹⁴. Tal conduta é criminalizada desconsiderando tal fato e encontra suporte no raciocínio de Günther Jakobs, sobre o Direito Penal do Inimigo, direito esse discutido no tópico anterior (3). O que se deseja punir na Teoria do Direito Penal do Inimigo são elementos internos do agente e da própria preparação, e a pena se dirige à proteção de atos futuros⁹⁵, o que caracteriza o Direito Penal do

⁹¹ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.138.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 326-327.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 326-327.

⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Proibição das drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de estudos constitucionais (RBEC) nº 25, 2013. Não paginado. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais. Acessado em: 02/11/2020.

⁹⁵ JAKOBS. In JAKOBS; CANCIO MELIÁ. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p.36.

Inimigo como um direito do autor⁹⁶ e não do fato.

Pautando-se em tais considerações, a lei penal brasileira faz diferença em seu texto entre o usuário e o traficante, ainda que de forma superficial. Assim, além do usuário e do traficante, a Lei de Drogas indica, ainda, a existência de uma terceira pessoa – o traficante ocasional, desta forma denominado pela doutrina. Os ditames a ele referentes estão inseridos no § 4º do artigo 33, que dispõe que assim é considerado o que, ainda que pratique as condutas do caput e do § 1º, aqui já delineadas, é “primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”⁹⁷.

Ainda no que diz respeito ao traficante ocasional, pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça, à Universidade Federal do Rio de Janeiro e à Universidade de Brasília, por meio do Projeto Pensando o Direito (2009)⁹⁸ revela que a maior parte dos presos por tráfico no Brasil são réus primários, com bons antecedentes e não agem em comunhão de vontade com outros indivíduos (organização criminosa), além de serem pegos com pouca quantidade de drogas, prevalecendo então a figura do traficante ocasional. Comprovou-se ainda que, o sistema penal não consegue capturar a figura do grande traficante, selecionando os indivíduos que estão na hierarquia inferior do sistema de drogas.

Conforme os ensinamentos de Capez⁹⁹ a pena de prisão deve se restringir aos casos em que há maior desvalorização social na ação ou sobre aqueles indivíduos que denotam maior periculosidade ou ainda, naquelas hipóteses em que há a verdadeira necessidade do cárcere. Quer dizer que a intervenção do Direito Penal no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido se for feita como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico¹⁰⁰.

Veja bem, segundo a definição do que seria a pena para Günther Jakobs, autor da Teoria

⁹⁶CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo** Noções Críticas, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p.80.

⁹⁷**Art. 33, § 4º** Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. **Lei 11.343**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acessado em: 27/08/2020

⁹⁸Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/35Pensando_Direito1.pdf. Acessado em: 02/11/2020.

⁹⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.5-6.

¹⁰⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.5-6.

do Direito Penal do inimigo, essa teria como função reforçar a segurança das pessoas no que diz respeito ao Direito, fazendo com que elas fossem fiéis a ele, confiando assim em sua efetividade, pois a pena, teria a função de assegurar uma norma, mas a forma com que a pena vem sendo tratada e sua aplicação em massa com base em critérios subjetivos torna evidente a falha no que tange a política de drogas, que resumidamente, na medida em que torna as penas mais severas os números demonstram a crescente onda de violência e ineficácia da severidade da Lei 11.343/2006.

O uso do Direito Penal só se justifica para a proteção de bens jurídicos essenciais e, na medida em que pune ou impede a prática de determinadas infrações acaba por consequência despertando a consciência jurídica da população.

Em suma, “tal política punitiva, ao priorizar a prisão e deixar em segundo plano a prevenção e o tratamento, é apontada como responsável pelo aumento da superpopulação carcerária em quase todo o mundo”¹⁰¹. Para o filósofo Michel Foucault a função real da pena seria a sua versão oculta, a de produzir a criminalidade e não o que se formalmente espera dela, ou seja, combatê-la. Então, quando se prega que a prisão está fracassando, na verdade para Foucault, ela está cumprindo os seus objetivos ocultos:

A prisão não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável”, porque “ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irreduzível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar”¹⁰².

Em relação às penas a ele impostas se falará mais detidamente na seção seguinte, em que se buscará estabelecer um paralelo entre as sanções impostas ao traficante e ao que for identificado como traficante ocasional.

¹⁰¹BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**, 2013. p.9. Disponível em: [A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econômicos_da_atual_política_do_Brasil_2013_](#) Acessado em: 07/07/2020.

¹⁰² FOUCAULT, Vigiar e punir. **História da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramallete. 12.ed. Petrópolis Vozes, 1995, p.79.

4.3 A COMPARAÇÃO ENTRE AS PENAS DO TRAFICANTE E DO TRAFICANTE OCASIONAL

A nova lei de drogas propiciou a individualização das várias espécies de traficantes, inclusive prevendo causa de diminuição na hipótese do tráfico privilegiado, dito pequeno traficante, ao tempo em que passou a punir com rigor a associação, o financiamento e o incentivo ao tráfico. Assim, com a Lei 11.343/06, a pena mínima para o tráfico foi elevada para 5 (cinco) anos, sendo certo que, em todas as fases de estudos e tramitação do Projeto de Lei 7.134/02, ficou bem claro que o Legislador pretendeu agravar a situação daqueles que praticam condutas mais lesivas à sociedade (o traficante empresário, organizado, profissional, etc.), e propiciar a recuperação ou reinserção daqueles que praticam condutas menos ofensivas à sociedade (os traficantes ocasionais, mulas, usuários-traficantes, etc.).

A Lei 11.343/2006 é um exemplo de *novatio legis in pejus*, em que a nova lei pune com mais rigor conduta já criminalizada, como é o caso do tráfico de drogas, já que elevou consideravelmente a cominação legal em abstrato, pois o artigo 12 da lei 6.368/76, previa penas de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos e de multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, já o artigo 33 da nova lei comina pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e de multa de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Do mesmo modo, a nova Lei tornou mais árduo o cumprimento da pena, inclusive com as inovações de vedação ao *sursis* e de proibição de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. A respeito das espécies de penas restritivas de direito, dispõe o artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;
II - perda de bens e valores;
III - (VETADO)
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V - interdição temporária de direitos;
VI - limitação de fim de semana.

Contudo, essa alternatividade obedece a requisitos, como por exemplo, pena cominada não superior a quatro anos e o crime ser culposo. A lei 9714/1998 inseriu esse rol de penas alternativas e estabeleceu os critérios de sua aplicação. Desta feita, é o que aduz o artigo 44 do

Código Penal Brasileiro:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Cabe destacar que Bitencourt tece crítica fundada sobre essa modalidade de pena alternativa:

“A denominação “penas restritivas de direito” não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à “restrição de direitos”. As outras, prestação pecuniária e perda de bens e valores, são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado”¹⁰³.

Em análise às 5 (cinco) espécies de penas restritivas de direito, nos cabe discorrer sobre a interpretação dos mais diversos autores sobre o dispositivo, sendo o primeiro Luiz Regis Prado ensina que a perda de bens e valores é a perda dos bens do apenado em prol do Fundo Penitenciário¹⁰⁴. Ainda quanto à espécie citada, o doutrinador André Estefan assevera que essa arrecadação é baseada no prejuízo e/ou no proveito obtido pelo criminoso na prática do crime, prevalecendo o maior prejuízo¹⁰⁵. Nas lições de Mirabete, quanto à prestação pecuniária esta tem por fim reparar o dano causado à vítima, aos seus dependentes e a entidades públicas ou privadas não podendo ser inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos¹⁰⁶.

O autor ainda preleciona que a restrição chamada de limitação de fim de semana é a obrigação que tem o condenado de permanecer durante o fim de semana (sábado e domingo), por 5 horas diárias em casa de albergado ou qualquer outro estabelecimento que seja adequado, onde serão ministrados cursos e palestras, visando à reabilitação do indivíduo¹⁰⁷. Outra espécie de pena

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.5. 8º Ed. Editora: Saraiva, 2014, p.651.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. VI. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.680.

¹⁰⁵ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.330.

¹⁰⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v.I. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.261.

¹⁰⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v.I. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.268.

que poderá ser aplicada ao condenado é a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a qual consiste no trabalho não remunerado destinado ao criminoso com vistas à prestação durante algumas horas diárias a ser definida em cada caso, com fins úteis a sociedade. E devem ser prestados, preferencialmente, em instituições destinadas a prevenção e a recuperação de usuários e dependentes químicos.

Quanto à última modalidade, qual seja a interdição temporária de direitos, Mirabete explica que se trata de modalidade específica e tem por finalidade afastar ou impedir o criminoso da prática de determinados atos nos quais se mostrou incapaz de executá-los com responsabilidade ou sem oferecer perigo¹⁰⁸.

Ainda sobre a interdição temporária de direitos, o artigo 47 do Código Penal estabelece quais são os direitos interditados. São eles:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

IV - proibição de frequentar determinados lugares;

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

5 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Neste capítulo, pretende-se abordar as nuances do princípio da insignificância dentro do contexto proposto, tendo em vista que os princípios norteadores do Direito Penal se correlacionam. Assim, tem-se que conceitualmente, a princípio, pode ser descrito como uma espécie de tentativa de recuperação da legitimidade do Direito Penal, com o condensamento de seus valores à qualidade dos fatos que visa, de maneira abstrata ou concreta, reprimir.

A aplicação do referente princípio é extremamente polêmica e comporta diversos posicionamentos na jurisprudência, tendo em vista o caráter subjetivo de sua incidência e pelas consequências jurídicas que o acompanham. O princípio da insignificância tem a aptidão de afastar a tipicidade material da conduta, mas de um modo geral, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a tese de que não há aplicabilidade do referido princípio aos crimes elencados na Lei

¹⁰⁸MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v.I. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.264.

de Drogas por esses se tratarem de crime de perigo abstrato. Quanto ao crime do artigo 28, a jurisprudência dominante defende que a pequena quantidade de droga por si só, já caracteriza o crime, tornando assim inaplicável o presente princípio.

Abaixo decisão neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – saúde pública. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁰⁹.

No que diz respeito ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar decisões em ambos os sentidos, veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida¹¹⁰.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. POSSE DE ENTORPECENTES. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO AI N.º 747.522. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A

¹⁰⁹STJ, **AgRg no RHC 68686q/MS**, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 12.09.2016.

¹¹⁰ STF, **HC 110478/SC**, 1ª Turma Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2012.

aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controversia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do AI n.º 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 25/9/2009 . 2. A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal¹¹¹.

No meio jurídico, cada situação com suas devidas especificidades pode gerar diferentes análises e interpretações, por isso, os doutrinadores por muitas vezes divergem opiniões durante o julgamento de um caso concreto, abrindo assim um precedente sob determinado dispositivo de lei, o que faz com que, diretamente no caso do Brasil, a jurisprudência seja fortemente utilizada como argumento nos julgamentos de casos semelhantes.

Ainda sobre o artigo 28 da referida Lei, o que se pune é a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte ou o porte da droga para o próprio consumo, ocorre que, nos casos em que o agente adquire a droga para consumo imediato há de se considerar a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista se tratar de atipicidade da conduta de consumir¹¹².

Coadunando com esse entendimento Fernando Capez aponta que:

A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação¹¹³.

A Lei 11.343/2006, ao prever a criminalização de determinadas condutas relacionadas a drogas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não deixa claro em seus artigos quais seriam as substâncias ou sua regulamentação. É previsto no parágrafo único do parágrafo primeiro que:

¹¹¹STF, **ARE 728688/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2013.

¹¹² MOREIRA, Ana Luísa Nogueira. **O princípio da Insignificância e sua aplicação do Direito Penal Brasileiro: alguns apontamentos**, 2019. Não paginado. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro-alguns-apontamentos/>. Acessado em 02/11/2020.

¹¹³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Especial**. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 684-685.

Para fins desta Lei consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União¹¹⁴.

A lista a que a Lei se refere é disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), mediante portaria, capaz de ser editada (seja para inclusão ou para exclusão) sem qualquer necessidade de respaldo do Poder Legislativo.

O legislador constituinte previu, no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que a lei consideraria crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. E em razão disso, em teoria, o tráfico de drogas não permitiria o reconhecimento e consequente aplicação do princípio da insignificância, entretanto esse é o entendimento majoritário, mas não uníssono.

Como visto, trata-se de uma norma constitucional não aplicável, posto que necessita de lei para sua regulamentação. Nesse caso específico, é a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, cuja função é prescrever 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 providências¹¹⁵.

A teoria do bem jurídico tutelado resulta do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*. Tal princípio defende que ao Direito Penal cabe apenas resguardar os bens jurídicos que sejam mais relevantes para a sociedade, se correlacionando assim com o princípio da adequação

¹¹⁴BRASIL. **Lei nº 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. Acessado em: 07/10/2020

¹¹⁵BRASIL. **Lei nº 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. Acessado em: 07/10/2020.

social. Os bens jurídicos penalmente relevantes seriam os bens cuja lesão implicasse confronto ao convívio social harmônico, e ao Estado caberia tutelar e proteger a chamada “paz social”¹¹⁶.

A atual lei de drogas acaba por desconsiderar que a conduta de determinados sujeitos só deve ser criminalizada quando se tratar de uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos, ou até mesmo na ocorrência de exposição deste mesmo bem jurídico a um perigo de lesão concreto, direto e imediato¹¹⁷. Em um Estado democrático, como é o caso do Brasil, as condutas que não envolvem efetivamente um risco, ou melhor, um risco concreto, direto e imediato para TERCEIROS, não devem ser criminalizadas, pois um Estado Democrático de Direito é baseado numa sociedade que respeita a dignidade, a liberdade e os direitos humanos, e se torna ainda mais importante se considerarmos se tratar de uma conquista histórica.

Os direitos fundamentais vêm expressos na Carta Magna de forma explícita e implícita, por meio de princípios gerais, amplos ou específicos. A afirmação máxima presente em todos é o entendimento de que a pessoa humana é o bem jurídico maior a ser preservado¹¹⁸.

Ocorre que, a Lei 11.343/06 traz em seu texto a finalidade de proteção do bem jurídico da saúde pública. A posse para uso pessoal se trata de um mero perigo de autolesão, ligada ao titular do bem jurídico, enquanto capaz de exercer seu direito. Dito de outra forma, o titular do bem jurídico deve ter o poder de exercer o poder de dispor de sua própria saúde. Deve ser livre para pensar, dizer e fazer o que quiser dentro de sua esfera de individualidade.

Sobre o pretexto de proteção a saúde e a arbitrariedade da seleção das drogas tornadas ilícitas, Bustos Ramírez aponta que:

no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege frente a toda droga la salud pública y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayordañosa social, sino todo lo contrario, esto es, aquellas permitidas¹¹⁹.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 47-49.

¹¹⁷ KARAM, Maria Lucia. **Proibição as drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de estudos constitucionais (RBEC) nº 25, 2013. Não paginado. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais . Acessado em: 02/11/2020.

¹¹⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 30-31.

¹¹⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Coca Cocaína: entre el derecho y la guerra (Política criminal de la droga en los Países Andinos)**. Barcelona: PPU, 1990, p.65.

No artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, já se afirmava que:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.¹²⁰

No mesmo sentido, Fernando Capez:

O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido¹²¹.

O estado democrático de direito não tem autorização para tomar decisões em nome do indivíduo, sob a justificativa de protegê-lo. Ninguém pode ser coagido a ser protegido contra a sua própria vontade, ainda mais se consideramos o fato de que em uma democracia a capacidade de escolha é onde encontra sua base.

O aspecto simbólico dado a tutela ao bem jurídico de aproxima de maneira preocupante com a teoria do Direito Penal do Inimigo, vejamos:

O Direito Penal simbólico não só identifica um determinado “fato”, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como “outros”, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do “outro”. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A seguir, pode ser examinado o que surge de sua união: o direito penal do inimigo¹²².

¹²⁰ FRANÇA, 26 de Agosto de 1789. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html#:~:text=n%C3%A3o%20emane%20expressamente,-,Art.,o%20gozo%20dos%20mesmos%20direitos>. Acessado em: 03/11/2020.

¹²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.150.

¹²² JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Organização e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.88.

Após breve explanação sobre o bem jurídico tutelado pelo Estado, o princípio da insignificância tem como objetivo excluir da tutela do Direito Penal os bens jurídicos que, ainda que tenham sofrido alguma lesão, se irrisória, o que acaba por afastar a tipicidade da conduta.

O Supremo Tribunal Federal tem o entendimento que para que ocorra a aplicação de tal princípio devem restar configurados os seguintes requisitos: São eles: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da conduta do agente, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada¹²³.

Assim sendo os crimes tipificados na Lei 11.343/2006 acabam por incitar uma polêmica discussão, tendo em vista que, os crimes elencados pela lei de drogas tratam-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, onde o mero perigo de lesão já basta para configurá-lo, não necessitando assim do dano concreto.

O princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível com a Lei 11.343/2006 sem que se considere a sobrecarga dos sistemas judiciário e carcerário e que haja uma análise de cada situação concreta em conjunto com outros princípios da seara penal, ponderando assim, de forma justa, os argumentos para a ocorrência da aplicação ou afastamento.

5.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A própria Lei 11.343/06 esclarece que o princípio da proporcionalidade deverá ser aplicado para a busca do equilíbrio entre a repressão ao tráfico e as demais atividades necessárias para combatê-lo e prevenir a disseminação das substâncias entorpecentes na sociedade. A referida norma deixa claro, no inciso X do art. 4.º, que o legislador não busca somente a punição (*warofdrugs* - guerra às drogas, expressão oriunda do sistema norte-americano de combate às drogas), mas também a prevenção. Segundo Boiteux e Pádua tal proporcionalidade deve ser exigida em todas as leis penais, mas ainda mais, nas leis penais, pois essas atingem de maneira ainda mais direta os direitos fundamentais¹²⁴. No direito penal, é o princípio da proporcionalidade

¹²³HC 96.823/RS, 2ª T., Rel. Min, Celso de Mello, julgamento 16/12/2008, publicado no DJe-064 de 03/04/2009 Apud. GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 65-66.

¹²⁴ BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**, 2013. p.40. Disponível em: https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013. Acesso em: 07/07/2020.

responsável pela ponderação quanto a pena a ser atribuída ao agente de acordo com a lesão ao bem jurídico.

Em função do caráter genérico da atual Lei de Drogas, essa não discrimina elementos objetivos para a diferenciação entre a posse para uso ou tráfico, consonante ao o parágrafo 2º do artigo 28 da referida lei no que se tange a avaliação a ser realizada pela autoridade judiciária:

atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (grifos meus)¹²⁵.

A quantidade da droga apreendida, em muitos casos a *cannabis*, vulgarmente chamada de maconha, parece não ser levada em conta, visto que estudos apontam uma quantidade muito pequena apreendida em casos enquadrados como tráfico de drogas¹²⁶.

Indo além, no mundo jurídico há um enorme debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 por violar o princípio da transcendentalidade e outros, levando em consideração que criminaliza a conduta do porte de drogas para consumo pessoal, e tal conduta ao ser praticada não sai da esfera própria do agente.

Quanto ao tráfico de drogas, conduta tipificada no artigo 33, traremos para reflexão os parágrafos segundo e terceiro do artigo 33, que apresentam pontos controvertidos interessantes. Prevê o parágrafo segundo a pena de detenção, de um a três anos e multa de cem a trezentos dias multa quem “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”¹²⁷.

A conduta em destaque tem como previsão a mesma pena prevista para a tentativa de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio resultando em lesão corporal grave (salvo o regime inicial de cumprimento de pena)¹²⁸; exposição ou abandono de recém-nascido qualificada pelo

¹²⁵BRASIL. **Art. 28 da Lei nº 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. Acessado em: 27/08/2020.

¹²⁶ RAPIZO, E. **Panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro - 2010 - 2016.** Rio de Janeiro: [s.n.]. Não paginado. Disponível em: http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf. Acessado em: 02/11/2020.

¹²⁷ BRASIL. **Lei 11.343.** Op. Cit.

¹²⁸ BRASIL. **Art. 122, Decreto-Lei 2.848 - Código Penal.** Rio de Janeiro, DF. Presidência da República 1940.

resultado de lesão corporal grave¹²⁹; sequestro e cárcere privado (salvo regime inicial de cumprimento de pena)¹³⁰. O que nos faz questionar sua adequação ao princípio da proporcionalidade, vez que prevê para um crime de perigo abstrato penas similares a crimes materiais contra a vida e a liberdade individual.

É imperioso ressaltar ainda que mesmo que os direitos fundamentais estejam positivados, estes não terão valor algum se o Estado-Juiz não lhes aplicar efetivamente nos casos concretos, pensamento este trazido por Luiz Flávio Gomes da seguinte forma: “De nada valem os textos constitucionais e internacionais, com toda carga liberal e humanitária que ostentam, se não se incorporarem na praxe judicial”.¹³¹.

Comenta Franzoi¹³² que é evidente que a culpabilidade do grande traficante, aquele que realmente financia o tráfico e está envolvido diretamente com outros crimes mais graves não é a mesma daquele jovem dependente que se envolveu ocasionalmente com o crime para sustentar o seu vício ou, daqueles pequenos traficantes que possuem a característica de serem facilmente substituíveis e não dominarem o mercado (as chamadas “mulas” e “aviãozinho”) ou em muitos outros casos a mulher que leva drogas para o seu parceiro em função de ligações familiares ou afetivas. Esses últimos, geralmente, são desprovidos de qualquer periculosidade, já que da maneira que o tráfico está engendrado é peculiar à possibilidade do sujeito enquadrado como traficante não estar envolvido em uma rede criminosa, não apresentando grave risco à sociedade e, portanto, merecendo tratamento diferenciado em homenagem ao princípio da isonomia.

6 POR QUÊ NÃO?

É imperioso ressaltar que o Rio de Janeiro é o emblema do fracasso do Estado Brasileiro em lidar com as drogas ilegais. Entretanto, a questão das drogas, ao mesmo tempo em que é um

¹²⁹ BRASIL. Art. 134, §1º, Decreto-Lei 2.848 - Código Penal. Rio de Janeiro, DF. Presidência da República 1940.

¹³⁰ BRASIL. Art. 148, caput, Decreto-Lei 2.848 - Código Penal. Rio de Janeiro, DF. Presidência da República 1940.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 102.

¹³² FRANZOI, Sandro Marcelo Paris, **A inconstitucional vedação da substituição da pena a traficante na nova lei de tóxico**. Revista IOB de direito penal e processual penal, v.7, n.40, Imprensa: São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 23.

problema grave para o Brasil, também é para outros países, o que os diferencia é o modo que resolveram lidar com isso.

O tema das drogas é um tema de muita importância e é imprescindível que a sociedade o discuta, reflita e debata sobre os possíveis caminhos, tendo em vista que a forma com que o Brasil lida, através da repressão policial não está funcionando, muito pelo contrário, o que mais vemos hoje, é o efeito da guerra as drogas de forma negativa, por meio da violência, das grandes facções, dos presídios superlotados e as drogas que arbitrariamente são consideradas ilícitas se tornam cada dia mais baratas, potentes e diversificadas. Em uma sociedade tão desigual e violenta como a Brasileira, ter um relacionamento desigual e violento com relação as drogas é ainda mais devastador. Deveríamos pensar se não podemos fazer as coisas de uma forma diferente, como sociedade. Deveriam ser discutidos modelos alternativos viáveis que distanciem a política de proibição, que busquem preservar o usuário e a implementem políticas públicas que possam de fato reduzir danos e não agravar ainda mais a situação¹³³, se é que isso é possível.

Assim como existem países em que houve a discriminação e legalização aliadas a redução de danos aos consumidores, como é o exemplo o Uruguai, Portugal e parte dos Estados Unidos existem países em que a sociedade é ainda mais conservadora e se apoia em penas mais duras que as do Brasil, chegando até a pena de morte, no caso da Indonésia na Ásia. Mas ao notar mudanças positivas no cenário internacional o debate acerca da necessidade de alteração das políticas de drogas ganha fôlego¹³⁴.

As drogas fazem parte da sociedade brasileira há muito tempo, segundo dados do 3º levantamento nacional sobre o Uso de Drogas divulgado pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) a maconha é a droga ilícita mais consumida no Brasil, sendo que 7,7% da população de 12 a 65 anos já relatou ter consumido a substância ao menos uma vez na vida, na sequência

¹³³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. **Impacto da Lei 11.343/06 no Encarceramento e Possíveis Alternativas**. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.8. Disponível em: https://www.academia.edu/33324749/IMPACTO_DA_LEI_11_343_06_NO_ENCARCERAMENTO_E_POSS%C3%8DVEIS_ALTERNATIVAS_1?email_work_card=minimal-title. Acessado em: 03/11/2020.

¹³⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. **Impacto da Lei 11.343/06 no Encarceramento e Possíveis Alternativas**. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.9. Disponível em: https://www.academia.edu/33324749/IMPACTO_DA_LEI_11_343_06_NO_ENCARCERAMENTO_E_POSS%C3%8DVEIS_ALTERNATIVAS_1?email_work_card=minimal-title. Acessado em: 03/11/2020.

vem cocaína com 3,1%¹³⁵. Esse é um dos exemplos que as drogas atualmente consideradas ilícitas estão muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e os sujeitos envolvidos com elas, tais sejam: produtores, comerciantes e consumidores, comecem a ser combatidos como “inimigos” nessa nociva e sanguinária guerra¹³⁶.

Ao longo do último século a legislação brasileira foi endurecendo, seguindo muito tratados internacionais, a pressão de outros países, principalmente dos Estados Unidos. Um exemplo disso é que na Constituição Brasileira de 1988 o tráfico de drogas é caracterizado como um crime inafiançável que não pode ser anistiado. Temos uma lei de drogas em vigor que é a Lei 11.343 de 2006 que tentou reduzir o encarceramento, abrandar as coisas, ao acabar com a pena de prisão para o usuário, punindo com prisão somente a figurado traficante. Mas a lei não estabelece critérios claros e objetivos sobre o que define o usuário e o que define o traficante, pelo contrário, traz em seu texto que se deve avaliar o contexto, o histórico, e outros fatores subjetivos, mas segundo alguns advogados e até juízes isso abre margem para a arbitrariedade.

Partindo para uma realidade fática a Guerra as Drogas afeta diariamente a vida diária dos moradores de favelas como a do Jacarezinho, localizada na Zona Norte do Rio de Janeiro. Os moradores, quando entrevistados, ou até mesmo em uma simples conversa sobre a realidade de morar em favelas, relatam estar no meio de uma guerra que não pertence a eles. De um lado a polícia, de outro o crime organizado. Em situações diversas do cotidiano, ao sair de suas casas e da favela, são abordados por policiais para revista e não podem fazer nenhum movimento brusco para que não sejam reprimidos. , Durante os confrontos entre grupos criminosos ou destes contra a polícia, que chegam a durar dias, as pessoas não podem sair de casa, são impedidas de ir pro trabalho, e ainda podem passar pelo drama de terem familiares mortos..

O crime organizado impõe regras aos moradores, e o combinado é que se cada um fizer a sua parte não haverá violência, mas quando a polícia decide romper um acordo tácito e invadir com operações policiais, há violência. Os moradores questionam por diversas vezes a ação da

¹³⁵ Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/34614/1/III%20LNUD_PORTUGU%c3%8aS.pdf. Acessado em: 01/11/2020.

¹³⁶ KARAM, Maria Lucia. **Proibição as drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de estudos constitucionais (RBEC) nº 25, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais. Acessado em: 02/11/2020.

polícia, fazem protestos quando podem. Questionam a ação do Estado, que está avançando sobre eles, sobre as casas deles (lajes), as famílias, de um jeito irregular, muitas vezes ilegal. No dia-a-dia as pessoas que vivem nessas comunidades, vivem num Estado de Guerra sem terem o que fazer oprimidos por essa violência¹³⁷.

Vejamos o ponto de vista Maria Lúcia Karam:

A explícita opção bélica deixa claro o descompromisso com os direitos fundamentais dos indivíduos: guerras e direitos humanos são naturalmente incompatíveis. Violência, mortes, doenças, encarceramento massivo são o resultado dessa danosa e sanguinária política, institucionalizada nas convenções internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) que impõem as diretrizes criminalizadoras adotadas pelas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais em matéria de drogas. Característica marcante de tais diplomas internacionais e nacionais é a sistemática violação a princípios garantidores positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas¹³⁸.

Quanto ao conceito de organização criminosa pondera Flávio Gomes que o direito nacional não traz a definição do que seja crime organizado, de modo que o conceito de organização criminosa é absolutamente vago e impreciso. Nesse sentido, a fim de sanar a lacuna legislativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aceitando o conceito da Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatário, que conceitua organização criminosa como sendo o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico¹³⁹.

O Brasil possui uma população carcerária de 773.151 mil pessoas¹⁴⁰, sendo o 3º lugar do mundo, atrás dos Estados Unidos e da China. Sendo que 20% dessas pessoas estão presas por tráfico de drogas. A lei de drogas é considerada por muitos especialistas um elemento que aumentou muito a população carcerária, desde o ano 2000. O encarceramento em massa acaba

¹³⁷ Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/mundo/2020/estado-alterado-as-politicas-para-drogas-pelo-mundo/brasil/efeitos-da-guerra-as-drogas/>. Acessado em: 31/10/2020.

¹³⁸ KARAM, Maria Lucia. **Proibição as Drogas e violação a direitos fundamentais**. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais. Acessado em 02/11/2020.

¹³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal e processo penal**. São Paulo: Premier Máxima. Vol 1, 2008, p.66.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acessado em: 01/11/2020.

entregando mão de obra pras facções criminosas, que ou se formaram, ou se fortaleceram dentro dos presídios, como é o caso do PCC, do COMANDO VERMELHO.

Muitas vezes uma pessoa que não tinha envolvimento com o crime, ou facção criminosa é presa, entra em um presídio que é dominado por facção, precisa se associar a ela para garantir a própria proteção e até mesmo a proteção de sua família. Se há recrutamento, há também a oferta de benefícios, que são atraentes, seduzem, mas, além disso, há também o não material benefício, que é a experiência do pertencimento, da valorização, do reconhecimento. Quando da saída, deve lealdade a essa organização e precisa cumprir o que a facção determina. Segundo muitos especialistas, se torna um soldado do crime, oferecendo para a mídia um banquete, pois caso esse ex-detento seja preso novamente, confirmará a ideia de que é um selvagem e que deve ser afastado da vida em sociedade

A forma como o Brasil lida com as drogas custa muito dinheiro para a sociedade, com mantimento da população que está presa, com policiais, juízes e defensores que atendem essas pessoas e com a construção de presídios. Devemos questionar se esse é o melhor uso dos recursos da sociedade e se de fato esse dinheiro gasto estaria ajudando a reduzir a disponibilidade de drogas, se está ajudando alguém a ficar longe delas.

Nos dizeres de Boiteux e Pádua: “dado que se quer evitar determinadas condutas, o jeito mais conveniente de evitá-las seria através da criminalização?”¹⁴¹.

Existem inúmeras políticas que poderiam ser muito mais eficazes se tratando de prevenção ao invés da resposta estatal que atualmente é oferecida: a privação da liberdade, somada a Guerra que mata diariamente um número muito grande de pessoas, não cabendo aqui a discussão sobre a inocência ou não dessas pessoas, pois estas não chegaram nem mesmo a passar por um processo legal.

Segundo especialistas na área de drogas, nos dias de hoje existem em prática políticas que trouxeram muito resultado para o Brasil e até mesmo o tornaram referência, como é o caso da política de combate a AIDS, por que não fazer o mesmo no que se refere as drogas? Vejamos na íntegra o pensamento de Julita Lemgruber e Luciana Boiteux:

¹⁴¹BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**, 2013. p.12. Disponível em: https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013_%20. Acessado em: 07/07/2020.

O Brasil é hoje exemplo no mundo quando se fala em política de combate a AIDS. Isso foi resultado de campanhas corajosas e agressivas, que permitiram superar preconceitos e enfrentar interesses poderosos. Precisa-se de algo semelhante para a área de drogas, a começar por um debate sério sobre descriminalização e por campanhas educacionais que difundam o conhecimento já acumulado sobre o tema. Deve-se deixar claro que o problema da droga não é o uso, mas o abuso. Que o abuso pode ser tratado e que se pode, sim, evitar que as pessoas morram por causa das drogas. O que não é mais possível continuar alimentando é a ilusória promessa de um mundo “livre das drogas”. Essa ilusão tem matado muito mais do que as próprias drogas¹⁴².

Pensemos nas palavras do Inspetor Francisco Chao, porta-voz da LEAP BRASIL, que, por fazer parte da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, conhece bem essa insana, nociva e sanguinária guerra:

A guerra, ao contrário do que mostram os filmes, não é heroica. Ela é suja. Ela fede. Eu participei de um filme. Participei de uma cena, que retratava a morte do herói do filme. A cena foi muito real, muito bem feita. Foi filmada em uma favela. Mas, ao final da cena, fiquei com a sensação de que faltava alguma coisa. Faltava. O sangue cenográfico não fede. O sangue de verdade tem um cheiro muito forte. Dentre as inúmeras razões por que sou a favor do fim do proibicionismo, é que eu estou cansado dessa guerra. Eu gostaria muito que essa insanidade, que essa guerra, que não interessa aos policiais, que não interessa à sociedade, tenha fim. Estou muito cansado disso. Estou muito cansado de ver policiais morrendo. Essa guerra é suja. Não tem como mexer com sujeira sem sujar as mãos¹⁴³. A legalização e conseqüente regulação e controle da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas, que porá fim à política de proibição às arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e à sua suja e sanguinária guerra, há de estar no centro de qualquer debate sobre desmilitarização, redução da violência e efetivação dos direitos humanos¹⁴⁴.

No mesmo sentido, Adilson Paes de Souza¹⁴⁵ compilou diversos depoimentos de policiais militares, que diante do sentimento de impotência frente o agravamento cada dia mais gritante da

¹⁴² LEMGRUBER, J.; BOITEUX, L. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, R. S. de; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. de. Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014. p. 360. Disponível em: https://www.academia.edu/6663589/O_Fracasso_da_Guerra_%C3%A0s_Drogas_2014. Acessado em: 02/10/2020.

¹⁴³ Palavras pronunciadas em intervenção no Seminário “Drogas: Legalização + Controle”, promovido pela LEAP BRASIL, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em novembro de 2014. (<http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2014&i=310&mes=11>).

¹⁴⁴ KARAM, Maria Lucia Karam. **Violência, militarização e ‘guerra às drogas’**. In: KUCINSKI, Bernardo [et al.]. **Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 34-38. Disponível em: https://www.academia.edu/30331040/VIOL%C3%8ANCIA_MILITARIZA%C3%87%C3%83O_E_GUERRA_%C3%80S_DROGAS. Acessado em: 07/10/2020.

¹⁴⁵ SOUZA, Adilson Paes de. **O Guardião da cidade: reflexões sobre casos de violências praticados por policiais militares**. Escrituras: São Paulo, 2013. p. 102.

situação, começaram a agir por conta própria, cometendo homicídios e outros crimes durante a Guerra as Drogas.

Como brilhantemente defende Maria Lucia Karam:

O fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível. Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. Os empresários e empregados das empresas produtoras e distribuidoras das substâncias proibidas, quando são mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente desejosos de acumular capital ou necessitados de trabalho. Essa é uma lei da economia: onde houver demanda, sempre haverá oferta. As artificiais leis penais não conseguem revogar as naturais leis da economia¹⁴⁶.

Diante de tudo que foi discutido no presente trabalho de conclusão de curso e também da grande quantidade de materiais sobre o tema, a pergunta que nos resta é: por quê não?

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pretendeu responder à questão objetiva: de que maneira as impressões subjetivas dos magistrados podem afetar a percepção do julgamento pelo Poder Judiciário Estadual dos indivíduos no que concerne à pena privativa de liberdade em razão do delito de tráfico de drogas no estado do Rio de Janeiro?

Para isto, utilizou-se uma consistente base doutrinária, conjugadas à visão sociológica de cenário do alemão *Erwing Goffman*, também, uma base de dados empíricos partindo de duas pesquisas da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, qual sejam, “filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento” e “Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro”, respectivamente de 2019 e 2017.

Na primeira seção (2.1) pretendeu-se a análise do escopo jurídico brasileiro atual sobre os tipos criminais tema do trabalho, com uma larga análise da Lei 11.343/06 de 2006, tanto em seu

¹⁴⁶ KARAM, Maria Lucia. **Proibição as Drogas e violação a direitos fundamentais**. *Revista Brasileira de estudos constitucionais* (RBEC) n° 25, 2013. Não paginado. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais. Acessado em: 02/11/2020.

contexto histórico quanto em sua resposta social. O que se teve, em termos de inovação, foi a consolidação de uma busca social pela punibilidade, como se pode observar, bem como o marcante deslocamento do usuário para a seara a saúde pública, mesmo que este ainda tenha que ser julgado por um juiz criminal permanecendo assim dentro da esfera penal. Além disto, ocorre atualmente alguma diferenciação entre o que se convencionou chamar como traficante e traficante ocasional. O que se pontua, na doutrina crítica (cap. 3.), é que a diferenciação reforça um fenômeno que passa a ser estudado na seção 3., que é a junção do usuário com a associação com o tráfico para majoração da pena daqueles que possuem um cenário ou estereótipo subjetivamente relacionados à criminalidade.

Em detrimento disto, na seção seguinte realizou-se a análise doutrinária das alterações promovidas pela Lei de Drogas no cenário geral. Desta seção (4.), é possível depreender que a doutrina entende que há um aprimoramento errôneo de termos na legislação, que parece dessoar do contexto fático. Para além, reforça-se a diferenciação trazida pela Lei, ora como positiva, ora como negativa, dos tipos criminais vinculados ao tráfico e à organização criminosa. O que se exclui, nessa seção, é a subjetividade daqueles que punem.

Por isso, na seção 2.1. é trazido ao trabalho as ideias propostas por Erwin Goffman e a representação do eu, na qual se coloca em cena a subjetividade com a qual todos os sujeitos se tratam em suas vidas cotidianas. Para o autor, seria impossível, metaforicamente representada como um teatro, que as representações dos indivíduos não se relacionassem diretamente com o autor da interação. De forma análoga, a justiça responde à interação dos cenários, consonante ao conceito proposto de “fachada”.

Ainda no que se refere a doutrina crítica, baseando-se no conceito de inimigo trazido por Günther Jakobs e na Teoria do Etiquetamento os tópicos 3 e 3.1 objetivaram demonstrar que ainda nos dias de hoje, apesar de pertencemos a um Estado democrático de Direito, determinados indivíduos são tratados como verdadeiros inimigos a serem combatidos e muitas das vezes, sob a égide de proteção da segurança pública eliminados amparada pela mídia sensacionalista que fatura em cima de vítimas da Guerra as Drogas, que foram sentenciadas a morte sem ao menos terem passado por um processo. A mídia transmite a idéia de que o mundo é dividido por pessoas boas e más e que a única solução para o problema das drogas é a punitiva e violenta, não abrindo espaço para a reparação, o tratamento, a conciliação.

Por fim, na seção 4. realizou-se uma detalhada análise da aplicação das legislações propostas consolidadas a partir da análise subjetiva de policiais e juízes. Com o cruzamento dos dados das pesquisas apresentadas, propõe-se que, em dois momentos, a subjetividade implica em punitivismo na realidade brasileira: na tratativa policial ante ao flagrante-delito, bem como nas sentenças que impõe penas restritivas de liberdade, advindas da legislação que responde aos anseios sociais, conforme demonstrado na seção 2.1.

Assim, ao responder a pergunta proposta, acaba-se por inferir que existe uma correlação profunda entre a análise dos sujeitos e dos locais de apreensão e dosimetria da pena, ainda que nas entrelinhas julgadoras das sentenças restritivas. Não raro, são os negros, pobres e moradores de favelas que sofrem agressões no momento da prisão – seja ela física ou intelectual, consonante aos dados apresentados da autodeclaração; mesmas pessoas que são condenadas e a quem não é conferida a prisão domiciliar (conforme às críticas doutrinárias); e, ainda, o grande percentual de flagrante delitos relacionado à lei de drogas. Temos um sistema punitivo extremamente visado, esta é a resposta a questão proposta. As pessoas presas em flagrante no Estado do Rio de Janeiro padecem de seletividade penal.

Posto que o texto legal não se preocupou em trazer parâmetros claros para a diferenciação entre os tipos penais do usuário e do traficante, o usuário transita em um campo de inseguranças jurídicas, tendo em vista que não há como saber objetivamente se quantidade da substância ilícita que possui no momento da abordagem feita pelo policial será enquadrada no crime de tráfico ou porte para consumo pessoal. Na maioria das vezes sendo diferenciado com base em concepções, ainda que em algumas vezes de forma relativamente inconsciente.

O que ocorre na prática é que em função da subjetividade dos critérios da Lei 11.343 abre-se margem para a seletividade do sistema punitivo, que esta presente desde o momento da abordagem policial até o momento da sentença proferida pelo judiciário. Além de estabelecer se a substância apreendida tem como objetivo o consumo pessoal, no momento da decisão da autoridade judiciária, este deverá observar a quantidade e natureza, mas também as circunstâncias sociais e pessoais, além de sua conduta e de seus antecedentes (Art.2, § 2º). Tais critérios servem de base para a construção de uma criminalidade preconceituosa, dirigida a uma parcela específica da população, tais sejam: jovens negros, pobres e moradores de periferias, que acabam por superlotar as penitenciárias, gerando um custo muito alto para a sociedade, pois é ela a

responsável por pagar essa conta. São criminalizados por não serem capazes de demonstrar o preenchimento da finalidade de uso pessoal em juízo.

Já havendo trazido a tona a concepção homogênea de sociedade à qual expõe a concepção de contratualistas de sociedade, trazemos para discussão a ideia de um tecido social complexo, com diversos grupos sociais e suas respectivas concepções de condutas socialmente adequadas, desvios e desviantes. Em suma, a noção de conduta socialmente aceita pode variar de acordo com o grupo social que o indivíduo faz parte. Nenhuma legislação sobre drogas trouxe os efeitos desejados pelos legisladores e tampouco pela sociedade, enquanto isso ocorriam fortes avanços do mercado de drogas ilícitas, sem deixar de mencionar o crescente índice de violência causado por essa sanguinária guerra.

Uma das lições que a Lei de Drogas nos traz é que não se pode simplesmente aplicar a lei da forma que foi escrita pelo legislador, deve ser analisado o contexto histórico, social e jurídico, bem como sua efetividade, pois as consequências da aplicação de forma literal são gravíssimas, ainda mais se consideramos toda a margem de subjetividade trazida pela Lei em comento. Tais fatos geram a sensação de justiça ou de opressão para os envolvidos?

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. **Impacto da Lei 11.343/06 no Encarceramento e Possíveis Alternativas.** In: **CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. 10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.8. Disponível em: https://www.academia.edu/33324749/IMPACTO_DA_LEI_11_343_06_NO_ENCARCERAMENTO_E_POSS%3%8DVEIS_ALTERNATIVAS_1?email_work_card=minimal-title. Acessado em: 03/11/2020.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas.** Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio;** tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Vol.5. 8º Ed. Editora: Saraiva, 2014.

BOITEUX, LUCIANA; PÁDUA, JOÃO PEDRO. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil,** 2013. Disponível em: [A desproporcionalidade da lei de drogas os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil 2013](#) Acessado em: 07/07/2020.

BOITEUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.**

BOITEUX, Luciana. **Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria em Brasil.** In: **Transnational Institute; Washington Office on Latin America. Sistemas Sobrecargados– leyes de drogas y cárceles em America Latina.** Ámsterdam/Washington, 2010. Disponível em: <https://www.academia.edu/search?utf8=%E2%9C%93&q=la+represi%C3%B3n+contra+las+drogas+y+el+aumento+de+la+poblaci%C3%B3n+penitenciaria+em+Brasil.+In%3A+Transnational+Institute%3B+Washington+Office+on+Latin+America.+Sistemas+Sobrecargados+>. Acessado em: 03/11/2020.

Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, out. 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/5261150/A_Nova_Lei_Antidrogas_e_o_Aumento_da_Pena_do_Delito_de_Tr%C3%A1fico_de_Entorpecentes_IBCCRIM_2006. Acessado em: 07/07/2020.

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo**. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8439/noco-es-introductorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 22/10/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 24/09/2020.

BRASIL. **Dados sobre população carcerária no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acessado em: 01/11/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 13.614**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13914.htm. Acessado em 15/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 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.Acessado em: 27/08/2020.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**, Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm. Acessado em: 27/08/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm.Acessado em: 27/08/2020

BUSTOS RAMIREZ,Juan. **Coca Cocaína: entre el derecho y la guerra (Política criminal de la droga en los Países Andinos)**. Barcelona: PPU,1990.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Especial**. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**: 2º ed., rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010.

CAVALCANTE, W. L. G. et al. **Effects of nandrolone decanoate on the neuromuscular junction of rats submitted to swimming. Comparative Biochemistry and Physiology** , New York, v. 139, 2008.

CONJUR. **Morar em favela aumenta a chance de acusação por associação ao tráfico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/morar-favela-aumenta-chance-acusacao-associacao-traffic> Acessado: 07/07/2020.

DIAS, Fábio Freitas; DIAS, Felipe da Veiga; Mendonça, Tábata Cassenote. **Criminologia Midiática e a Seletividade do Sistema Penal**. 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010..

FIOCRUZ. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/34614/1/III%20LNUD%20PORTUGU%c3%8aS.pdf>. Acessado em: 01/11/2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Morar em favela do rio é agravante em condenação por tráfico de drogas**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-traffic-de-drogas.shtml> Acessado: 03/06/2020.

FOUCAULT, **Vigiar e punir. História da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramallete. 12.ed. Petrópolis Vozes, 1995.

FRANÇA, 26 de Agosto de 1789. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html#:~:text=n%C3%A3o%20emane%20expressamente,-.Art.,o%20gozo%20dos%20mesmos%20direitos>. Acessado em: 03/11/2020.

FRANZOI, Sandro Marcelo Paris, **A inconstitucional vedação da substituição da pena a traficante na nova lei de tóxico**. Revista IOB de direito penal e processual penal, v.7, n.40, Imprensa: São Paulo, IOB Thomson, 2006.

GOFFMAN, Erving. **A representação do Eu na vida cotidiana**. Ed. Vozes. 20º edição. São Paulo, SP, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flavio, Antonio Garcia – Pablos de Molina, Alice Bianchini. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal e processo penal**. São Paulo: Premier Máxima. Vol 1, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Tóxico: Descriminalização de Posse de Drogas para Consumo Pessoal**. Revista Juristas. p. 01. out. de 2006. Disponível em: http://portalantigo.mpba.mp.br/atuaacao/criminal/material/nova_lei_toxicos_luiz_flavio_gomes.pdf. Acessado em: 15/09/2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004. Cap. V, 10 e 11.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997.

JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo** In CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

KANT, Emmanuel. **A paz perpétua**. São Paulo: Brasil, 1936.

KARAM, Maria Lucia Karam. **Violência, militarização e ‘guerra às drogas’**. In: KUCINSKI, Bernardo [et al.]. **Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/30331040/VIOL%C3%80NCIA_MILITARIZA%C3%87%C3%83O_E_GUERRA_%C3%80S_DROGAS. Acessado em: 02/10/2020.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KARAM, Maria Lucia. **Proibição as drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de estudos constitucionais (RBEC) nº 25, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/8474395/Proibi%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_drogas_e_viola%C3%A7%C3%A3o_a_direitos_fundamentais . Acessado em: 02/11/2020.

LEMGRUBER, J.; BOITEUX, L. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, R. S. de; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/6663589/O_Fracasso_da_Guerra_%C3%A0s_Drogas_2014. Acessado em: 02/10/2020.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia (coord.) **Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: prisão provisória e direito de defesa**. Boletim Segurança e Cidadania. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2015/10/Boletim-Trafico-de-drogas-epresos-provis%C3%B3rios.pdf>. Acessado em: 03/11/2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva 16º Ed. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v.I. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 10. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MOREIRA, Ana Luísa Nogueira. **O princípio da Insignificância e sua aplicação do Direito Penal Brasileiro: alguns apontamentos**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro-alguns-apontamentos/>. Acessado em 02/11/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIM, Joám Evans, **“Para a paz perpétua” / Immanuel Kant. – Estudo introdutório**. Tradução Bárbara Kristensen. – Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. – (Ensaio sobre Paz e Conflitos; Vol. V).

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. Vl. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao>. Acessado em: 15/09/2020.

RAPIZO, E. **Panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro - 2010 - 2016**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em:

http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf. Acessado em: 02/11/2020.

RELATÓRIO: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acessado em 19/09/2020.

RELATÓRIO. Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4dd1533962d84aad9282a0bcd07e520d.pdf>. Acesso em 10/09/2020.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos, La estructura de La teoria del delito.** Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña Et Al, 1º Ed., Editora: CivitasEdiciones, Madrid, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIQUEIRA, Domiciliano. **Construindo a descriminalização...** In L.M.B., Santos (Org). Outras palavras sobre o cuidado de pessoas que usam drogas. Porto Alegre: ideograf/Conselho Regional de Psicologia do Rio Grande do Sul, 2010.

SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça:Pensando alto sobre violência, crime e castigo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUZA, Adilson Paes de. **O Guardião da cidade: reflexões sobre casos de violências praticados por policiais militares.** Escrituras: São Paulo, 2013.

STF. **Jurisprudência.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>. Acessado em: 24/09/2020.

STRECK, Lenio. **O dever de proteger do Estado (schutpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutpflicht> . Acessado em: 03/11/2020.

TJRJ. **Súmulas.** Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acessado em: 09/07/2020.

TZITZIS, Stamatios, **Filosofia Penal**, tradução de Mário Ferreira Monte, Legis, 1999.

UOL. **Mapa das facções no Brasil: pcc e comando vermelho disputam hegemonia do crime em 9 estados.** UOL..Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/22/mapa-das-faccoes-no-brasil-pcc-e-comando-vermelho-disputam-hegemonia-do-crime-em-9-estados.htm>. Acessado em: 31/10/2020.

UOL. **Políticas de drogas pelo mundo.** Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/mundo/2020/estado-alterado-as-politicas-para-drogas-pelo-mundo/brasil/efeitos-da-guerra-as-drogas/>. Acessado em: 31/10/2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.