

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

**A TRADUÇÃO DA BASE IDEOLÓGICA PUNITIVA NA ATUAL POLÍTICA
CRIMINAL DE DROGAS BRASILEIRA**

LUCIANA VAILLÉ DE MORAES

Rio de Janeiro
2022/1º semestre

LUCIANA VAILLÉ DE MORAES

**A TRADUÇÃO DA BASE IDEOLÓGICA PUNITIVA NA ATUAL POLÍTICA
CRIMINAL DE DROGAS BRASILEIRA**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Rio de Janeiro

2022/1º semestre

LUCIANA VAILLÉ DE MORAES

**A TRADUÇÃO DA BASE IDEOLÓGICA PUNITIVA NA ATUAL POLÍTICA
CRIMINAL DE DROGAS BRASILEIRA**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Data da Aprovação: 15/02/2022.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membra da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022/1º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

VM827t Vaillé de Moraes, Luciana
A TRADUÇÃO DA BASE IDEOLÓGICA PUNITIVA NA ATUAL
POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS BRASILEIRA / Luciana
Vaillé de Moraes. -- Rio de Janeiro, 2022.
61 f.

Orientador: Cristiane Brandão Augusto Mérida.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Labeling Approach. 2. Direito Penal do
Inimigo. 3. Guerra às drogas. 4. Necropolítica. 5.
Encarceramento em massa. I. Brandão Augusto Mérida,
Cristiane, 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.

Autorizo, apenas para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

AGRADECIMENTOS

E chegou o tão esperado momento, que tanto ansiava e, ao mesmo tempo, temia. O medo de ter que encarar o encerramento de um ciclo tão único na minha vida, de perder o contato com tantas pessoas que cruzaram e preencheram meu caminho na Rua Moncorvo Filho, nº 8, e de ter que saber o que fazer daqui para frente me apavorava e, na verdade, ainda apavora.

No entanto, mais apavorada eu fiquei, nós ficamos, com o Covid-19. Foram, e continuam a ser, tantas perdas, incertezas e angústias que precisamos, como nunca antes, respirar fundo e encarar um dia de cada vez. Finalizar essa monografia em meio a pandemia é uma vitória que eu não conseguia visualizar, mas foi possível graças às pessoas que tanto me encorajaram e acreditaram em mim.

Agradeço aos meus pais, Luiz e Olga, por sempre estarem ao meu lado, me ouvirem, apoiarem e aconselharem. Sem vocês, eu não teria chegado tão longe. A minha irmã, Luiza, pelo apoio e companheirismo incondicionais. A minha afilhada, Mariah, que, mesmo tão nova, enxergou como a monografia – nas palavras dela: meu trabalho -, era importante e nos impedia de brincar tanto quanto gostaríamos.

Ao meu vô Corinho, por tornar o dia a dia da vida Rio – Niterói mais leve, doce e alegre. Ter tido a oportunidade de morar com o senhor nos seus últimos anos enche o meu coração de amor e saudades. Agradeço também a minha vó Lucí pelos nossos encontros semanais nos quais a senhora, com os seus 87 anos, transbordava vontade de viver, conhecer e ajudar, sempre saboreando sua gelatina de morango com creme de leite e empadinhas da Casa Tevere.

As minhas amigas da Nacional pela fiel irmandade desde os estudos aos órfãos do Manel, BIN Bar e Jogos Jurídicos. Ao querido Pedro pela troca, ajuda e inúmeras revisões.

A minha orientadora, Cristiane Brandão, que abraçou a minha ideia e caminhou incansavelmente ao meu lado para concluirmos esse trabalho com um sorriso no rosto.

A Faculdade Nacional de Direito, lugar que me acolheu de braços abertos, e a todos os professores, servidores e terceirizados por engradecerem ainda mais o significado de estar se formando na maior do Brasil.

RESUMO

O presente ensaio se pauta na Criminologia Crítica para demonstrar como as raízes seletivas e arbitrárias do direito penal continuam penetrando na atuação das agências do poder punitivo, sendo fomentadas pela sociedade e grande mídia em meio ao clima de insegurança social. Defende-se que o Estado, ao invés de proteger os indivíduos indistintamente, cria um ficcional inimigo e cenário de guerra para controlar os rotulados como indesejados, assumindo a face de um Estado penal e policial. Nesse sentido, a fim de situar a face oculta do sistema penal no Brasil, evidencia-se a tradução da base ideológica punitiva na legislação de drogas e na guerra às drogas, que legitima o uso indiscriminado da pena de prisão para gerenciar os historicamente marginalizados. A atual política criminal de combate ao tráfico de drogas não consegue diminuir os índices de criminalidade e tampouco o consumo, todavia é uma das principais causas da operacionalidade seletiva e do encarceramento em massa da população jovem e negra em celas inóspitas. Sendo assim, tal política deve ser vista como uma escolha política pela manutenção do domínio sobre os mais vulneráveis ao sistema punitivo diante da conjuntura de exceção permanente e inconstitucionalidades banalizadas.

Palavras-Chaves: Labeling Approach; Direito Penal do Inimigo; Guerra às drogas; Necropolítica; Encarceramento em massa.

ABSTRACT

The study is guided by Critic Criminology to demonstrate how the selective and arbitrary roots of criminal law keep penetrating in the performance of punitive power agencies, being fostered by society and the mainstream media amidst the climate of social insecurity. It's argued that the State, instead of protect individuals indiscriminately, creates a fictional enemy and war scenery to control those labeled as unwanted, assuming the face of a criminal and police State. In this sense, in order to situate the hidden face of the penal system in Brazil, it's developed how the punitive ideological basis translate in the drug legislation and in the war on drugs, which legitimizes the indiscriminate use of the prison sentences to manage the historically marginalizes. The current criminal policy to combat drug trafficking fails to reduce crime rates and consumption, however it's one of the main causes of selective operability and mass incarceration of the young and black population in inhospitable cells. Therefore, such a policy should be seen as a political choice for the maintenance of dominance over the most vulnerable to the punitive system given the conjuncture of permanent exception and trivialized unconstitutionality.

Keywords: Labeling Approach; Enemy Criminal Law; War on Drugs; Necropolitics; Mass incarceration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A BASE IDEOLÓGICA PUNITIVA.....	12
1.1. Labeling Approach: a virada epistemológica a partir da Criminologia Crítica.....	12
1.2. A figura do inimigo e suas configurações na política criminal no final do século XX	17
1.3. O estado bélico em pleno Estado Democrático de Direito.....	19
2. O PODER PUNITIVO NO BRASIL.....	23
2.1. O sistema penal e o exercício seletivo do poder.....	23
2.2. A política latino-americana de guerra às drogas e o "traficante" como novo inimigo	28
2.3. Evolução histórica da legislação de drogas no Brasil	34
3. O GRANDE ENCARCERAMENTO.....	42
3.1. A prisão como regra	42
3.2. A prisão e o tráfico de drogas no Brasil	45
3.3. A prisão no contexto da pandemia do Covid-19	50
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal brasileiro apresenta uma constitutiva defasagem entre o plano real e o formal. O poder punitivo é empreendido de forma autoritária sob o argumento de o fazer para manutenção da ordem, visto que se instaura um clima de insegurança social que enseja a busca desenfreada por punição. À luz desse contexto, há a metamorfose da resposta penal em uma resposta simbólica do Estado que promove uma política criminal bélica e seletiva, incapaz, contudo, de alcançar resultados efetivos para a redução da criminalidade.

A presente monografia se insere dentro deste cenário, debruçando-se sobre a face oculta do sistema de justiça criminal brasileiro, em especial na análise do combate ao tráfico de drogas, desde as primeiras legislações à sua atual relação com o grande encarceramento. Sendo assim, para o desenvolvimento da temática, questionam-se quais são as raízes epistemológicas e econômico-sociais da política criminal da guerra às drogas, que corrobora o avanço da punição seletiva e o uso sistemático da prisão.

O estudo fará um recorte a partir da virada epistemológica ocorrida na década de 70 nos Estados Unidos ante a nova fenomenologia criminoso e a desestruturação das políticas criminais vigentes. Diante da volta do caráter retributivo da pena e de um Estado penal de máxima intervenção, surge um novo paradigma criminológico, o Labeling Approach ou o enfoque da reação social, para tentar compreender o panorama de controle punitivo que se desenhava. Dentro de uma ótica macrossociológica, o delito foi observado a partir das condições e causas da criminalização, ou seja, da construção dos estereótipos e dos comportamentos desviantes pelas instâncias de controle formal, como o Poder Legislativo e o Judiciário, e informal - a sociedade.

Considerando que o crime surge, de acordo com o Labeling Approach, como um *status* construído pelos estratos dominantes, criam-se categorias de pessoas para discriminar aqueles que se adequam ou não ao rótulo de desviantes. Isto posto, evidenciam-se os ditames do direito penal do autor e do direito penal do inimigo, uma vez que o poder punitivo recai apenas se o autor do delito for enquadrado como um indivíduo desviante.

Com efeito, este trabalho defende como o processo de criminalização sobre as drogas, iniciado nos Estados Unidos, refletiu-se, de forma ainda mais autoritária e opressiva na América Latina, sobretudo no Brasil, como região marginal. Desde então, instaurou-se por aqui um modelo bélico de combate ao crime que dita a droga como o “eixo do mal” e o “traficante” de drogas como desviante e, assim, inimigo a ser combatido, em razão da sua ameaça existencial à ordem.

Embora esse conflito instaure um estado de guerra permanente, certo é que não atinge a todos da mesma maneira. Pelo contrário, o sistema de justiça criminal possui alvos muito bem delimitados, o que retrata o pensamento colonial brasileiro. Além disso, à medida em que ocorre a bipolarização da sociedade, estruturalmente racista, entre os “amigos” e “inimigos”, os laços sociais são fragilizados e o senso de comunidade se esvai. No lugar, o Estado vai se infiltrando, junto à grande mídia, para banalizar a exclusão e a morte dos indesejados, num contínuo movimento de criminalização da pobreza para a manutenção das estruturas de dominação e da desigualdade social.

Busca-se demonstrar que a legislação de drogas brasileira e a prisão desempenham, juntas, papel substancial para concretizar a neutralização dos estratos sociais mais vulneráveis ao poder punitivo. Um dos motivos decorre da Lei de Drogas - Lei 11.343/2006 – impor uma elevada escala penal para o delito de tráfico e, ao mesmo tempo, não dispor de tipos penais intermediários relacionados à quantidade e à espécie de substância ilícita, de maneira que todos os acusados serão enquadrados na mesma conduta criminosa. Assim, o crime de tráfico de drogas surge como uma das grandes causas para a hipertrofia do sistema carcerário brasileiro, sendo o segundo tipo penal com maior incidência entre presos.

A vigente política criminal de guerra às drogas estabelece a prisão como resposta ao enfrentamento das mazelas e desigualdades sociais. A pena privativa de liberdade emana como meio de defesa da sociedade, violando direitos e garantias fundamentais, principalmente o respeito à dignidade humana e a presunção de inocência, ante o seu caráter degradante e arbitrário.

As prisões demonstram, de forma manifesta, a acumulação de um local insalubre, violento e violador de direitos humanos. No entanto, como se não pudesse piorar esse cenário

nefasto, o trabalho irá expor como a pandemia causada pelo vírus do Covid-19 tornou as unidades prisionais ambientes ainda mais desoladores. A estrutura do sistema carcerário não foi pensada para permitir a circulação de ar, o acesso à água e à luz solar e, menos ainda, permitir o mínimo distanciamento entre as pessoas privadas de liberdade. Com efeito, a população prisional ficou ainda mais exposta a contrair o vírus do Covid-19, sendo essa mais uma manifestação, nua e crua, da necropolítica.

Diante dessa conjuntura, a presente pesquisa se propõe a demonstrar como o Brasil historicamente constrói um sistema de justiça criminal autoritário que banaliza a violência, a exclusão e a morte da população jovem, negra e periférica, sob o manto do Estado Democrático de Direito. O propósito maior, portanto, é identificar a rede de fundamentos e ideologias que repercutem na atual política criminal bélica, consubstanciada no combate ao tráfico de drogas, para, em seguida, questionar a atuação dos legisladores, das instituições jurídicas e de segurança pública.

Para o alcance do objetivo proposto, a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica da criminologia e do direito penal, a fim de proporcionar uma abordagem histórica, estrutural e crítica. Em um segundo momento, para melhor análise da relação entre as ideologias indicadas e a política criminal colocada em prática, realizou-se uma pesquisa da legislação internacional e brasileira sobre as drogas. Por fim, com o intuito de observar como as alterações legislativas levaram à maximização do sistema penal e, por conseguinte, ao encarceramento em massa, expuseram-se os dados estatísticos mais recentes - referentes a junho e agosto de 2021 - do sistema prisional fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen -, além de pesquisas empíricas sobre o tema.

1. A BASE IDEOLÓGICA PUNITIVA

1.1. Labeling Approach: a virada epistemológica a partir da Criminologia Crítica

A partir de meados da década de 1970, com o avanço do neoliberalismo e da globalização, novos arranjos econômico-sociais se formaram e corroboraram o nascer de uma nova rede de criminalidade. Desenvolveu-se, em especial nos Estados Unidos, um ambiente marcado pelo aumento dos índices de criminalidade¹, das taxas de reincidência e da transnacionalidade do crime organizado, principalmente do tráfico de drogas.

Os modelos de política criminal pareciam ser poucos eficientes para resolver os problemas advindos da nova fenomenologia criminoso. Em consequência, o Estado-providência, ligado ao ideal reabilitativo, começa a sofrer uma grande erosão. Se antes o criminoso era visto como fruto de um sistema econômico desigual, de modo que o próprio sistema, como garantidor do bem-estar social, deveria reabilitá-lo, com a crise do Estado-providência, o criminoso passou a ser visto como um indivíduo que optou pela prática do delito. Sendo este um “mal” para a sociedade, deverá aquele ser retribuído com a pena na estreita medida do mal causado.

Sobre o colapso do Estado do Bem-estar Social, David Garland pontua:

Na metade da década de setenta do século XX, o apoio ao previdenciarismo penal começou a ruir em razão da pressão feita por um ataque continuado a suas premissas e práticas. Em questão de poucos anos, houve uma rápida e marcante guinada na filosofia e nos ideais penais - guinada que marcou o início de um período turbulento de mudança, que dura até os presentes dias. (...) Este período de mudança foi precedido pela crítica ao correccionalismo e pelo ataque coordenado às penas indeterminadas e ao tratamento individualizado. Tais desdobramentos rapidamente levaram a um desencanto mais fundamental - não apenas com o previdenciarismo penal, mas com todo o Estado de justiça criminal em sua forma moderna (GARLAND, 2008, p. 143).

Retomou-se, assim, o ideal retribucionista, em contraponto à ressocialização, predominante até então, além de uma ideologia preventiva especial de neutralização que defende a excessiva benevolência do sistema de justiça². Edificou-se um verdadeiro Estado

¹ Em “A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea”, David Garland, 2008, por meio de gráficos, apresenta como estas taxas realmente subiram a partir dos anos 1970 nos EUA, na Grã-Bretanha e no País de Gales. Destaca, entretanto, que os dados norte-americanos e britânicos não são estritamente comparáveis, visto que os índices de crimes dos últimos abrangem mais delitos.

² Nessa esteira, foram propostas medidas como a doutrina do *just deserts* na qual se aplica a estrita

penitência de máxima intervenção no qual há “uma resposta explícita e exclusivamente punitivista, de caráter repressivo, onde o que importa é proteger a sociedade contra o crime, neutralizar o criminoso e não ressocializá-lo (SANTOS, 2016, p.197). Nesta linha:

Com efeito, nas últimas décadas, sob a égide do neoliberalismo, assiste-se à ascensão do recrudescimento das estratégias de controle punitivo em quase todo o Ocidente, precipuamente nos Estados Unidos, como será analisado adiante. Esta onda punitiva deságua, sobretudo, no grande encarceramento, com o emblemático aumento da população carcerária dos EUA em um índice de 314% em 20 anos (1970-1991), algo inédito em uma sociedade democrática. A América Latina, e notadamente o Brasil, também receberá influências desta nova colonialidade do saber/poder. Em razão de se tratar da periferia do capitalismo, com histórico marcado pelo colonialismo exploratório, escravagismo e regimes políticos autoritários, as consequências são ainda mais nefastas para o respeito à dignidade humana nas masmorras prisionais (SOUZA, 2015, p.86).

Em face da desordem e ideologia preventiva especial de neutralização mencionada, instrumentaliza-se o medo para dar legitimidade social à repressão. A sociedade, alimentada pela insegurança, sucumbe a um processo de busca indefinida por leis penais mais severas e políticas de segurança mais rígidas com o intuito de barrar a onda de criminalidade cada vez mais presente no cotidiano. Indubitavelmente, a comunidade fica cada vez mais desintegrada e, por outro lado, a intervenção do Estado penal mais globalizada e fortificada.

Cria-se, portanto, um sistema de duplo incentivo na medida em que as instâncias oficiais do poder punitivo incitam o corpo social a clamarem por segurança e, em seguida, reafirmam seu papel para conter a criminalidade por meio dos movimentos de “Lei e Ordem”³, agigantando ainda mais o controle social. David Garland conceitua o fenômeno da violência institucionalizada como o movimento estatal que se vale da revolta social instaurada para mudar a imagem do delinquente como pessoa necessitada, própria do Estado de Bem-estar Social, para o indivíduo rebelde e perigoso que está fadado à reincidência. De fato, o controle penal e o controle social se retroalimentam, e a política criminal se amolda

proporcionalidade entre a gravidade do crime e a sanção a ser aplicada; o *the three strikes law* que, baseado numa regra do *baseball*, traduz a aplicação de uma pena agravada que pode ir até à prisão perpétua em razão de uma segunda reincidência, violando frontalmente o princípio da proporcionalidade; o princípio da *mandatory minimum sentencing* que impõe ao juiz limites mínimos de pena a serem aplicados a determinados crimes; a teoria das *broken windows* que exige excessiva dureza perante delitos de baixa gravidade, como o grafite e pequenos furtos, a fim de prevenir ou afastar eventuais sentimentos acerca da permissividade do sistema de administração da justiça e, desta forma, reforçar a sua imagem de eficácia/segurança. Em suma, tais medidas representaram a adoção da política de “tolerância zero”, experienciada em Nova York, principalmente, durante os anos de 1990. A respeito do rigor do aparato repressivo assumido pelos EUA, ver: WACQUANT, 2003.

³ O movimento de “Lei e Ordem” pode ser entendido, resumidamente, como uma dimensão autoritária difundida pela mídia e aplicada às políticas criminais com o objetivo de recrudescer o sistema punitivo a partir de um modelo retribucionista que defendia, por exemplo, a pena de morte. Ver mais em: CARVALHO, 1996.

ao medo para difundir medidas de prevenção e punição cada vez mais severas (GARLAND, 2008).

À luz desse cenário, inicia-se uma virada epistemológica com o objetivo de compreender o fenômeno da criminalização e criticar os moldes de persecução penal perpetrados. Nasce, assim, a Criminologia Crítica para superar a Criminologia Tradicional, que valorava a conduta desviante e se apegava a figura do criminoso como ente apartado da realidade social que o cercava. Este novo paradigma possui como uma de suas vertentes o Labeling Approach, também chamado de paradigma da reação social ou de teoria da rotulação, tendo como principal expoente o sociólogo Howard Becker com o livro intitulado *Outsiders*. A referida obra repensa o delito com uma ótica macrossociológica e defende a tese do crime ser um *status* criado pelo sistema penal e destinado a comportamentos selecionados como desviantes, de maneira que a causa do crime é a lei, visto que a conduta lícita se torna ilícita com a definição em lei pelo sistema penal (CASTRO, 1983).

Sublinha-se que os processos de criminalização são os meios pelos quais o controle social formal irá promover o “etiquetamento” do desviante e se subdivide em três momentos: a definição em lei da conduta desviante e do bem jurídico a ser protegido, também chamada de criminalização primária, a aplicação da norma penal criada ao indivíduo já capturado pelo sistema penal, entendida como a criminalização secundária e, por fim, os impactos da atribuição do estigma de desviante, considerando-se a influência na identidade social do sujeito considerado desviante. O primeiro momento é preconizado pelo Poder Legislativo, enquanto o segundo pelo Poder Judiciário, pela polícia e pelo órgão responsável por promover a ação penal, e, por fim, o terceiro é composto pelos meios de controle social informal (ANITUA, 2008).

Embora se faça a mencionada divisão em etapas, certo é que a seletividade caminha por todo o processo de criminalização e, em última instância, pelo controle penal. Dessa forma, o processo de definição de uma pessoa como pertencente a uma determinada categoria desviante retoma a figura do inimigo e do direito penal do autor. Isso porque não é a conduta em si que desencadeia a reação capaz de distinguir o “normal” do “desviante”, mas a construção social interpretativa que classifica o que e quem é desviante, desenvolvendo-se uma criminalização que carimba e estigmatiza o indivíduo excluído como marginal.

À vista disso, o crime, no Labeling Approach, ultrapassa o caráter estático e surge como uma realidade social a ser construída mediante os processos de definição e seleção de determinadas pessoas e condutas etiquetadas como criminosas, revelando-se não mais como uma qualidade ontológica do indivíduo, como sucedia no positivismo científico⁴. Baratta assim vislumbra a ruptura do pensamento tradicional e o surgimento da Criminologia da Reação Social:

(...) quando não o consideramos [o criminoso] como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar, mas como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro da experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam (BARATTA, 2011, p.86-67).

Evidencia-se, pois, que o crime e a reação social estabelecem entre si uma contínua e recíproca simbiose na medida em que além do cometimento da conduta definida como crime, é necessário que o autor do fato definido como crime seja enquadrado como desviante pela sociedade. Becker explica como o desvio é criado pela sociedade nas seguintes palavras:

(...) o fato central acerca do desvio: ele é criado pela sociedade. Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em “fatores sociais” que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como *outsiders*. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (BECKER, 2008, p. 21-22).

Contudo, não se pode perder de vista a necessidade de uma análise crítica sobre o que está por trás da designação resultante dos processos de criminalização. Esta definição, e posterior seleção, não é construída no consenso social, mas advém, antes de tudo, do conflito de interesses e da disputa pelo poder de controle diante daquilo e daqueles que serão considerados desviantes no curso da interação. O paradigma da reação social compreende, portanto, que não são os criminosos que produzem aquilo a ser considerado em desacordo com as normas sociais, mas o controle social formal que define, essencialmente, o que deve

⁴ O positivismo criminológico, especialmente representado pela Escola Positivista Italiana, tinha como objeto de estudo o delinquente, dado como “anormal”, sendo o desvio uma condição inata do seu ser, inscrita no seu cérebro, que repercutia nas suas características físicas e nos comportamentos praticados, de modo que o crime era visto como um comportamento patológico. No Brasil, houve a recepção do cientificismo positivista, por exemplo, ao estudo do crime por Nina Rodrigues para difundir a teoria da hierarquização das raças. Sustentando-se num programa higienista, a teoria serviu de pano de fundo para disciplinar e dominar os corpos negros e indígenas após o período colonial, visto se defender a superioridade do povo branco e a relação entre as características físicas raciais ao cometimento de crimes. Ver mais em: AUGUSTO, 2009 e 2010 e ZAFFARONI, 2001.

ser objeto de criminalização e, como consequência, seleciona e atribui o *status* de criminoso à determinado indivíduo e não à outro que também praticou a conduta.

Para o Labeling Approach, ainda, a imposição da etiqueta de criminoso ao desviante tanto pelas instâncias de controle formal, quanto informal, e o tratamento direcionado ao delinquente pelos órgãos da justiça penal impactam negativamente na ideia que o criminoso passa a ter de si mesmo. À vista disso, como se sucede na obra “A Metamorfose”, de Franz Kafka, a qual demonstra como o tratamento excludente, a subtração da autodeterminação e da dignidade influem na forma como o indivíduo se vê e, por conseguinte, na sua identidade social, a intervenção do sistema penal, principalmente com a pena de prisão, consolida a identidade de desviante na medida em que há a predisposição a permanência no papel social introduzido pelo “etiquetamento” (BARATTA, 2011).

Dessa forma, deve-se questionar se a pretendida ressocialização utilizada nos discursos oficiais pode ser alcançada pela aplicação da pena privativa de liberdade. A prisão é um local que promove ataques constantes à dignidade humana, desde a evidente superlotação dos presídios às péssimas condições alimentares e de saúde. Logo, a prisão, por si só, já é um ambiente criminógeno que inviabiliza o desenvolvimento das capacidades do recluso no sentido de ressocializá-lo.

Neste ponto, pode-se entender que a finalidade da pena é servir de meio para a satisfação da consciência comum seletiva ferida pela prática do delito, e não para ressocializar o indivíduo. Observa-se, aqui, que os valores considerados essenciais pela coletividade foram violados pelo cometimento do crime e, a fim de resguardar o bem-estar do corpo social, aqueles que feriram as regras devem ser sujeitos a um aparato do Estado capaz de afastá-los da sociedade e, simultaneamente, controlá-los, erguendo-se a prisão como meio para manter o poder e a estrutura social excludente.

Em verdade, a prisão se apresenta como uma opção política fundada em um projeto social econômico muito mais amplo. A realidade operativa do poder punitivo busca, como fim precípua, não a volta do indivíduo que cometeu um crime à sociedade, mas a sua contenção e o seu isolamento nos muros da prisão, visto a necessidade de controlar a marginalidade, até porque “historicamente, a prisão foi e sempre será depósito infecto de pobres e indesejáveis” (BATISTA, 2011).

Sendo assim, os processos de criminalização construídos pelo controle formal, e alimentados pela reação social, definem e rotulam não apenas determinadas pessoas como criminosas, mas as declara como inimigas, destituindo-as do status de cidadão a partir da maximização do Estado penal. Os indivíduos selecionados ao arbítrio dos órgãos punitivos, a partir dos processos de interação, passam a ser vistos como fontes de perigo, substituindo progressivamente a ideia de culpa pela ideia de “periculosidade” e, ao mesmo tempo, a necessidade de isolamento se torna cada vez mais urgente.

1.2. A figura do inimigo e suas configurações na política criminal no final do século XX

O estado de guerra, difundido a partir da década de 1970 nos Estados Unidos, e intensificado com a Guerra Fria, prosseguiu indefinidamente, generalizando e naturalizando a hostilidade contra o criminoso. Naquele contexto, de combate contínuo a toda e qualquer oposição, a guerra às drogas emergiu como eixo central da política norte-americana e chegou até a América Latina. Nesta, a doutrina da segurança nacional foi difundida em meio às ditaduras militares e, para que a ordem fosse mantida, desenvolveu-se a ideia da droga como o grande eixo do mal e se atribuiu o rótulo de inimigo interno ao “traficante” de drogas (BATISTA, 1998).

Rosa del Olmo ratifica a narrativa da droga como representação do “mal” nas sociedades latino americanas a partir da diferenciação entre o consumidor e o “traficante”. O primeiro seria visto aos olhos da sociedade e das agências de controle como doente, ainda mais diante da sua condição social privilegiada, enquanto o segundo seria classificado como delinquente (OLMO, 1990).

Evidencia-se que o maniqueísmo entre o bem e o mal serve de método para fomentar, ainda mais, o discurso de guerra difundido pelos Estados Unidos. A ideia do “bem”, em verdade, representa a seleção de determinados valores morais pertencentes a um limitado grupo hegemônico o qual busca, a partir dos discursos oficiais, manter a ordem. No entanto, a definição do “mal” não passa de um meio para que este grupo perpetue e amplie seu poder dominante e, invariavelmente, arbitrário, convertendo a justiça penal em uma justiça política que declara guerra a certos crimes e criminosos, insurgindo, uma vez mais, a figura do direito penal do autor.

Embora a proposta do direito penal do inimigo (JAKOBS, 2008) seja alvo de inúmeras críticas, tal concepção é congruente com todo direito penal do século XX que, tradicionalmente, classificava indivíduos como perigosos e legitimava sua exclusão, uma vez que, por aparentarem não integrar a sociedade, a segregação surge como o único meio para o equilíbrio do corpo social. Sendo o criminoso visto como o “outro”, equivale a um *sujeito matável* ao qual se nega a dignidade humana, pois o inimigo, considerado uma não-pessoa, está fora da categoria cidadã e, por ser despido de humanidade, é descartável e passível de morte (BATISTA, 2020). Dessa forma, o direito penal do inimigo demonstra essa necessidade vital de defender a comunidade face à ameaça existencial representada por grupos sociais selecionados.

No Brasil, a passagem da ideologia da segurança nacional, que se prolongou por toda a ditadura, para a atual ideologia da segurança pública mantém o *slogan* político que garante o controle dos considerados indesejáveis - inimigos internos. Estes são figurados, ainda mais agora, nos “traficantes” de drogas da periferia (BATISTA, 1998), já que a centralidade da droga no discurso político e no seio social permite a construção de um estereótipo a ser perseguido e combatido.

Com efeito, o processo de criminalização das drogas criou o tráfico de drogas, o “traficante” e o usuário como categorias penais e problema de segurança pública (LABATE e RODRIGUES, 2018), desembocando em um verdadeiro processo de criminalização global do pobre periférico. A criminalização deste surge como um meio para manutenção de sua posição subalterna, longe do trabalho formal, da escola e, substancialmente, excluído, disciplinado e neutralizado pelo sistema punitivo.

Em harmonia com o defendido por Nilo Batista acerca da política criminal de drogas, entende Zaffaroni que a demanda por ordem do período ditatorial se movimentou na direção de uma legislação de segurança de exceção que se eterniza e funciona como um direito penal do autor face aos considerados inimigos. E mais, desemboca na punição dos atos preparatórios, na perda do conteúdo material do bem jurídico e na violação à legalidade com tipificações vagas e imprecisas (ZAFFARONI, 2011).

Salo de Carvalho acrescenta que a ideologia da defesa social, como conjunto de representações sobre a função atribuída ao Direito Penal e à pena, refletiu-se na legislação de

drogas brasileira, como na Lei nº 6.368/76. Na referida lei, a ser analisada em capítulo próprio, houve o emprego de normas penais em branco e de tipos penais abertos, com inúmeros verbos nucleares (CARVALHO, 1996). Demonstra o autor, ainda, como a política criminal de combate ao tráfico de drogas é seletiva:

A ampliação do rol dos bens jurídicos e, em consequência, do sistema penal como instrumento de proteção, projeta a maximização dos aparatos de controle. Contudo importante perceber que, mesmo direcionado a repressão penal à ampla gama de condutas, permanecem praticamente inalterados os quadros de seletividade operados na criminalização secundária, adquirindo a pena, na atualidade, a função real de controle das massas inconvenientes e a simbólica de tutela dos novos interesses sociais (CARVALHO, 2017, p. 186).

No Estado brasileiro, observa-se, sem dúvida, uma cidade partida entre o asfalto e o morro. Enquanto o primeiro clama pela guerra às drogas a qualquer custo, o segundo sofre com os efeitos de uma guerra que causa pânico e a morte da população periférica. O morro é tido como um território apartado do Estado Democrático de Direito, de modo que as balizas da dita Constituição Cidadã não o alcançam. A rigor, nas periferias⁵, o Estado se faz presente por meio da violência, da arbitrariedade, do controle do território e das pessoas que ali vivem.

De fato, o modelo bélico, no qual a droga é o grande eixo do “mal”, serve de pretexto para banalizar a morte da população negra, principalmente dos mais jovens, sobrepondo a ideia de segurança e eficácia às garantias do devido processo legal. De tal sorte, os alicerces do Estado de Direito são abalados com a criação de um modelo de política criminal securitário que implantou a retórica da guerra e, por conseguinte, do combate à figura do inimigo.

1.3. O estado bélico em pleno Estado Democrático de Direito

Na seara epistemológica das ciências criminais, a ideia de política criminal demonstra o complexo de estratégias e princípios definidos pelo Estado para o exercício do controle penal, sob a forma de prevenção e repressão, sobre condutas definidas como crimes, afinal, o crime é uma construção social. Isto posto, invariavelmente, a política criminal é um reflexo espaço temporal daquilo que o Estado entende como sendo objeto da sua alçada de proteção,

⁵ A população marginalizada não necessariamente é periférica geograficamente, a exemplo do Rio de Janeiro no qual grande parte das favelas é territorialmente localizada em ambientes centrais da cidade. O termo periferia, na forma aqui utilizada, detém uma conotação sociológica sobre a configuração urbana que promove a ideia de que o “centro” e a “periferia” marcam as desigualdades e a exclusão social vivenciada no Brasil. Ver mais em: MARTINS, 1992 e SOTO, 2008 e 2009.

possibilitando enxergar a concepção jurídico-política de um Estado por meio dos mecanismos de política criminal engendrados.

Sendo a política a continuação da guerra por outros meios (FOUCAULT, 1999) e a produção de inimigos prática própria à política, o Estado, sob o manto do Estado de Direito, instrumentaliza sua atuação, via políticas criminais, para segregar e neutralizar os historicamente excluídos. A guerra é interiorizada institucionalmente pelos meios democráticos formais para que seja possível apontar os indivíduos que serão os principais alvos da persecução penal sem demonstrar, explicitamente, que esse apontamento se pautou em uma escolha seletiva.

Giorgio Agamben aprofunda esse pensamento e formula a ideia de o estado de exceção surgir como paradigma da política contemporânea, defendendo que as atuais democracias sobrevivem sob a máscara de um estado de exceção permanente, visto não se estar diante de um arranjo espacial temporário, mas que se manterá de modo contínuo fora do estado da lei. Logo:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integrar o sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de exceção permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2004, p.13).

Na vigente sociedade de risco⁶, fundada na hiperinflação legislativa, com a criação de tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta, essa realidade é agravada. Diante do atual cenário de fragilidade das instituições democráticas, as próprias agências punitivas do Estado intensificam o alarde social da desordem para reforçar a sua legitimidade, criando um verdadeiro caldo punitivo entre os Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a sociedade que, no limite, cria um terreno para o autoritarismo sem ditadura.

Nota-se, ainda mais com o amplo acesso à mídia e aos meios de comunicação de massa, a permanência da cultura do controle e do discurso hegemônico de expansão do direito penal, posto que as campanhas de pânico social corroboram a interiorização da ideia de descarte e desqualificação do outro. Funda-se, a partir de uma retórica de segurança *versus* crime, um

⁶ Sobre a sociedade de risco e seus reflexos na política criminal atual, ver: BECK, 2010 e SANCHES, 2013.

horizonte de eficienticismo que, na verdade, serve de suporte para a metamorfose da resposta penal em uma resposta simbólica do Estado.

(...) tal agigantamento [do sistema de justiça criminal] é diretamente proporcional à sua impotência, o que amplifica e evidencia seu fracasso em um ciclo retroalimentante entre intervenção em áreas da vida social que não integram a alçada e aumento da pretensão de controle, que cria o direito de intervenção justificado e derivado do temor oriundo das mesmas premissas da sociedade do risco e suas perenes ameaças de temas pautados na agenda política como sendo de necessário enfrentamento - mas sem qualquer dado empírico que inspire confiabilidade na sua solução -, tais como a insegurança, a violência (MELO, 2021, p.18).

Sendo assim, avista-se um projeto de política criminal no qual o Estado empreende, deliberadamente, o seu poder de forma autoritária sob a roupagem de um discurso de ordem. O poder estatal vive no ciclo contínuo de ferir direitos e garantias fundamentais para recompor a sua legitimidade e manter o controle. As agências punitivas afirmam que o combate ao crime não é eficiente por não ser repressivo o bastante, sendo necessário maximizar a interferência – criminalizando mais condutas, punindo mais severamente os crimes, encarcerando mais indesejáveis.

A realidade operativa do poder punitivo em análise assume contornos mais evidentes na realidade periférica brasileira. Conforme defende Vera de Andrade (ANDRADE, 2009), mesmo no Estado Democrático de Direito, o sistema penal brasileiro é marcado pela “eficácia invertida”. Este fenômeno marca a dicotomia entre a função aparente, ligada ao papel declarado pelas agências punitivas, qual seja, a defesa da sociedade apropriada pela segurança pública; e a função real, relacionada à instrumentalização desse objetivo, a qual fomenta mais criminalidade, atuando de maneira seletiva.

Salo de Carvalho acrescenta:

Importante legado da criminologia crítica não deve ser descartado na atual conjuntura criminológica (pós-crítica): a exposição das reais funções exercidas pelo direito penal em contraposição com aquelas divulgadas pelo discurso oficial. E neste quadro de proliferação dos riscos, longe de atuar como instrumento de proteção da sociedade contra possíveis eventos catastróficos, o direito penal mantém a histórica função de gestão dos riscos (CARVALHO, 2017, p. 194).

Pode-se defender, inclusive, que não há um verdadeiro estado de exceção no Brasil (FABRES, 2020), uma vez que, para tanto, seria necessário existir um verdadeiro Estado de Direito antes disso, contudo o Direito nunca chegou às periferias brasileiras. Diferentemente dos países centrais, não parece existir uma ruptura entre uma suposta civilização e um estado

de barbárie no Brasil, uma vez que o estado bélico e a lógica da inimizade sempre se fizeram presente no lugar de um verdadeiro sistema de garantias.

A máquina punitiva, como sempre o fez, emprega o sistema penal como mecanismo de guerra contra os indesejados, propagando um método punitivo contínuo classista e racista que reproduz, materialmente e ideologicamente, as desigualdades sociais. Os indesejados são encarados como os diretamente responsáveis pela desordem permeada pela ideologia do terror. Simultaneamente, a prisão continua a ser o meio utilizado para apaziguar os ânimos sociais por punição e, enquanto isso, o espetáculo do imaginário punitivo é aprimorado para se adequar à concepção de Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, embora a política criminal deva se vincular no Estado Democrático de Direito, imprescindivelmente, a pressupostos axiológico-constitucionais, que delimitam o âmbito de atuação e conferem legitimidade ao exercício do poder, o atual modelo de persecução criminal se volta contra a maior parte da própria população – negra e periférica. O Estado, mais do que combater o crime, deve proteger os indivíduos dos abusos de poder. Entretanto, o que acontece, especialmente no que tange a guerra às drogas, é a inversão desse propósito por um sistema criminal com *derramamento de sangue* (BATISTA, 1998) que instrumentaliza o direito penal e processual penal para manutenção da dominação, da desigualdade social e da gestão dos indesejáveis.

2. O PODER PUNITIVO NO BRASIL

Considerando que o desvio não representa a prática de uma conduta singular, mas surge como construção social, os processos de criminalização estudados pelo Labeling Approach são ditados pela classe dominante. Esta pretende manter a estrutura social desigual, de modo que o sistema punitivo pré seleciona os seus alvos, personificados nas pessoas marginalizadas.

Neste contexto, demonstrar-se-á que embora o discurso de combate ao crime seja universal, determinadas condutas são, evidentemente, mais perseguidas na prática quando realizadas por indivíduos considerados indesejados, os quais serão rotulados como desviantes. Entre tais condutas, merece destaque a atuação dos poderes instituídos e da grande mídia para tornar o tráfico de drogas o núcleo central da punição e foco da relação de inimizade a qual permite declarar o “traficante” de drogas como inimigo a ser abatido.

Diante da forte influência norte-americana, a América Latina bebeu do caldo de cultura punitivo direcionado às drogas e aderiu ao proibicionismo, tendo a droga surgido como um problema de segurança nacional. O Brasil, de igual forma, militarizou o controle de drogas ilícitas e elaborou uma legislação penal de exceção permanente, como será exposto adiante.

2.1. O sistema penal e o exercício seletivo do poder

Achille Mbembe trata do biopoder foucaultiano⁷ atrelado à noção de estado de exceção e de estado de sítio, de modo que a relação de inimizade propiciada por supostos estados de emergência permite a divisão da sociedade, entendida como um corpo vivo, entre os que devem viver e os que devem morrer. Diante da gerência e administração da vida dos indivíduos, em sua existência biológica, pelo Estado soberano, constrói-se o direito de matar aquele que é dado como inimigo, já que este é encarado como uma ameaça existencial à vida dos demais e, portanto, deve ser descartado. O referido autor cunhou, nessa conjuntura, o

⁷ O biopoder pode ser entendido como meio de gerenciamento sobre quem deve viver e quem deve morrer a partir da divisão dos indivíduos em grupos e subgrupos - que Foucault denomina de “racismo” - dentro de uma relação biológica de controle. Esta relação passou a ser exercida a partir do século XIX em razão das transformações socioeconômicas da sociedade industrial que impuseram uma mudança na ideia tradicional de soberania. Esta passou a ser exercida por meio do poder concretamente operacionalizado sobre o corpo do outro como forma de dominação. Ver mais em: FOUCAULT, 1993.

conceito de necropolítica para demonstrar a banalização da vida pelo próprio Estado o qual coloca a morte dos indesejados como forma de gestão política (MBEMBE, 2018). Assim, com a institucionalização de um regime de emergência permanente que permite ao Estado atuar sem limites, observa-se:

(...) a degradação permanente dos direitos fundamentais e a emergência do espectro do *homo sacer*, no qual a vida humana aparece nua, submetida aos desígnios do poder soberano, com seu proeminente poder de decidir em que momento a vida deixa de ser politicamente relevante (CARVALHO, 2013, p.10).

A produção da morte surge, então, como meio de sustentar as relações de domínio sobre o ficcional inimigo e, para tanto, o racismo desempenha papel condicionante para assegurar a eliminação daqueles que colocam em risco a pureza da sociedade. Nesse contexto, o sistema penal, como uma das expressões da soberania do Estado, vale-se do racismo e se ergue, historicamente, sobre a criação de categorias de pessoas para tratar de forma arbitrária e hostil os pertencentes aos estratos sociais mais desfavorecidos, sendo a resposta penal estruturalmente seletiva.

A dinâmica assumida pelo Estado a partir dos moldes do biopoder, na contemporaneidade, incorpora a criação de inimigos que, especificamente na realidade brasileira, proliferam-se nos bairros marginais e são ilustrados na figura do jovem “traficante” de drogas (BATISTA, 2003), como se delineará adiante. Zaffaroni comenta a questão da seletividade ao relacionar como a criação de estereótipos fabricados pelo sistema penal permite que outros tipos de delinquentes não sejam os alvos principais da persecução penal, como ocorre nos crimes de colarinho branco e de trânsito, demonstrando que as agências punitivas operam o seu poder repressivo quando e contra quem desejam (ZAFFARONI, 2001).

Na realidade periférica latino-americana, embora as normas criminalizadoras sejam estabelecidas universalmente, podendo-se falar em igualdade formal, certo é que a atuação das agências punitivas ocorre de forma seletiva, evidenciando-se a desigualdade material e o abismo entre a operatividade das agências do poder punitivo e a legislação penal (CARVALHO, 2017). Na prática, não há a reprodução igualitária da criminalização, mas sim a busca pelo controle social da pobreza a partir da associação entre a condição social do indivíduo e a sua tendência para a prática de determinados crimes. Em consequência, engendra-se a equivocada e, sobretudo, seletiva relação entre criminalidade e marginalidade,

promovendo uma política criminal genocida.

Ainda, os bairros periféricos, as favelas no caso brasileiro, são estigmatizados e alvos de incursões violentas em nome da guerra às drogas, visto a vinculação entre criminalidade e marginalidade. Ante o caos associado a estas áreas, legitima-se a atuação do sistema penal sem qualquer baliza legal. O custo, muitas vezes, não se limita aos gastos com aparatos militares do Estado, mas desmonta em vidas, que são despersonalizadas, arrancadas de maneira brutal como efeito colateral da eliminação do inimigo. A busca pela paz se reflete em um estado de guerra para toda população negra periférica, como bem nota Vera Malaguti:

Todo o sistema de controle social (incluindo aí suas instituições ideológicas, como meios de comunicação de massa) convergiu para a confecção do novo estereótipo. O inimigo, antes circunscrito a um pequeno grupo, se multiplicou nos bairros pobres, na figura do jovem traficante (BATISTA, 2003, p. 40).

A truculência policial contra os indesejados - negros favelados - é tão assustadora e banalizada que o ex-governador do Rio de Janeiro, eleito com 4.675.355 votos⁸, o equivalente a 59,87%, no segundo turno das eleições de 2018, Wilson Witzel, propôs a eliminação de qualquer potencial criminoso que portasse um fuzil pelas ruas da cidade, defendendo, inclusive, o uso de helicópteros para disparar rajadas. Nas palavras do então governador: “o correto é matar o bandido que está de fuzil. A polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e...fogo! Para não ter erro.”⁹

Para além da atuação de caráter bélico, o Estado conta com importante apelo da grande mídia. Para Rogério Dultra, os meios de comunicação, denominados pelo autor de *mass media*, surgem como protagonistas da criminalização, posto que a mídia “transforma o processo em notícia, elimina o meio (o devido processo) e faz subsistir apenas o fim (a decisão criminalizadora). De fato e “de direito”, a mídia controla os efeitos do processo enquanto espetáculo e substitui o judiciário na criminalização” (SANTOS, 2016, p. 203).

Em meio ao paradigma de exceção instaurado no Brasil, fomenta-se a repressão como forma de fazer valer o direito e, simultaneamente, o discurso da insegurança se dilata para

⁸ Os dados do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro estão disponíveis em: <https://www.tre-rj.jus.br/otrememoria-das-eleicoes-do-rj/dados-das-eleicoes>. Acesso em 27/12/2021.

⁹ O trecho da entrevista transcrito foi dado ao jornal Estado de S.Paulo e está disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/wilson-witzel-a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo/>. Acesso em: 27/12/2021.

auxiliar na construção de estereótipos que diferenciam o tratamento normativo destinado aos considerados indesejáveis pela sociedade e pelo sistema punitivo (SANTOS, 2016). Neste contexto, há o enfraquecimento das redes de solidariedade social, deixando evidente que “a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais” (ZAFFARONI, 2001, p.15).

Analogamente, Ana Flauzina defende:

Nesse espaço do planeta, as ações e omissões institucionais em relação à maioria do contingente populacional têm sido reconhecidas como uma forma de extermínio dos segmentos supérfluos ao projeto político hegemônico de concentração de renda e de poder de grupos historicamente identificáveis (FLAUZINA, 2018, p. 35).

A atuação dos sistemas penais da América Latina, como região marginal, é marcada pela sistemática da inoperância da legalidade processual, de modo a abrir margem à operacionalização arbitrária e seletiva do poder dirigida naturalmente aos setores vulneráveis da sociedade (ZAFFARONI, 2001). É manifesto o desrespeito aos princípios basilares de um direito penal e processual penal fundado no Estado de Direito, como o princípio da culpabilidade e da presunção de inocência, existindo, na prática, um direito penal de “periculosidade” presumida face às classes periféricas, com a imposição de penas antes do trânsito em julgado, já que, diante de processos judiciais infundáveis, a prisão preventiva se converte em pena.¹⁰

No Brasil, a realidade é agravada em razão do racismo estrutural. Não é por acaso que a composição da população carcerária, entre janeiro a junho de 2021, tanto da Justiça Estadual quanto da Federal supere a marca de 50% de pessoas de cor/raça parda e preta encarceradas em celas físicas. Os números compilados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen - demonstram que 66,73% dos presos da Justiça Estadual era ocupada

¹⁰ Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciária - Infopen - disponíveis até o momento da pesquisa, em junho de 2021, os presos provisórios chegaram a marca de 228.303 mil - o que representa 28,01% da população carcerária brasileira (815.165). Inclusive, a Comissão Interamericana de Direito Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2014, divulgou um Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas criticando a utilização excessiva da prisão provisória nos países latino-americanos, visto considerar que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico da região. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. e <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWVxYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDk1M5NjE2liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 10/01/2022.

por pessoas pardas e pretas, enquanto o número era 59,57% no âmbito federal. Ressalta-se também a falta de acesso integral aos dados da realidade carcerária no plano estadual, pois a referida pesquisa advertiu que da população carcerária total se tem acesso apenas à 85,4% das informações, sendo esta uma cifra oculta considerável, mas incapaz de reverter o recorte seletivo do sistema carcerário¹¹.

De igual forma, dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020¹², do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ratificam a desigualdade racial nos presídios na medida em que, das 755.274 pessoas privadas de liberdade em 2019, os negros perfaziam a maioria populacional encarcerada (66,7%) e, ainda, os que mais foram mortos pelas intervenções policiais¹³ (79,1%).¹⁴

A propósito, afirma Zaffaroni:

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamento sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). (...) Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há

¹¹ Os dados apontados foram retirados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen - disponíveis até o momento da pesquisa e pode ser acessado em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2Q0ZDlmZmZjMmRkYjFiliwiZCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 27/12/2021.

¹² O anuário está disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-14/>. Acesso em 27/12/2021

¹³ Os homicídios cometidos por policiais, muitas vezes, culminam em registros chamados de “autos de resistência”. Estes estão amparados no art. 292 do Código de Processo Penal o qual dispõe: “Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.” Com isso, o policial responsável por matar um suspeito de crime teria, alegadamente, agido em legítima defesa em razão da resistência do suspeito, estando amparado pela causa de exclusão de ilicitude do art.23, II, do Código Penal: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato. II - em legítima defesa”. Sendo assim, parte-se da presunção de legalidade destas mortes e os autos de resistência demonstram com frequência a violência institucionalizada decorrente da letalidade policial que desemboca num verdadeiro extermínio da juventude negra periférica. Ver mais em: ZACCONE, 2015 e MISSE et al, 2011.

¹⁴ Importante ressaltar o índice de mulheres negras vítimas de violência letal no Brasil. Conforme relatório de violência, divulgado em 2021, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em parceria com o Instituto Jones dos Santos Neves (IJSN), no ano de 2019, 3.737 mulheres foram assassinadas e destas 66% eram negras, de modo que “o risco relativo de uma mulher negra ser vítima de homicídio é 1,7 vezes maior do que o de uma mulher não negra, ou seja, para cada mulher não negra morta, morrem 1,7 mulheres negras” (CERQUEIRA et al., 2021, p.38). Este número resulta dos casos de violência doméstica ou familiar, do menosprezo ou discriminação à condição de mulher e também da violência urbana. Além disso, destaca-se que outras 3.756 mulheres também foram mortas de forma violenta em 2019, contudo não houve a indicação da causa. O relatório está disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em 11/01/2022.

morte do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. (...) Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos na prisão. Há mortes por doença não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes...(ZAFFARONI, 2001, p. 124-125).

Por todo o exposto, o deixar e o fazer morrer, causa/efeito da biopolítica, parecem sempre estar lado a lado ao sistema prisional latino-americano e ao signo do encarceramento em massa que permeia a região.

2.2. A política latino-americana de guerra às drogas e o “traficante” como novo inimigo

Rosa del Olmo elucida de maneira detalhada como foi construída a política latino-americana de guerra às drogas a partir da intensa influência estadunidense. Além disso, a autora venezuelana demonstra a importância da criação de discursos fundados em estereótipos, a exemplo do estereótipo moral, da dependência, do criminoso e do político-criminoso, desde a década de 1950 a 1980, como se delinearão adiante (OLMO, 1990).

Na década de 1950, a discussão acerca das drogas ainda era incipiente, visto que o seu consumo não era tão alastrado, sendo preponderantemente ligado aos grupos marginais da sociedade. Os reflexos econômicos-políticos também não eram significativos, e a droga era associada a aspectos morais, não figurando como preocupação central dos governos latino-americanos da época. Em verdade, a droga, em especial a maconha e a heroína, era um problema vinculado à violência e à delinquência das classes baixas, representando um traço das subculturas inexpressivo, embora já se verificassem discursos de médicos especialistas que compreendiam as drogas como um problema de saúde pública.

Em consequência do mencionado movimento médico que resultou na Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, das Nações Unidas¹⁵, ratificada pelo Brasil¹⁶, implementa-se,

¹⁵ Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf. Acesso em 21/12/2021.

¹⁶ O Congresso Nacional aprovou o Decreto nº 54.216, em 02 de agosto de 1964, que tinha como objeto a ratificação da Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova York, a 30 de março de 1961. O referido decreto se encontra disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 21/12/2021.

nos Estados Unidos, na década de 60, o modelo médico-jurídico no qual o objeto central de discussão passa a ser a dependência química. Houve, nessa época, a notável expansão do consumo das drogas aos estratos sociais privilegiados devido ao movimento de contracultura¹⁷.

O modelo médico-jurídico passou a diferenciar aquele que vende a droga, o “traficante”, considerado como um criminoso, e o adquirente, visto como doente ante a sua dependência química. Insta salientar que embora no Brasil - como um país de trânsito de drogas da América do Sul¹⁸, em especial da cocaína, produzida pela Colômbia, Peru e Bolívia¹⁹ (BOITEUX et al, 2009) - haja uma demanda crescente pelo consumo de drogas em toda a sociedade, em regra, o destinatário final, o adquirente, é protagonizado pelo branco pertencente à elite, enquanto o “traficante” que vende a droga a varejo é figurado em jovens marginalizados, principalmente negros favelados.

Fez-se necessária a aludida distinção para criar o estereótipo do usuário de droga como um indivíduo vulnerável e doente, possível de ser curado se a ele fosse destinado o tratamento médico adequado, tendo a droga a partir deste momento surgido como um problema de saúde pública. No entanto, a dita saúde pública era restrita aos jovens das classes sociais privilegiadas, de maneira que para o “traficante” o único destino era a cadeia, visto as campanhas de “Lei e Ordem”, massificadas pela mídia, que primavam pelo recrudescimento

¹⁷ Pode-se entender o movimento de contracultura como um movimento de protesto, majoritariamente levado a cabo por jovens, contra o imperialismo norte-americano na América Latina e contra a Guerra do Vietnã. Nesse viés, os jovens usaram drogas ilícitas como meio de libertação e manifestação política contra a política armamentista dos Estados Unidos. Ver mais em: OLMO, 1990 e CARVALHO, 1996.

¹⁸ O Brasil, junto a Colômbia, conforme o Relatório Mundial sobre Drogas, de 2021, desponta entre os principais países de trânsito da cocaína até a Europa desde 2010. Na mesma linha, o Relatório Anual da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE) - órgão de fiscalização independente para a implementação das Convenções Internacionais das Nações Unidas de controle de drogas - de 2019, último disponível até o momento da pesquisa, indica como o Brasil, junto ao Chile e a Colômbia, formam os três países chaves no transporte da cocaína até a Espanha, que distribui a droga ao restante da Europa. Disponíveis em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_4.pdf e https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2019/Annual_Report_Chapters/English_ebook_AR2019.pdf Acesso em: 01/01/2022.

¹⁹ Ainda segundo o Relatório Anual da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), de 2019, a área de cultivo da cocaína na Colômbia apresenta acréscimo desde 2013, tendo, em 2017, chegado a 171,000 hectares - com um aumento médio de 38% quando comparado aos quatro anos anteriores. O incremento da área de cultivo da cocaína também é verificado no Peru desde 2015 - naquele ano ocupava 20,300 hectares e, em 2016, 43,900 hectares e, por fim, em 2017, chegou a 49,900 hectares, verificando-se o aumento de 14% em apenas um ano. Quanto à Bolívia, a situação difere um pouco na medida em que houve o decréscimo de 6% da área de cultivo entre 2017 e 2018, no entanto o país ainda segue como sendo um dos principais produtores da cocaína. Disponível em: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2019/Annual_Report_Chapters/English_ebook_AR2019.pdf Acesso em: 25/12/2021

do sistema punitivo. Rosa del Olmo desenha esta conjuntura decisiva da guerra às drogas com as seguintes palavras:

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso (...). Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pelo qual era fácil qualificá-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico que apresentava o já bem consolidado modelo médico-sanitário (OLMO, 1990, p. 34).

Nos Estados Unidos dos anos 70, a heroína surge como o grande problema do início da década e a cocaína do fim da década, sobretudo em virtude do seu consumo ter chegado até a juventude branca²⁰. O abuso de drogas foi classificado como “o inimigo público número 1 dos Estados Unidos” pelo então presidente Richard Nixon (1969-1974), em 1971²¹. A partir deste momento, a temática das drogas além de ser politizada, fazendo parte da política pública do Estado - como já o vinha sendo -, passou a ser securitizada transnacionalmente na medida em que a droga foi dada como ameaça à ordem e à soberania nacional.

Logo, iniciou-se um processo normativo, de intensa ostensividade²², e de arranjo de capital para enfrentar o problema que não se limitaria ao território estadunidense, posto a necessidade de lidar com as fontes de abastecimento do mercado - cada vez mais violento para garantir o vício. Diante da legitimação jurídica e da importação de discursos de terror atribuídos aos estereótipos das drogas, incentivado pelos Estados Unidos, foram estabelecidas intervenções ao redor mundo para reprimir o uso, o cultivo e a venda de drogas.

A despeito da América Latina não enfrentar o movimento de contracultura, certo é que

²⁰ Importante fazer o paralelo de como a cocaína, encarada como a droga neoliberal e símbolo de status entre seus consumidores brancos, tem como contrapartida a destruição da juventude pobre da região latino-americana a qual tem de se submeter ao círculo vicioso do mercado varejista e da violência nele intrínseca.

²¹ O discurso que fez a declaração transcrita foi feito após uma conferência em junho de 1971 e está disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ejstBYt3cdM> Acesso em: 25/12/2021.

²² Conforme apresentado por Rosa del Olmo, em A Face Oculta da Droga (1990), houve a aprovação pela ONU da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971 e, já em 1972, do Protocolo que alterou a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, de modo a incluir outras substâncias que não haviam sido abrangidas. No âmbito interno estadunidense, foram elaboradas algumas leis, como: Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act e Controlled Substances Act, além de escritórios federais, que fizeram surgir o Drug Enforcement Administration (DEA), para planejamento das ações antidrogas. Destaca-se que o DEA permanece como o órgão de segurança do Departamento de Justiça dos Estados Unidos encarregado da repressão e controle de narcóticos.

o discurso médico-jurídico iniciado por lá acarretou, em 1970, campanhas antidrogas em diversos países por aqui. Não obstante, destaca-se que no referido período a América Latina enfrentou um forte ataque ao direito penal de garantias em nome do “direito penal de segurança nacional”, marcando a ideologia da guerra permanente e de um “direito penal autoritário” (ZAFFARONI, 2009). Além disso, houve a influência dos discursos de “Lei e Ordem” da década de 1960, do direito penal do inimigo e do alarde dos meios de comunicação na elaboração de leis especiais durante aquele período²³, de forma que o proibicionismo, vinculado à repressão seletiva a determinados grupos sociais, emanou como tese central para a criação do estereótipo do “traficante” como criminoso e inimigo.

Observa-se que foi durante a transição das ditaduras latino-americanas para os regimes democráticos que o “mito da droga” se concretiza e o “traficante” é declarado, de vez, como o novo inimigo a ser combatido (BATISTA, 2003). Ainda sobre a temática, assevera Zaffaroni:

A administração norte-americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem *guerra à droga*, numa primeira versão vinculada estritamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (*a narcoguerrilha*) etc. À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a *guerra contra a droga* (ZAFFARONI, 2007, p. 51).

A partir da década de 1980, em virtude do avanço da globalização e da transnacionalização da economia, percebe-se a expansão da produção e do consumo principalmente da cocaína pelos norte-americanos – já iniciado ao final dos anos 70. O olhar sobre a droga foi reestruturado, não prevalecendo o discurso médico e os aspectos relacionados à saúde pública, uma vez que o usuário de drogas não era mais um doente, mas um verdadeiro consumidor de drogas ilícitas que injetava capital em um mercado sem qualquer regulação tributária. Neste contexto, começa-se a notar a preocupação estatal com os aspectos econômicos e políticos advindos do narcotráfico. (OLMO, 1990).

²³ De antemão, sublinha-se que, em resposta à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 da ONU e seu protocolo adicional, foi promulgada, no Brasil, a Lei nº 5.726/1971 para combater o tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Pode-se mencionar como demais exemplos o caso do Equador com a Lei nº 366/1970; da Bolívia, com o Decreto nº 11.245/1972 e do Peru com o Decreto Lei nº 19.905/1973. Ainda, em 1973, adveio o Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos (ASEP) para instituir o discurso médico-jurídico sobre as drogas. Ver mais em: OLMO, 1990.

Outra medida implantada foi a divisão do mundo em dois blocos: dos países dados como vítimas, os consumidores de drogas, e dos países agressores, produtores de drogas. Iniciaram-se programas de cooperação internacional na tentativa de controlar o tráfico internacional de drogas ante a farta oferta da droga dos países produtores considerados, então, inimigos externos. Estes deveriam, portanto, colaborar no combate para que as drogas não entrassem mais nos territórios dos países vítimas, militarizando-se a repressão ao narcotráfico. Neste sentido:

A política antidrogas dos Estados Unidos incluía a colaboração de muitos governos latino-americanos, que receberam cada vez mais ajuda econômica e técnica, adotaram programas de capacitação da polícia dos EUA e se converteram em anfitriões de numerosos agentes da DEA”; além disso, nesses países, “destinaram-se cada vez mais policiais e soldados para as tarefas antidrogas (SERRANO e TORO, 2005, p. 242-243).

Ocorre que tal divisão em blocos não levou em consideração a dinamicidade do narcotráfico a qual permite que um país não seja apenas consumidor, mas também possa ser, simultaneamente, produtor, como sucede no Brasil que além de ser um país de trânsito, é um dos maiores consumidores de cocaína; e dos Estados Unidos que figura no ranking mundial de produção da maconha (RODRIGUES, 2012).

Por todas essas razões, a droga surge como uma “praga” e um problema de segurança nacional. Assim, fez-se prevalecer o discurso político-jurídico transnacional, a visão da droga como inimiga, travando, em última instância, uma guerra às drogas, visto o perigo ao próprio Estado (OLMO, 1990). À propósito:

Nos anos 80 do século passado, toda a região sancionou leis antidrogas muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga a que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconheceram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes” (ZAFFARONI, 2007, p. 52).

Considerando a droga como uma ameaça existencial, exigem-se medidas securitárias excepcionais e, para tanto, é preciso discriminar e neutralizar o responsável para eliminar essa ameaça. Logo, o “traficante” de drogas é declarado como inimigo pelo Estado e o é não em razão da sua autodeclaração como inimigo, mas devido ao próprio poder estatal o declarar

como tal e fomentar a visão de hostilidade face a ele (ZAFFARONI, 2007).

Deve-se reconhecer que o discurso político da guerra às drogas, do país agressor e do país vítima, buscou, por um lado, o combate a tais substâncias e, por outro, correlacionou o uso das drogas a certos grupos sociais e étnicos. Nos Estados Unidos, por exemplo, a cocaína foi associadas aos negros, já, no Brasil, a heroína foi relacionada aos cafetões e prostitutas, enquanto a maconha aos negros capoeiristas (RODRIGUES, 2012). Por conseguinte, tais correlações são internalizadas pela sociedade que naturaliza não só a repressão às drogas, mas legítimas medidas tomadas para a contenção das classes classificadas como perigosas. Nas precisas palavras de Vera Malaguti sobre a região de terror arquitetada no Rio de Janeiro e o clamor pela maximização do sistema criminal:

O processo de demonização das drogas, a disseminação do medo e da sensação de insegurança diante de um Estado corrupto e ineficaz, vai despolitizando as massas urbanas brasileiras, transformando-as em multidões desesperançadas, turbas linchadoras a esperar e desejar demonstrações de força (BATISTA, 2003, p. 35).

A “alucinação de uma guerra” sempre foi usada como instrumento de legitimação do poder punitivo ilimitado em meio a ditas situações de emergência (ZAFFARONI, 2007). Neste viés, a partir do momento no qual o combate ao tráfico de drogas é situado no patamar de uma guerra, o poder repressivo, mesmo em um ambiente formalmente democrático, abstém-se de respeitar direitos fundamentais, já que, na guerra, os inimigos, por serem perigosos e representarem uma ameaça à ordem, devem ser eliminados.

Diante do diálogo entre os processos de criminalização e o direito penal do inimigo, evidencia-se que ao “traficante” de drogas, no caso brasileiro, o estereótipo do negro favelado, restará a contenção necessária para que a sua “periculosidade” seja sanada. No entanto, a extinção dessa “periculosidade” não se verificará tão facilmente, visto que o sistema penal, por meio de um juízo seletivo, é o responsável por estabelecer os limites para neutralização do perigo que os “traficantes” de drogas representam. Esse mesmo sistema, no entanto, defende a incapacidade de reintegração daqueles. Sendo assim, justificam-se as desproporcionais e desiguais políticas punitivas aplicadas aos “traficantes” negros, que ampliam, cada dia mais, a população carcerária.

Chama a atenção no Rio de Janeiro a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações

criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, quando presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução das penas, o que foi constatado em cerca de 40% dos casos. A conclusão a que se chegou foi que, na prática, houve uma diferença de interpretação entre os juízes na aplicação da causa especial de redução, dificultando a diminuição das penas, mesmo no caso de réus primários, especialmente na Justiça Estadual (BOITEUX, 2014, p.91).

Neste contexto, o suposto perigo que envolve o “traficante” parece não ter relação direta com a droga em si, visto que, em regra, os alvos mais comuns são os pequenos “traficantes” que ocupam os níveis hierárquicos inferiores da cadeia comercial do tráfico²⁴, mas, antes, com a sua condição social marginal que precisa ser neutralizada. Todavia, tamanha é a indesejabilidade daquele que processos são pautados em suspeitas, evidenciando-se os ditames do direito penal do autor como mais um meio de criminalização da pobreza.

2.3. Evolução histórica da legislação de drogas no Brasil

No plano internacional, a elaboração de um sistema proibicionista - que obriga a criminalização da conduta de portar, ainda que para uso próprio, e de todas as ações de produção, comércio e transporte de drogas ilícitas com pena privativa de liberdade - teve início com as Convenções Internacionais, impulsionadas pelos Estados Unidos a partir do século XX, e com o rígido controle penal estabelecido desde então.

A política internacional de drogas está fundada nos seguintes diplomas legais, já mencionados anteriormente: a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, que universalizou o caráter proibicionista por meio de argumentos médicos-sanitários e estabeleceu prazos para extinguir gradualmente o ópio em 15 anos e a cocaína e a cannabis em 25 anos, emendada pelo Protocolo de 1972, que estabeleceu providências para o tratamento e reabilitação dos usuários de drogas; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971²⁵; e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988²⁶, que previu, entre outras medidas, a erradicação do cultivo de plantas narcóticas e internalizou, definitivamente, a política de guerra às drogas, com a utilização de termos bélicos

²⁴ O tráfico de drogas nas favelas do Rio de Janeiro é sobretudo varejista. Todavia, a operatividade lucrativa do tráfico no atacado, que envolve desde os investimentos na atividade produtiva a lavagem de dinheiro, fica a cargo de pessoas que não estão nas favelas. Ver mais em: BOITEUX et al. 2009.

²⁵ A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas está disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf. Acesso em 04/01/2021.

²⁶ A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas está disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf. Acesso em 04/01/2021.

como “combate” e “eliminação”, além da necessidade de cooperação e co-responsabilidade repressiva (BOITEUX et al, 2009).

No Brasil, mais especificamente no município do Rio de Janeiro, antes mesmo da política proibicionista engendrada pelos norte-americanos, houve a criminalização da posse e venda de cannabis já em 1830, em que pese a substância não estar prevista na lista de drogas proibidas internacionalmente à época. Posteriormente, o Código Penal da República, de 1890, já indicava como delito “*Expôr à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários*” (art. 159), sem que houvesse clareza quanto à substância tóxica a ser criminalizada.

No entanto, é a partir de 1915, quando do Decreto nº 11.481/1915²⁷, o qual promulga a Convenção Internacional do Ópio, também chamada de Conferência de Haia (1912)²⁸, primeiro tratado internacional de controle de drogas, que a política de drogas brasileira começa a ganhar forma por meio de uma concepção médico-sanitária e higienista de controle do tráfico, relacionada à saúde pública, que perdurou até a ditadura militar brasileira (BATISTA, 1998).

A partir de então, inúmeras foram as alterações produzidas, a exemplo: o Decreto Legislativo nº 4.294/1921²⁹ que, entre outras medidas, introduziu a expressão “entorpecente” no ordenamento pátrio, previu a criação de um estabelecimento especial com tratamento médico e regime de trabalho no Distrito Federal (art. 6º) e a responsabilização do comerciante (art. 4º, parágrafo único); o Decreto nº 20.930/1932³⁰, com alterações promovidas pelo Decreto nº 24.505/1934, que, em consonância com as conferências complementares da Conferência de Haia, interviu amplamente na política de drogas na medida em que o tipo penal do tráfico passou a acumular diversos núcleos³¹ e, por fim, o Decreto-Lei nº 891/1938³² que

²⁷ O Decreto nº 11.481/1915 está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em: 28/12/2021.

²⁸ Insta destacar que a Conferência de Haia tinha como principal objetivo não a proibição da produção, venda e consumo, mas desenvolver um controle, no sentido de limitação, sobre as substâncias, principalmente do ópio.

²⁹ O Decreto nº 4.294/1921 está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>. Acesso em 28/12/2021.

³⁰ O Decreto nº 20.930/1932 está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em 28/12/2021.

³¹ O artigo 25, do Decreto nº 20.930/1932, estabeleceu: “Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias”.

³² O Decreto-Lei nº 891/1938 pode ser visualizado em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930->

recicla o decreto anterior, prevendo a revisão periódica da lista de substâncias tóxicas entorpecentes (art. 1º e §3º) e a venda ao público mediante receita com um série de exigências (art. 26 e seus parágrafos), além de detalhar o fluxo de importação das substâncias. De toda forma, a normatividade delineada pela legislação citada apresentava alterações regulares que culminaram, até 1964, na compreensão do usuário de droga como um doente a ser tratado (BATISTA, 1998).

Realidade adversa surge com a ditadura militar brasileira e com o novo modelo de política criminal face às drogas, alinhado à doutrina de segurança nacional e à securitização norte-americana dos anos 70, o chamado modelo bélico. Neste, surge o conceito de inimigo interno em razão do declínio da Guerra Fria e da recessão econômica. Como aponta Nils Christie: “as nações industrializadas mais importantes não têm inimigos externos contra os quais se mobilizar, não parece improvável que a guerra contra inimigos internos seja priorizada” (CHRISTIE, 1993, p. 13-14).

Num primeiro momento, o Decreto-Lei nº 385/1968³³ alterou o art. 281 do Código Penal de 1940 para introduzir novos verbos nucleares no tipo penal do tráfico e, ainda, na contramão da ideologia da diferenciação norte-americana, equiparou o *quantum* de pena do “traficante” para o usuário³⁴. Um pouco depois, o Decreto-Lei nº 753/1969³⁵ dispôs sobre a fiscalização policial de laboratórios, de firmas distribuidoras ou depositárias de entorpecentes.

Já a Lei nº 5.726/1971³⁶ trouxe importantes inovações ao equiparar o uso e o tráfico de drogas aos crimes contra a segurança nacional, com uma investigação sumária de até 5 dias

[1939/decreto-lei-891-25-novembro-1938-349873-publicacaooriginal-1-pe.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm). Acesso em 28/12/2021.

³³ O Decreto-Lei nº 385/1968 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm. Acesso em 29/12/2021.

³⁴ O art.281 do Código Penal passou a vigorar com a seguinte redação: "Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.) § 1º **Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:** (...) III - **traz consigo, para uso próprio,** substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.) (grifado). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm. Acesso em 29/12/2021.

³⁵ O Decreto-Lei nº 753/1969 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0753.htm. Acesso em 29/12/2021.

³⁶ A Lei nº 5.726/1971 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15726.htm. Acesso em 29/12/2021.

(art. 22). Além disso, impôs um dever jurídico de colaboração no combate ao tráfico e uso de drogas ilícitas a toda pessoa física ou jurídica (art. 1º), prevendo, inclusive, a perda do cargo ao diretor de escola que não comunicasse os casos de uso e tráfico no ambiente escolar às autoridades sanitárias (art. 7º, parágrafo único).

Posteriormente, a Lei nº 6.368/1976³⁷ emana como diploma inaugural de uma nova forma de controle de drogas, enfatizando-se o discurso jurídico-político (CARVALHO, 1996). Manteve-se o dever jurídico da sociedade em coibir o tráfico sem a rigidez de controle anterior, mas, por outro lado, não se indicou parâmetros para a diferenciação entre o usuário, pequeno, médio e grande “traficante”, além de recorrer a uma norma penal em branco, visto a referência à “*substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*”³⁸ e a utilização da expressão imprecisa “*de qualquer forma*” (art. 12). O condenado por tráfico na forma do art. 12 e 13 da referida lei³⁹ deveria ser mantido preso para apelar da sentença (art. 35), violando-se os princípios da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal. Ademais, as penas foram muito elevadas - chegando ao patamar de 15 anos de reclusão (art. 12, *caput*).

Diante do cenário normativo da ditadura militar brasileira, percebe-se, então, a incorporação de um arcabouço bélico no funcionamento do sistema penal para que o inimigo fosse devidamente abatido, embora o tipo penal do tráfico, como crime de perigo abstrato, não cause ofensividade causal, apenas jurídica, já que a conduta não resulta em dano empírico (CARVALHO, 1996).

Com a redemocratização, a Constituição Federal estabeleceu o crime de tráfico de drogas como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII), enquanto a Lei dos

³⁷ A Lei nº 6.368/1976 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm. Acesso em 29/12/2021.

³⁸ Conforme Salo de Carvalho, “historicamente as legislações anti-drogas optam pela técnica das leis penais em branco com escopo de tutelar o bem ‘saúde pública’ com maior agilidade, porque o ato administrativo é menos moroso que a modificação e/ou publicação de leis penais” in CARVALHO, 1996, p.33.

³⁹ O art. 12 e 13 da Lei nº 6.368/1976 dispunham: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”; “Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm. Acesso em 29/12/2021.

Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/1990⁴⁰ - vedou a concessão de indulto e de liberdade provisória (art. 2º, I e II), além de ter expandido a prisão provisória aos acusados de tráfico, pois o prazo do procedimento judicial dobrou (art. 10). Em 1998, Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) editou a Medida Provisória nº 1.669⁴¹, que criou a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) como órgão central na política de drogas no Brasil, à semelhança do DEA norte-americano (RODRIGUES, 2012).

Em 2002, a Lei nº 10.409⁴² foi promulgada, após onze anos de tramitação no Congresso Nacional, em meio a muitos vetos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que culminaram com a manutenção dos dispositivos da Lei 6.368/1976 referentes aos crimes e às penas. Salienta-se como inovação principal da nova lei a previsão, pela primeira vez, da estratégia oficial da política de prevenção denominada redução de danos que permitiu, por exemplo, evitar que os operadores de saúde fossem acusados criminalmente de favorecer o uso de drogas pelo simples ato de distribuir seringas descartáveis para reduzir os níveis de contágio pelo vírus do HIV e da hepatite C (BOITEUX, 2006).

Hoje, o diploma normativo sobre as drogas remete à conhecida Lei de Drogas - Lei nº 11.343/2006⁴³. Esta manteve alguns dispositivos da Lei nº 6.368/1976, por exemplo: a distinção entre o usuário e o “traficante”; a ausência de especificação ao longo de todo o texto normativo no que tange ao *quantum* de drogas que diferencia o uso do tráfico, a despeito da distinção entre o “traficante profissional” e o “traficante ocasional”, por força do art. 33, §4º (tráfico privilegiado); a inafiançabilidade, a vedação à concessão de sursis, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e a conversão da pena em restritiva de direitos (art. 44). Todavia, certo é que a Lei de Drogas em vigor promoveu grandes mudanças na política criminal de drogas brasileira.

Entre as mudanças, sublinham-se como aspectos positivos: a expressa previsão de

⁴⁰ A Lei nº 8.072/1990 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 04/01/2021.

⁴¹ A Medida Provisória nº 1.669/1998 está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1998/medidaprovisoria-1669-19-junho-1998-356568-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29/12/2021.

⁴² A Lei 10.409/2002 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm. Acesso em 30/12/2021.

⁴³ A Lei 11.343/2006 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 04/01/2021.

princípios norteadores⁴⁴ do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) que marcam um paradigma proibicionista moderado baseado em estratégias de redução de danos; a despenalização da posse para uso pessoal (art. 28), havendo a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade; e a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, §3º) - equiparado ao tráfico anteriormente - de modo a caber a detenção. No que se refere aos aspectos negativos, destacam-se dois: a imprecisão na quantidade de droga a ser punida e o aumento da pena mínima do delito de tráfico de 3 para 5 anos de reclusão.

Quanto ao primeiro ponto, é evidente que o princípio da proporcionalidade, importante baliza de contenção do poder punitivo, previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, é frontalmente violado na medida em que mesmo diante de dezoito verbos nucleares previstos no art. 33 da Lei de Drogas, os quais desembocam em distintas lesões ao bem jurídico tutelado, a quantidade de pena prevista para todas as condutas é a mesma - *reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa* (BOITEUX, 2009). Neste viés, sendo todas as condutas consideradas de igual gravidade e, mais, sendo a quantidade de droga apreendida e de substância ilícita irrelevante, a consequência visível a olho nu é a ampla discricionariedade da autoridade policial para definir se a pessoa flagrada com substâncias ilícitas se enquadra como usuária ou “traficante”.

Por conseguinte, tal imprecisão não apenas permitiu a permanência, mas oficializou a seletividade penal contra os pobres, negros e favelados, ampliando o encarceramento (RODRIGUES, 2012). De modo semelhante:

Sob esse aspecto, o formato da Lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma Lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os

⁴⁴ A exemplo: “Art. 4º São princípios do Sisnad: I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Além disso, estabeleceu-se diretrizes para prevenção do uso indevido de drogas, como o “VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados (art. 19, VI);

casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes (BOITEUX et al, 2009, p. 45).

O aumento da pena prevista para o tráfico de drogas, segunda adversidade apontada, ainda mais se considerando as restrições do art. 44 da Lei⁴⁵ e a equiparação a crime hediondo, é completamente desproporcional e faz o tráfico de drogas ser considerado uma das principais causas do superencarceramento, como logo se verá. Infla-se, cada vez mais, um sistema inoperante e degradado sob todos os aspectos, conforme já denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Presídio de Urso Branco⁴⁶, onde mais de cem presos foram assassinados dentro do presídio, sob a tutela do Estado, entre 2000 e 2008.

Sendo assim, pode-se concluir que, historicamente, o movimento internacional de combate às drogas foi amplamente aceito e incorporado no direito interno brasileiro, visto a marcante militarização do controle de drogas ilícitas e a consequente restrição de direitos e garantias fundamentais. No entanto, os cruéis efeitos da guerra às drogas, como a violência, as mortes nas zonas de conflito e o encarceramento em massa, devem ser encarados como condição estrutural para que o sistema penal mantenha o seu domínio sobre as camadas sociais vulneráveis as quais são rotuladas pelas suas características pessoais e sociais.

Logo, a atual e contínua política de drogas, ao invés de reduzir o consumo, o cultivo, a produção e o domínio do narcotráfico, como promete, bipolariza a sociedade com a figura do “traficante” como inimigo, fomenta legislações punitivas e não consegue situar o problema das drogas como uma questão, fundamentalmente, de saúde pública. Enquanto a prevenção e o tratamento são deixados de lado, a criminalização cresce exponencialmente para segregar e neutralizar a população historicamente marginalizada. Em verdade, serve “a política de drogas apenas como um meio puramente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira de repressão e controle social punitivo dos mais pobres e excluídos” (BOITEUX et al, 2009, p. 46).

⁴⁵ Art. 44 da Lei 11.343/2006: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

⁴⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco” (2005). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf. Acesso em 29/12/2021.

3. O GRANDE ENCARCERAMENTO

O sistema penal, com o apoio da grande mídia e da sociedade acometida pelo medo, vale-se da criação de inimigos para legitimar sua atuação seletiva direcionada aos indesejados, notadamente os “traficantes” de drogas no Brasil. Considerando a “periculosidade” destes e o risco à paz social, instaura-se uma guerra na qual a morte e o encarceramento em massa figuram como política de Estado para a neutralização.

A partir do panorama histórico internacional e latino-americano sobre as drogas delineado, observa-se que a militarização no combate ao tráfico e as repressivas leis de drogas brasileiras geram processos de criminalização da pobreza, surgindo a prisão como resposta para conter os estratos sociais marginalizados e estigmatizados.

Sendo assim, serão expostas as bases da cultura da pena de prisão, a relação entre a hipertrofia do sistema carcerário e o encarceramento por tráfico de drogas, além do perfil das pessoas presas por tráfico e o contexto no qual se deu a prisão. Por fim, será feita uma análise das condições das unidades prisionais em meio à pandemia causada pelo vírus do Covid-19.

3.1. A prisão como regra

A partir do final do século XX, face ao modelo econômico neoliberal dos Estados Unidos, constata-se o recrudescimento do sistema penal em todo o ocidente, desaguando no encarceramento em massa. A prisão, ao invés de operar como *ultima ratio*, assume novos contornos e passa a ser a regra na medida em que surge como meio para solucionar as mazelas sociais e o clima de insegurança. Nas palavras de Minhoto, o encarceramento em massa é caracterizado:

(...) em primeiro lugar, pelos fatos brutos da abrangência da população prisional e da magnitude da taxa de encarceramento; em segundo lugar, pode-se dizer que o encarceramento se torna encarceramento em massa quando deixa de funcionar como mecanismo de aprisionamento do indivíduo transgressor e passa a operar como mecanismo de aprisionamento de estratos populacionais (MINHOTO, 2018, p. 9).

Diante da transição do Estado-providência⁴⁷ para o Estado penal e policial, o direito

⁴⁷ Wacquant defende que o Estado-providência seria melhor compreendido se fosse chamado de Estado caritativo sob o argumento de que o Estado americano pautou os seus programas sociais não com base na solidariedade

penal emana como estratégia para o controle social da pobreza e regulação da miséria. Desenvolveu-se, naquele momento, uma política criminal repressiva e seletiva para criminalizar as consequências da miséria, tendo a pena privativa de liberdade sido empregada como método para a neutralizar as classes sociais mais vulneráveis ao poder punitivo. Ainda, a guerra às drogas foi a principal causa para o superencarceramento norte-americano⁴⁸ e para a segregação da juventude dos guetos (WACQUANT, 2003). Neste diapasão:

Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 60, a população carcerária americana explodiu, passando de menos de 200 mil detentos em 1970 a cerca de 825 mil em 1991, ou seja, um crescimento nunca visto em uma sociedade democrática de 314% em vinte anos. A exemplo do desgajamento social do Estado, o encarceramento atinge prioritariamente os negros: o número de detentos afro-americanos multiplicou-se por cinco desde 1970. (...) As taxas de encarceramento de afro-americanos triplicou em doze anos e chegava a 1.895 em cada 100 mil em 1993, ou quase sete vezes as taxas de brancos (293 em 100 mil) (WACQUANT, 2003, p. 28-29).

Há que se ressaltar que a regulação punitiva da pobreza nos Estados Unidos gerou, pois, o encarceramento de criminosos que, muitas vezes, não são potencialmente “perigosos”, como nas hipóteses dos acusados de comércio de substâncias ilícitas e furto, diferentemente do difundido nos discursos políticos e na grande mídia. Com efeito, nota-se que o grande encarceramento é um mecanismo para controlar a pobreza dentro dos muros da prisão e, por conseguinte, não decorre do aumento da criminalidade violenta diretamente (SOUZA, 2015).

O Estado penal se globalizou e, na América Latina, a penalidade neoliberal é ainda mais marcante e arbitrária, uma vez que, como região marginal e periférica, o Estado de Bem-Estar Social não vigorou por aqui, de forma que “as prisões se assemelham a verdadeiros campos de concentração para miseráveis, enquanto nos países centrais possuem um aspecto disciplinador” (ZAFFARONI, 2001, p.123).

No Brasil, em junho de 2021, a população prisional era de 820.689 mil, sendo a taxa de encarceramento de 384,73 presos por 100.000 habitantes. Contudo, as unidades prisionais contavam com apenas 634.469 mil vagas e, em consequência, o índice de superlotação era de

social e na redução das desigualdades, mas na compaixão para tornar a miséria menos evidente. Ver mais em: WACQUANT, 2003, p.20.

⁴⁸ Conforme ressaltado por Wacquant, o número de pessoas encarceradas representa somente ¼ da população carcerária, visto desconsiderar as pessoas submetidas à liberdade vigiada e as pessoas soltas em liberdade condicional. Ver mais em: WACQUANT, 2003, p.30.

129.3%⁴⁹. Hoje, o país segue ocupando o terceiro lugar no ranking mundial de maiores populações carcerárias⁵⁰.

5 maiores populações prisionais do mundo

	País	População prisional	População total	% de pessoas presas
1	Estados Unidos	2.068.800	331.002.647	0,62%
2	China	1.690.000	1.439.323.774	0,11%
3	Brasil	820.689	212.559.409	0,38%
4	Índia	488.511	1.380.004.385	0,03%
5	Federação Russa	467.241	145.805.944	0,32%

Fonte: World Prison Brief, do Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres, e IBGE

países

Como se os números já não fossem alarmantes por si só e demonstrassem como o sistema penal se vale da prisão para administrar os indesejáveis, o custo de um recluso para os cofres do Estado brasileiro é elevado. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciária, o custo médio de uma pessoa privada de liberdade por unidade federativa era de R\$ 1.875,01 em agosto de 2021 e, até aquele momento, havia sido destinado R\$ 1,28 bilhões⁵¹ para o sistema carcerário.

Em que pese o aporte financeiro robusto, o Estado brasileiro não promove condições de assistência mínima para os reclusos os quais são submetidos a ambientes superlotados e insalubres que ensejam, historicamente, resistências em virtude das violações cotidianas⁵². Tais resistências, muitas vezes, são duramente reprimidas pela polícia militar a qual executa

⁴⁹ Os dados estão disponíveis em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em 18/01/2022.

⁵⁰ As informações de cada país no *World Prison Brief* podem ter datas diferentes como referencial. Além disso, a base de dados do cálculo não computou as prisões domiciliares. No entanto, o *World Prison Brief*, mantido pelo Institute for Crime & Justice Research da University of London, promove o levantamento mundial sobre dados prisionais mais atualizado. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All e <https://paises.ibge.gov.br/#/mapa/comparar/estados-unidos-da-america?lang=pt>. Acesso em 18/01/2022.

⁵¹ O encarceramento também pode ser visto como uma indústria extremamente lucrativa nos países onde as prisões são construídas e administradas pelo setor privado. Ver mais em: WACQUANT, 2003. Os dados mencionados estão disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWJlZmZkNmUtZjcyMy00NTIyLWI2NjQtNWNIMjA0NjUzMDBhLiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLWVTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>. Acesso em 19/01/2022.

⁵² Entre as resistências no Brasil, ganharam destaque as ocorridas na Casa de Detenção de São Paulo, o Carandiru, em 1992; no Complexo Penitenciário de Araraquara em 2006; no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2014 no Maranhão; no Complexo Penitenciário de Curado em 2014 no Recife; no Complexo Penitenciário Anísio Jobim de Manaus em 2017. Ver mais em: LEGALE e ARAÚJO, 2016.

um verdadeiro massacre, sendo mais uma expressão da política de morte perpetrada pelo Estado. De fato, existe uma política falaciosa quanto à prisão ser um meio de prevenção, ressocialização e reintegração, mas esta mesma política está estreitamente alinhada aos moldes da necropolítica e a manutenção da desigualdade social.

3.2. A prisão e o tráfico de drogas no Brasil

Os processos de criminalização e a reação social são, manifestamente, mais rígidos e abrangentes quando se trata do tráfico de drogas. Mesmo diante de um bem jurídico abstrato a ser tutelado - a saúde pública -, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a polícia realizam uma verdadeira “caça às bruxas” seletiva aos “traficantes”, aplaudida pela sociedade, que perfaz uma das principais causas para o aumento da população carcerária.

A atual criminalização das dezoito condutas previstas no art.33 da Lei de Drogas escancara como a sistema punitivo pretende alcançar e enquadrar o maior número de pessoas no tipo penal de tráfico de drogas. No entanto, esta sede punitiva não é recente. Embora a criminalização secundária seja a principal causa para o encarceramento seletivo, observa-se um contínuo movimento legislativo de endurecimento do *quantum* de pena a ser aplicado no caso do tráfico de drogas, como se expõe abaixo.



Fonte: Portal da Legislação - Planalto

O salto da pena mínima e máxima para 3 e 15 anos de reclusão respectivamente, em meados da década de 70, vai de encontro ao momento no qual a guerra às drogas passa a fazer parte da política de combate massivo do Estado brasileiro a partir da ditadura militar e da influência norte-americana. Por outro lado, demais crimes, como o homicídio (art. 121, do CP) e o estupro (art. 213, do CP), apresentam uma variação da escala penal linear desde a promulgação do Código Penal de 1940. A pena do homicídio permanece sendo de 6 a 20 anos desde 1940, enquanto o tipo de estupro - que possui como requisito intrínseco a violência ou grave ameaça, além de violar de forma traumática a liberdade sexual - sempre teve como pena máxima 10 anos, tendo somente a pena mínima sido elevada com a promulgação da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) - de 4 para 6 anos (BOITEUX e PÁDUA, 2013).

Logo, urge questionar como o tráfico de drogas, delito de perigo abstrato que não envolve necessariamente violência e dano direto à vítima determinada, consegue representar maior ameaça e, assim, exigir a radical busca por punição, do que a vida e a dignidade sexual. Nesta perspectiva:

Cuando la “guerra” se alucina o se fabrica, sucede lo mismo y eso da lugar al derecho penal autoritario, que se manifiesta preferentemente mediante la punición indiscriminada y excesiva en comparación con otros injustos que afectan bienes jurídicos esenciales. De allí que una tentativa de homicidio pueda ser menos severamente penada que una tenencia de tóxicos, y un homicidio menos que una venta minorista (ZAFFARONI, 2009, p.11).

A resposta, talvez, repouse no fato do “traficante” de drogas ser o inimigo declarado do Estado, de modo que o único caminho destinado a ele será a contenção nos muros da prisão e a suposta sensação de segurança pública que o encarceramento proporciona, na linha do direito penal simbólico. Abaixo, verifica-se o aumento exponencial da população carcerária brasileira em relação aos presos por tráfico de drogas.

População carcerária brasileira: percentual da tipificação advinda das legislações específicas de drogas

Ano	População prisional	Presos pela legislação específica de drogas	% presos por tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.373	65.494	15,50%
2008	451.219	77.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.560	24,43%
2012	548.003	138.198	25,21%
2013	574.027	146.276	25,48%
2014	622.202	147.475	23,70%
2015	698.618	172.338	24,66%
2016	722.120	159.638	22,10%
2017	722.716	186.305	25,77%
2018	744.216	210.409	28,27%
2019	755.274	200.583	26,55%
2020	811.707	246.091	30,31%
2021	820.689	218.255	26,59%

Fonte: Infopen/Ministério da Justiça

À luz desse notável crescimento – chegando a 30,31% em 2020 -, o tipo de tráfico de drogas figura como a segunda causa de maior incidência entre os presos do sistema carcerário brasileiro, apenas atrás dos crimes contra o patrimônio⁵³. Em nome da aclamada segurança pública, *slogan* político da contemporaneidade, com o contínuo aumento da pena para o delito de tráfico de drogas e levando em consideração ser a prisão preventiva quase automática para o delito de tráfico de drogas, encarceram-se por longos períodos⁵⁴ cada vez mais pessoas que não cometeram crimes com violência ou grave ameaça às pessoas.

Segundo pesquisa desenvolvida a partir do estudo de 1.330 casos de flagrante de delito por tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro tramitados em 2013 com sentenças proferidas até março de 2015, 72,5% dos réus foram presos provisoriamente durante a tramitação do

⁵³ Partindo-se do marco teórico da Criminologia Crítica, deve-se salientar a diferença entre a criminalidade real e a criminalidade oficial, de modo que esta é seletiva e restrita, já que as cifras ocultas fazem com que informações não cheguem ao conhecimento do sistema penal. Os dados sobre a incidência dos tipos penais estão disponíveis: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzRINjZhZDAzMzE0LTIiMmUtYWY1NTAxMjQzNzVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 14/01/2022.

⁵⁴ Segundo pesquisa empírica do Ipea em dois estados brasileiros - Bahia e Santa Catarina -, houve excesso de tempo na prisão em flagrante convertida em prisão provisória nos processos criminais de tráfico de drogas transitados em julgado entre 2008 a 2012. A despeito da inexistência de regulamentação legal sobre a duração máxima da prisão cautelar, o tempo médio de prisão resultante da análise era de 448,66 dias na Bahia e 165,85 dias em Santa Catarina, o que demonstra um número demasiadamente elevado. Ver mais em: SANTOS, 2015.

processo - o fundamento mais comum é para a garantia da “ordem pública”⁵⁵. Dos presos provisórios, 20% foram absolvidos e menos da metade (45%) foram condenados à pena de prisão⁵⁶. Neste contexto, pessoas ficam presas por vários meses aguardando o processo e inflacionando os presídios, os quais já se encontram superlotados, para, no final, serem absolvidas ou serem submetidas a uma pena restritiva de direito (LEMGRUBER e FERNANDES, 2015).

Ademais, a mencionada pesquisa também analisou de forma mais profunda e aleatoriamente 242 casos dos 1.330 para melhor compreender a situação em torno da prisão em flagrante. Constatou-se que a maioria das pessoas foram presas em via pública (84,7%), sem arma de fogo (92,5%) e portavam apenas a droga no momento da prisão (85,5%) - 2/3 portavam até 50 gramas de substância ilícita -, sendo baixo o risco de violência ou grave ameaça. Tais conclusões reafirmam, portanto, como o processo de criminalização secundário, em especial feito pela autoridade policial, persegue os “traficantes” de drogas não para reprimir a violência da conduta, mas para controlar a população marginalizada e historicamente alvo da perseguição penal.

Ainda de acordo com a pesquisa em comento, a maioria das pessoas presas em flagrante por tráfico de drogas (80,6%) eram primárias e a acusação se restringia ao delito de tráfico em 62,8%. Os dados mencionados revelam, pois, que a maior parte dos acusados não integravam organização criminosa nem atuavam em associação⁵⁷, diferentemente do difundido no senso comum. No mesmo sentido, pesquisa quantitativa feita a partir de sentenças judiciais de primeiro grau condenatórias por tráfico de drogas no estado Rio de Janeiro e no Distrito Federal, entre 07/10/2006 e 31/05/2008, demonstrou que 61,5% das pessoas encarceradas por tráfico de drogas também foram presas sozinhas, sendo 55,2% primárias – no Rio de Janeiro, 84% eram primárias⁵⁸ (BOITEUX et al, 2009).

⁵⁵ A ideia de ordem pública é abstrata, sendo um conceito sem densidade normativa suficiente para justificar, isoladamente, uma prisão. Para Aury Lopes Júnior, a prisão provisória pode se transformar em punição antecipada, não agindo como a medida cautelar que deveria ser. Ver mais em: LOPES JUNIOR, 2020.

⁵⁶ Outros 22% receberam outro tipo de pena, enquanto 10% foram submetidos a outras medidas judiciais e o juiz interrompeu o processo em 3% dos casos. Ver mais em: LEMGRUBER e FERNANDES, 2015.

⁵⁷ Apenas 1,3% dos acusados também foram tipificados no crime de organização criminosa e 23,5% foram indiciados por associação para o tráfico (LEMGRUBER e FERNANDES, 2015, p.6).

⁵⁸ A diferença na percentagem global se dá em razão da falta de informação de 23,4% nas Varas Criminais do Distrito Federal (BOITEUX et al, 2009, p.62).

Por fim, não se pode deixar de se atentar para o perfil das pessoas custodiadas e o contexto no qual se dá o flagrante de delito por tráfico de drogas. A partir da pesquisa de campo de 392 audiências de custódia⁵⁹ observadas de setembro a dezembro de 2018 em Benfica - Rio de Janeiro, atestou-se que 30% das pessoas apresentadas às audiências de custódia foram acusadas por tráfico de drogas e/ou associação para o tráfico. Destas, 72,1% eram jovens - de 18 a 34 anos - e 74% negras, de maneira a demonstrar, uma vez mais, a seletividade racial na atuação dos agentes de segurança pública (CARVALHO, 2020).

De outro lado, considerando que o porte de drogas ilícitas pode ser apenas para consumo, há a possibilidade de incidência do art. 28 da Lei de Drogas - conduta despenalizada no sistema brasileiro. Por conseguinte, as testemunhas que presenciam o fato desempenham papel fundamental na classificação do investigado como usuário ou “traficante”. Como sublinhado na pesquisa da Julita Lemgruber e Marcia Fernandes, a maior parte dos flagrantes analisados na amostragem ocorreram em vias públicas - 86% -, mas os investigados, na maioria esmagadora das vezes, depararam-se apenas com as testemunhas da acusação, as quais, comumente, eram os próprios policiais militares que efetuaram o flagrante - 93% - (LEMGRUBER e FERNANDES, 2015). Neste diapasão:

Ressalte-se que, em cerca de 45% das prisões realizadas, não há testemunhas do flagrante além dos policiais responsáveis pela prisão. Este dado pode indicar problemas na produção de provas do fato criminoso e da autoria. Trata-se de problemática já apontada em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, acerca das sentenças envolvendo crimes tipificados na Lei de Drogas (lei nº 11.343/2006), que são crimes sem vítima. De acordo com esta pesquisa, os policiais responsáveis pela prisão eram as únicas testemunhas em 62,3% dos casos.⁶⁰ Da mesma forma, a pesquisa nacional conduzida pelo IDDD, que também considera os dados aqui apresentados, revela que, em 55,6% dos mais de 2 mil casos observados, as únicas testemunhas das prisões em flagrante eram os próprios agentes policiais, índice este que sobe para 90% nos casos de tráfico⁶¹ (CARVALHO, 2020, p.51).

Assim sendo, estranho pensar que mesmo o delito acontecendo, muitas vezes, em via

⁵⁹ A audiência de custódia é um importante instrumento para aferir a legalidade, necessidade e adequação das prisões em flagrantes realizadas no Brasil, devendo ser feita em até 24 horas após a prisão sob pena de ser considerada ilegal se não houver motivação idônea para a não realização da mesma. Foi, primeiramente, regulamentada pela Resolução nº 213 do CNJ, em 2015, e hoje está prevista no art. 310 do Código de Processo Penal. A resolução está disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 16/01/2022.

⁶⁰ O relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mencionado está disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acesso em 16/01/2022.

⁶¹ A pesquisa do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) aludida está disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/09/bf7efcc53341636f610e1cb2d3194d2c.pdf>. Acesso em 16/01/2022.

pública, outras pessoas não podem atestar a forma como o flagrante sucedeu. Logo, o que se observa no sistema de justiça criminal brasileiro é a sua estruturação no racismo e na criminalização da pobreza na medida em que não se busca a reconstrução da verdade dos fatos, mas o enquadramento de indivíduos vulneráveis, notoriamente pessoas negras e pobres, ao rótulo de “traficante” de drogas.

3.3. A prisão no contexto da pandemia do Covid-19

Em 23 de janeiro 2022, data de finalização do presente ensaio, o mundo contava com 5,59 milhões de mortes ocasionadas pelo vírus do Covid-19 e 351,38 milhões de casos confirmados. Já o Brasil, na mesma data, possuía 623.097 mil mortes e 24,04 milhões de casos confirmados pelo vírus.⁶² O cenário brasileiro, mesmo após quase dois anos do primeiro caso confirmado⁶³, permanece sendo assustador. O alto índice de transmissibilidade do vírus, principalmente com as variantes⁶⁴, e o alcance letal da doença são evidentes, mesmo que as vacinas tenham permitido uma melhora significativa na redução de mortes ocasionadas pelo vírus e no abrandamento dos sintomas.

O Covid-19 impôs a necessidade de isolamento social para todo o mundo, no entanto, apesar de ter se difundido, inicialmente, a ideia de que o vírus seria “democrático”, ele não atingiu a todos de forma igualitária. O Covid-19 revela os ditames do colonialismo, da desigualdade social e do racismo à medida que a letalidade é muito superior nas áreas mais carentes da sociedade⁶⁵ e em pessoas negras e pardas.⁶⁶

⁶² Os números internacionais citados são contabilizados pela *Our World in Data* e estão disponíveis em <https://ourworldindata.org/covid-deaths?country=~BRA>. Já os números do Brasil são fornecidos pelo Painel Coronavírus Brasil, plataforma alimentada pelo governo brasileiro no sítio eletrônico <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 11/01/2022.

⁶³ O primeiro caso de Covid-19 no Brasil foi confirmado no dia 26/02/2020 no estado de São Paulo, conforme notícia veiculada pelo Ministério da Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1042-brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus-porem-nao-ha-motivo-para-panico#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20confirmou,onde%20foi%20confirmada%20a%20doen%C3%A7a>. Acesso em 11/01/2022.

⁶⁴ Até o momento da pesquisa, já se tinha conhecimento, ainda que principiante, da variante alfa, delta, gama e ômicron, conforme informes e notícias do Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/informes-de-variantes/informe_s37.pdf/view e <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-informa-o-que-sabemos-sobre-a-omicron>. Acesso em 11/01/2022.

⁶⁵ Segundo notícia veiculada no jornal Extra, em 03 de maio de 2020, a taxa de letalidade da doença era maior nas áreas de planejamento da Zona Oeste do Rio de Janeiro. Na semana anterior, chegou a 20,8% nas áreas de Santa Cruz e Sepetiba, e a 16,9% em Bangu e Realengo. Por outro lado, na Barra e adjacências e Zona Sul, as taxas eram de 8,5% e 7,4%, respectivamente. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/abismo-entre-ricos-pobres-se-reflete-nas-mortes-por-coronavirus-24407597.html>. Acesso em 14/01/2022.

⁶⁶ A CNNBrasil concluiu, em 05 de junho de 2020, com base nos boletins epidemiológicos do Ministério da Saúde,

Neste cenário de isolamento social, as pessoas privadas de liberdade ficaram ainda mais vulneráveis e sujeitas à exposição ao vírus em razão das prisões serem terrenos propícios à rápida transmissão e contaminação dos reclusos e servidores. No Brasil, os estabelecimentos prisionais se encontram superlotados, impossibilitando o mínimo distanciamento entre os indivíduos, a estrutura física não favorece a circulação de ar e o acesso à luz solar, além do acesso a água ser precário⁶⁷.

Diante da mais desafiadora crise de saúde pública, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu, em 17 de março de 2020, a Recomendação nº 62⁶⁸, alterada posteriormente pelas Recomendações nº 68/2020 e 78/2020, para orientar a atuação dos Tribunais e magistrados na adoção de medidas preventivas à propagação do vírus do Covid-19 no sistema prisional e no sistema socioeducativo⁶⁹. Entre as recomendações, destacam-se: a soltura de presos por meio da conversão para prisão domiciliar e/ou monitoramento eletrônico e a reavaliação da prisão preventiva, bem como a alteração do regime prisional.

Neste contexto, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do CNJ elaborou um relatório para monitorar o cumprimento da referida recomendação por todas as unidades federativas desde a sua emissão (março/2020) até maio de 2020. A seguir, serão demonstrados alguns dos resultados do monitoramento realizado.

Quanto às medidas de soltura das pessoas privadas de liberdade devido a pandemia,

que a “chance de um negro morrer por coronavírus é 38% maior do que a de um branco”, sendo a situação ainda mais grave no estado de São Paulo no qual a chance sobre para 62%. A notícia está disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/negros-morrem-40-mais-que-brancos-por-coronavirus-no-brasil/>. Acesso em 14/01/2022.

⁶⁷ Conforme informado pelo “Relatório de monitoramento da Covid-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas II”, apenas 1/3 das unidades prisionais brasileiras relataram garantir acesso permanente a água. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_II_Covid_web_0909.pdf. Acesso em 11/01/2022.

⁶⁸ A Recomendação nº 62/2020 está disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 11/01/2022.

⁶⁹ A presente pesquisa, em virtude do recorte temático, optou por analisar a situação do Covid-19 apenas no sistema prisional. No entanto, vale destacar algumas recomendações direcionadas às unidades socioeducativas, como a revisão das decisões: que determinaram a internação provisória, especialmente quanto aos adolescentes do grupo de risco; daqueles que estejam internados provisoriamente em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade ou que estejam internados em unidades socioeducativas que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento; daqueles que estejam internados pela prática de atos infracionais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa (art.2º), assim como a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto (art.3º, I).

quase todas as unidades federativas brasileiras, com exceção de Goiás e Roraima, informaram ter realizado solturas, tendo 35 mil pessoas tido o cumprimento da pena adaptado para outros formatos - o que corresponde a 4,64% da população encarcerada nacional. Embora o percentual pareça pequeno face à grave crise sanitária e incertezas do início da pandemia, o percentual se assemelhou ao parâmetro internacional à época de 5%, segundo informações da organização internacional de direitos humanos *Human Rights Watch*⁷⁰ (LANFREDI, 2020).

Insta salientar que os presos provisórios de vinte unidades federativas também foram abarcados por solturas, apesar de apenas dezesseis unidades federativas terem comunicado a quantidade - que chegou a 8.194 mil presos provisórios soltos até maio de 2020. Os grupos mais contemplados foram os “presos preventivos que tenham excedido o prazo de 90 dias”, seguidos pelos “presos civis por dívida de pensão alimentícia” e “presos preventivos por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa” (LANFREDI, 2020). Nota-se, assim, que as pessoas pertencentes ao grupo de risco (idosos, portadores de doenças crônicas etc.) ou presas em presídios superlotados e sem equipe de saúde foram preteridos, mesmo estando mais vulneráveis a contrair o vírus e a ter sintomas mais graves.

No que tange à alteração no regime prisional, vinte e duas unidades federativas informaram ter seguido a recomendação, de modo a ter convertido o regime fechado para prisão domiciliar tanto com monitoração quanto sem. Já no regime semiaberto e aberto, para além da conversão para prisão domiciliar, outras medidas foram tomadas por vinte e três unidades federativas, como a suspensão da apresentação periódica ao cartório de execução e a suspensão do trabalho externo, no caso do regime semiaberto. Verificou-se também que mais da metade das unidades federativas brasileiras comunicaram ter higienizado os espaços, providenciado áreas de isolamento para os presos sintomáticos e distribuído itens de higiene, em consonância com as recomendações do CNJ (LANFREDI, 2020).

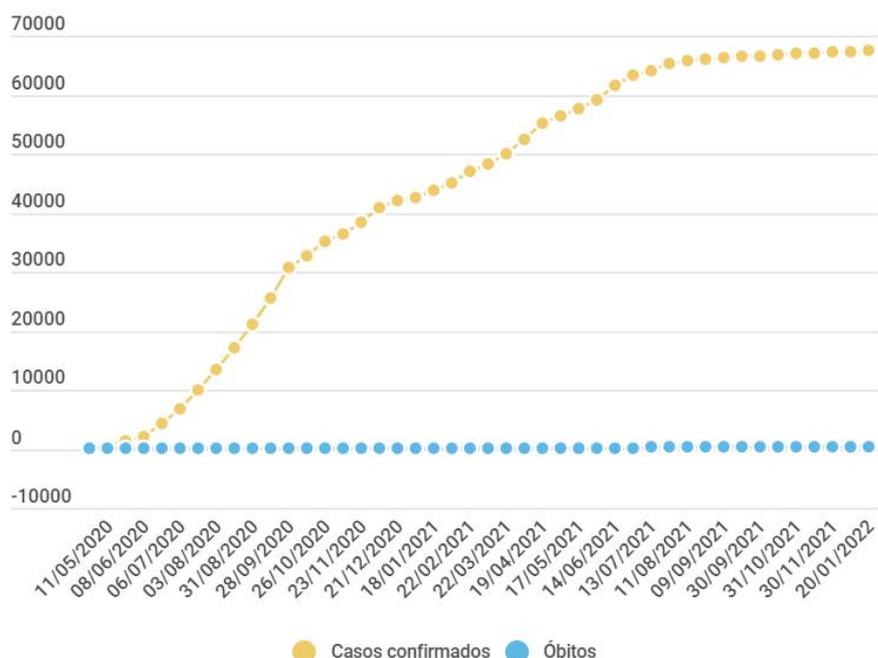
Apesar dos esforços empreendidos pelo CNJ para que os Tribunais e magistrados cumprissem a Recomendação nº 62/2020, estes parecem ter sido insuficientes para conter a contaminação em massa pelo vírus do Covid-19 das pessoas privadas de liberdades e de todos os servidores que trabalham nas unidades prisionais. Desde já, importante ressaltar que,

⁷⁰ A notícia está disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/05/27/covid-19-prisoner-releases-too-few-too-slow>. Acesso em 12/01/2022.

possivelmente, o número de casos confirmados e óbitos de Covid-19 no sistema prisional esteja subnotificado, assim como da população em geral, posto que muitas pessoas podem ficar assintomáticas e a testagem ser escassa para os reclusos.

Em 20 de janeiro de 2022, o número de casos de Covid-19 confirmados no sistema prisional era de 93.569 mil - destes, 67.478 mil eram pessoas presas e 26.091 servidores⁷¹. No que se refere ao número de mortes, constataram-se 649 registros de óbitos na data mencionada. A seguir, pode-se observar a evolução no número de casos e óbitos devido ao vírus do Covid-19 entre as pessoas presas.

Evolução no número de casos e óbitos - Pessoas presas



Fonte: Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos - Dia 15 de dezembro de 2021

A partir do gráfico apresentado, é possível notar a discrepância na velocidade de crescimento do número de pessoas presas contaminadas e de pessoas mortas pelo vírus. Tal diferença, possivelmente, resulta da letalidade do vírus ser maior entre os indivíduos maiores de 60 anos⁷² e o perfil da população carcerária brasileira ser, majoritariamente, composto por

⁷¹ A presente pesquisa se limitará à análise do número de casos confirmados e óbitos das pessoas presas, não abrangendo os servidores. Os dados estão disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-150122.pdf>, Acesso em 21/01/2022.

⁷² Pesquisadores da Fiocruz analisaram o perfil dos casos de hospitalização e óbitos por Síndrome Respiratória

peessoas jovens, como demonstrado anteriormente.

O número de contágios se aproxima de 70 mil pessoas - o que representa cerca de 8,3% da população encarcerada brasileira. O quadro que se desenha é preocupante, mas parece não o ser para um Estado fundado na necropolítica que se vale do encarceramento para excluir, neutralizar e deixar morrer as pessoas presas.

As pessoas privadas de liberdade no Brasil, país com a terceira maior população carcerária do mundo, são, sem sombra de dúvidas, atingidas de forma desproporcional pelo vírus do Covid-19. Historicamente, o sistema prisional brasileiro apresenta falhas estruturais, sendo uma tragédia anunciada que enfrenta sérios problemas para proporcionar uma mínima qualidade de vida para os reclusos. Estes se encontram encarcerados em espaços superlotados, insalubres, sem ventilação apropriada, itens de higiene, assistência médica e com uma nutrição extremamente precária.

A pandemia do Covid-19 obrigou muitas pessoas a se isolarem no conforto de seus lares para se resguardarem do contágio, assim como fez com que famílias não pudessem se ver com a frequência que gostariam. Enquanto isso, 820.689 mil pessoas privadas de liberdade⁷³ vivem esta realidade todos os dias, mas sob condições desumanas pelo Brasil afora. O Estado de Coisas Inconstitucional⁷⁴ no sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 em 2015⁷⁵, segue funcionando a todo vapor e violando frontalmente direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição da República de 1988, observando-

Aguda Grave (SRAG) por Covid-19 até agosto de 2020 e concluíram que há maior risco para hospitalização em indivíduos de 45 a 49 anos de idade, e para óbito, em pessoas entre 55 a 59 anos. No entanto, verificou-se que o sobre-risco é duas vezes maior a partir de 60 anos de idade tanto para o caso de hospitalização quanto para óbito. A análise consta no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra Covid-19 do governo federal e está disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19>. Acesso em 13/01/2022.

⁷³ Este número equivale à população carcerária em junho de 2021, conforme Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias disponível até o momento da pesquisa. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em 14/01/2022.

⁷⁴ O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional foi cunhado pela Corte Constitucional Colombiana para se referir aos casos em que haja, cumulativamente, “grave e massiva violação dos direitos fundamentais, uma omissão persistente do Estado em resolvê-la e, ainda, um litígio estrutural a demandar soluções interinstitucionais para os problemas.” (LEGALE e ARAÚJO, 2016, p.69).

⁷⁵ A medida cautelar na ADPF 347 está disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 13/01/2022.

se o "fracasso da universalização dos direitos humanos e o sucesso da generalização da biopolítica" (SOUZA, 2015, p.125).

Corpos morrem não só pelas mãos do Estado que institucionalizam a violência nas favelas brasileiras, mas também pela omissão do Estado no fornecimento dos meios necessários para garantir mínimas condições de vida às pessoas privadas de liberdade, mesmo em meio à maior pandemia mundial, na mais crua expressão da necropolítica. Na sociedade atual, o Estado não se limita ao deixar morrer, mas adentra no fazer morrer e na produção sistemática da banalização da vida dos historicamente marginalizados.

CONCLUSÃO

O presente ensaio buscou demonstrar como a base ideológica punitiva, cultivada desde as instâncias oficiais do sistema penal, passando pela grande mídia e chegando ao discurso popular, difunde que a proteção da sociedade ocorre por meio da neutralização dos criminosos no sistema carcerário. O *slogan* da segurança pública domina, cada vez mais, os discursos, as manchetes de jornais e as políticas criminais. Com efeito, avista-se um contínuo movimento de maximização de um Estado penal construído sobre o substrato de processos de criminalização seletivos e arbitrários que desembocam em um cenário de guerra permanente contra o crime e a pobreza. A pena de prisão surge, nesse contexto, como meio de defesa e, simultaneamente, resposta aos problemas sociais.

A prisão é um monstro criado pelo próprio Estado. Este perdeu o controle sobre ela, mas não pretende reavê-lo, pois o sistema carcerário, historicamente, serve como meio de dominação e segregação dos indesejáveis. Na contemporaneidade, o sistema de justiça criminal, sobretudo o brasileiro, expande sua atuação para exercer verdadeiro gerenciamento sobre quem deve viver e quem deve morrer a partir da política criminal de guerra ao crime, em especial da guerra às drogas. Esta leva a operações policiais que desmontam em violência, balas perdidas, barbárie, prisões provisórias intermináveis e no grande encarceramento da população jovem, negra e periférica.

A legislação de drogas latino-americana foi fortemente influenciada pelo discurso dos Estados Unidos, que propagou a droga como inimigo número 1 a ser combatido. Embora tal legislação de combate às drogas parecesse excepcional e momentânea em virtude da produção e consumo desenfreado da época, a verdade é que ela se eternizou, funcionando como um direito penal do autor face aos considerados inimigos, na medida em que a criminalização recai sobre o perfil rotulado como alvo do sistema.

Reforçando o caráter estigmatizante da política de drogas brasileiras, vale lembrar que a vigente Lei 11.343/2006 não prevê, em nenhum momento, a quantidade de substância a ser enquadrada no tipo de tráfico de drogas – art.33 – ou considerada para uso pessoal – art. 28 – conduta essa despenalizada no direito brasileiro, a despeito da Lei de Drogas se pautar na ideologia da diferenciação entre o usuário e “traficante”. Por conseguinte, considerando a

escolha legislativa por tipificações imprecisas, a análise do flagrante fica a cargo da autoridade policial, a qual é envolta de discricionariedade, sendo esta mais uma forma de oficializar a seletividade do sistema penal.

Outra importante questão relativa ao tráfico de drogas é o *quantum* de pena de prisão lhe é atribuído. Diferentemente dos crimes de homicídio e estupro, que apresentam uma escala penal mais linear, o tipo penal de tráfico sofreu expressivo aumento, chegando ao patamar de 5 a 15 anos de reclusão. Sendo assim, tamanha perseguição e repressão a um delito que não envolve, em regra, violência ou dano direto à vítima determinada demonstra como a guerra às drogas materializa, na verdade, uma guerra contra pessoas previamente selecionadas pelas agências do poder punitivo.

Expôs-se também como a guerra às drogas, ainda encarada como inimigo número 1 a ser combatido, cumpre o seu papel de gerenciamento sobre a classe negra periférica com êxito quando o delito de tráfico é a segunda tipificação mais incidente no sistema carcerário brasileiro, sendo o perfil da população carcerária composto por homens jovens e negros majoritariamente. Por fim, destacou-se a hipertrofia e os manifestos problemas de salubridade do sistema prisional os quais promovem violações cotidianas aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, sobretudo no contexto pandêmico ocasionado pelo vírus do Covid-19.

Avista-se um estado de exceção permanente, ainda mais grave na realidade periférica latino-americana, posto que, por aqui, o Estado de Direito nunca chegou à população marginalizada. No Brasil, corporificou-se um Estado penal e policial que age sem limites, banaliza a violência e a morte seletiva, sendo necessário desmascarar essa face oculta do sistema penal responsável por manter as estruturas de dominação e de desigualdade social. O perfil da população carcerária, os altos índices de encarceramento, a letalidade policial e a implacável punição das condutas relacionadas ao tráfico de drogas precisam ser encarados em sua realidade operativa, isto é, como uma escolha pelo extermínio do povo marginalizado e estigmatizado, a despeito da alegada ressocialização dos diplomas legais.

Diante dessa conjuntura, o sistema penal se molda para que não seja realizada a legalidade processual, mas sim o exercício do poder arbitrário e seletivo, provocando uma

constante crise de legitimidade. Assim, o sistema de justiça criminal, a partir de um método punitivo classista e racista, mantém as bases do direito penal do autor, do combate à figura do inimigo e de uma política criminal cada vez mais distante de um modelo de transformação social capaz de racionalizar a punição para ressocializar, reintegrar e, simultaneamente, prevenir e reduzir a criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista**. In: Seminário Impasses da Política Criminal Contemporânea, Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, p.1-20, junho de 2009.

ANITUA, Gabriel. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. **O cérebro criminógeno na antropologia criminal do século XIX: um estudo sobre a etiologia do crime a partir da medicalização da sociedade**. 2009. 175f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

----- **Neurocriminologia: Novas Ideias, Antigos Ideais**. Revista Jurídica. Brasília: vol. 12, nº 96, 2010, p.42-70.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: vol. 3, no 5-6, 1998, p. 77-94.

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

----- **O positivismo como cultura**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 8, no 2, 2016, p. 293-307.

----- **Crime e guerra no Brasil Contemporâneo**. In: Política criminal e estado de exceção no Brasil: o direito penal do inimigo no capitalismo periférico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2020, p. 229-243.

----- **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

BISI, Adriana Gonzaga et al.; BATISTA, Vera Malaguti (org). **Política criminal e estado de exceção no Brasil: o direito penal do inimigo no capitalismo periférico**. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil**. Rio de Janeiro: UFRJ e Psicotropicus, 2013.

BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do**

art.33 da Lei de Drogas e sua adequação aos princípios constitucionais penais. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 2006, 273 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

-----. **A Nova Lei Antidrogas e o Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Ano 14. n. 167. 2006, p. 8-9.

-----. **Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva.** Revista Sur: Revista internacional de Direitos Humanos, v. 12, n. 21, 2015.

-----. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas** in Drogas: uma nova perspectiva. / Clécio Lemos; Cristiano Avila Marona; Jorge Quintas. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 83-102.

-----. **Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas.** Revista Jurídica da Presidência, v. 11, n. 94, p. 01-29, 2009.

CARVALHO, Carlos et al. **Prisão como regra: ilegalidades e Desafios das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro,** 2020.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

-----. **A política Criminal de Drogas no Brasil.** 1996. 365 f. Tese (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O direito penal do inimigo e o direito penal do homo sacer da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro.** Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro, v. 19/20, p. 101, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2021.** São Paulo: FBSP, 2021.

CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry.** Londres: Routledge, 1993.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

-----. **História da Sexualidade I: A Vontade do Saber.** Rio de Janeiro: Graal, 1993.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade**

contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KAFKA, Franz. **A metamorfose**. São Paulo: Novo Século, 2017.

LABATE, Beatriz; RODRIGUES, Thiago. **Proibição e guerra às drogas nas Américas: um enfoque analítico** in Políticas de drogas no Brasil: Conflitos e alternativas, Campinas: Mercado de Letras, 2018.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana et al. **Relatório de monitoramento da COVID-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas I**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

----- **Relatório de monitoramento da COVID-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas II**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. **O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro**. Revista Publicum, v. 2, n. 2, p. 67-82, 2016.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. **Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: Prisão provisória e direito de defesa**. Boletim Segurança e Cidadania, v. 17, p. 3-25, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, José de Souza. **Subúrbio – vida cotidiana e história no subúrbio da cidade de São Paulo: São Caetano, do fim do império ao fim da República velha**. São Paulo: Hucitec, 1992.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. N-1 edições. São Paulo, 2018.

MELO, José Rafael Fonseca de. **De justiça Criminal a justiça criminoso: uma crítica aos paradoxos do Judiciário guardião de respostas**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, vol. 342, maio de 2021, p.18-20.

MINHOTO, Laurindo Dias; CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Punição e contexto no Brasil**. 42º Encontro Anual da ANPOCS, v. 42, 2018.

MISSE, Michel et al. **“Autos de resistência”: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001 - 2011)**. 2011.

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

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico e Militarização nas Américas: Vício de Guerra. Contexto Internacional**. Rio de Janeiro, v. 34, no 1, p.9-41, jun. 2012.

SERRANO, Mónica; TORO, María Celia. **Del narcotráfico al crimen transnacional organizado en América Latina**. In: BERDAL, M.; SERRANO, M. (Org.). Crimen transnacional organizado y seguridad internacional: cambio y continuidad. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 233-273.

SOTO, William Héctor Gómez. **Subúrbio, periferia e vida cotidiana**. Estudos Sociedade e Agricultura, 2008.

-----. **O Subúrbio e a Periferia: um novo olhar do espaço a partir de Marx, Henri Lefebvre e José de Souza Martins**. XII Encuentro de Geógrafos de América Latina–EGAL, p. 1-14, 2009.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. 2015. 375 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

SANTOS, Rogério Dultra et al. **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)**. Pensando o Direito, n. 54, 2015.

SANTOS, Rogério Dultra. **Estado de exceção e criminalização da política pelo mass media**. Sistema Penal & Violência, v. 8, n. 2, p. 187-209, 2016.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

-----. **La legislación de antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario**. In.: Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas. 1a ed. Equador, 2009.

-----. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.