

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E ECONÔMICAS**

FACULDADE DE DIREITO

**LEI 11.343/06: RELAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ENCARCERAMENTO
EM MASSA DA POPULAÇÃO NEGRA**

ANA PAULA SOARES DE OLIVEIRA

**Rio de Janeiro
2023**

ANA PAULA SOARES DE OLIVEIRA

**LEI 11.343/06: RELAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ENCARCERAMENTO
EM MASSA DA POPULAÇÃO NEGRA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. José Roberto Xavier.**

**Rio de Janeiro
2023**

CIP - Catalogação na Publicação

D2781 De Oliveira, Ana Paula Soares
Lei 11.343/06: Relação do Estado Brasileiro no
Encarceramento em Massa da População Negra / Ana
Paula Soares De Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2023.
72 f.

Orientador: José Roberto Xavier.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Lei de Drogas. 2. Direito Penal. 3.
Encarceramento em Massa. I. Xavier, José Roberto ,
orient. II. Título.

ANA PAULA SOARES DE OLIVEIRA

**LEI 11.343/06: RELAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ENCARCERMANTO EM
MASSA DA POPULAÇÃO NEGRA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. José Roberto Xavier**.

Data da Aprovação:05/07/2023.

Banca Examinadora:

José Roberto Xavier (Orientador)

Danielle Christine Barros Tavares

Fabiano Ramos de Moras Sacramento

**Rio de Janeiro
2023**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar aos meus pais, Leonia e Paulo César, pelo apoio e amor incondicional. Obrigada por sempre me indicarem o caminho transformador da educação. Essa conquista é nossa!

À minha irmã mais velha, Izabela, por sempre caminhar ao meu lado em todos os momentos, cuidar de mim e me dar conselhos em todo momento que eu preciso.

Aos meus primos, David e Gustavo, vocês são luz na minha vida e me dão força e coragem pra enfrentar o mundo e torná-lo melhor.

A toda à minha família, amo vocês.

Aos meus bichinhos, que já partiram e os que continuam presentes, vocês são a minha vida e sou muito grata por ter vocês.

À Geruza, minha primeira professora, por sua generosidade e amor em ensinar.

Aos meus amigos de Graduação, Augusto Salles, Gabriela Barros e Lucas Oliveira, estamos juntos desde o primeiro período, foram muitos anos de companheirismo, risadas e desabafos sobre a vida, desejo todo sucesso do mundo a vocês e que nossa amizade dure muitos anos.

Ao meu orientador, José Roberto Xavier, por toda a orientação na escrita deste trabalho e pelo aprendizado, sua visão crítica do Direito foi fundamental na minha formação.

À Faculdade Nacional de Direito, foi um prazer imensurável fazer parte do corpo acadêmico desta grandiosa instituição de ensino.

*Se afasto do meu jardim os
obstáculos que impedem o sol e a
água de fertilizar a terra, logo surgirão
plantas de cuja existência eu sequer
suspeitava. Da mesma forma, o
desaparecimento do sistema punitivo
estatal abrirá, num convívio mais
sadio e mais dinâmico, os caminhos
de uma nova justiça.*

(Louk Hulsman)

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a relação da política proibicionista de drogas no Brasil, em especial a Lei 11.343/06, com o aumento exacerbado do encarceramento de pessoas negras.

Em um primeiro momento, este trabalho analisa o Direito Penal, buscando entender sua finalidade na sociedade, e através da teoria criminológica do Labeling Approach, perceber como o sistema de justiça criminal funciona de maneira seletiva. Posteriormente, é realizado um breve histórico das legislações antidrogas até chegar na legislação atual, após a promulgação da referida normativa, o aumento de prisões pelo crime de tráfico ilícito de drogas cresceu de modo exponencial no país. Por fim, investiga-se as causas do superencarceramento prisional e como a população negra é a mais encarcerada por essa política de repressão às drogas.

Palavras-Chaves: Lei de Drogas; Direito Penal; Encarceramento em massa; Proibicionismo; Labeling Approach.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the relationship between Brazil's prohibitionist drug policy, particularly Law 11.343/06, and the exacerbated increase in the incarceration of Black individuals.

Firstly, this work examines Criminal Law, seeking to understand its purpose in society, and through the criminological theory of Labeling Approach, to perceive how the criminal justice system operates selectively. Subsequently, a brief historical overview of anti-drug legislations is provided until reaching the current legislation. Following the promulgation of the aforementioned norm, the increase in arrests for the crime of illicit drug trafficking has grown exponentially in the country. Finally, the causes of prison overincarceration and how the Black people are the most incarcerated due to this drug repression policy are investigated.

Keywords: Drug Law; Criminal Law; Mass Incarceration; Prohibitionism; Labeling Approach.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 É A LEI QUE CRIA O “CRIMINOSO”	13
2.1 Finalidade do Direito Penal.....	13
2.2 Seletividade Penal.....	16
2.3 Teoria do Labeling Approach.....	20
2.4 Criminalização Primária e Secundária.....	23
3 POLÍTICA PROIBICIONISTA	26
3.1 Breve Histórico das Legislações.....	26
3.2 A Lei 11.343.....	32
3.3 Usuário X Traficante.....	35
3.4 A Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.....	39
3.5. A Natureza Hedionda do Tráfico Ilícito de Entorpecentes.....	43
4 BRASIL: 3º MAIOR POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO MUNDO	46
4.1 Encarceramento em Massa.....	46
4.2 Racismo Judicial.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa parte de uma inquietação pessoal e inconformismo ao entender que pessoas negras são mais impactadas pela violência dentro de uma sociedade racista, essa inquietação também me levou ao estudo do Direito. É uma das formas que a violência do Estado se volta contra corpo negro é através da guerra às drogas. No Rio de Janeiro, principalmente em suas comunidades, vemos cada vez mais um cenário sangrento provocado pela política de proibição às drogas e as pessoas negras, em sua maioria, são as pessoas que são mais afetadas.

Desde 2021 a cidade do Rio teve 3 das 4 operações mais letais ¹de sua história, com um total de 70 mortos. No ano de 2023, já são 79 pessoas mortas por balas perdidas². E a maioria das vítimas são negras. Mesmo com a brutalidade policial não há um enfraquecimento significativo do tráfico de drogas, o que nos leva a pensar o porquê de a mesmo a política de enfrentamento não dando resultado objetivo, ela continua vigorando e se fortalecendo.

Por trabalhar no Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, diariamente estou em contato com os processos criminais por tráfico de drogas, são centenas de casos com abordagens policiais, denúncias do Ministério Público e sentenças do Poder Judiciário semelhantes, mesmo estando tratando de pessoas diferentes, com vivência e motivações diversas. Nas visitas ao presídio e no atendimento às famílias sempre notei que a maior parte das pessoas que lidamos também são negras. Então, na chamada guerra às drogas, são pessoas negras que estão morrendo e sendo encarceradas.

O presente estudo busca entender a relação da política proibicionista de drogas com o aumento do encarceramento. O objetivo da pesquisa é analisar como a Lei. 11.343/2006 aumentou o encarceramento da população negra. A pesquisa não abordará todos os dispositivos da legislação atual, mas sim os pontos considerados de maior pertinência para o

¹ 3 das 4 operações mais letais da história ocorreram entre 2021 e 2022: Jacarezinho em maio de 2021 - 28 mortos; Vila Cruzeiro em maio de 2022 - 25 mortos; Complexo do Alemão em julho de 2022 - 17 mortos.

² Em 48 horas, Rio tem 3 mortes por balas perdidas; já são 79 alvejados em 2023, dos quais 26 perderam a vida. G1. Rio de Janeiro. Disponível em: URL. Acesso em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/05/19/em-48-horas-rio-tem-3-mortes-por-balas-perdidas-ja-sao-79-alvejados-em-2023-dos-quais-26-perderam-a-vida.ghtml>. 27 abril. 2023.

tema. A hipótese da pesquisa é que o aumento do encarceramento é causado pela seletividade do direito penal, que historicamente têm escolhido as classes marginalizadas para criminalizar, somado a isto, existe o racismo institucional no Judiciário que reflete em suas decisões o racismo presente na sociedade.

O trabalho possui caráter descritivo, com abordagem quali-quantitativa, por meio da análise bibliográfica, dispositivos de lei e a nova legislação em específico. Os autores que foram estudados durante a pesquisa foram Salo de Carvalho, Alessandro Baratta, a partir de sua perspectiva da teoria do Labeling Approach, Marcelo Campos da Silveira, Ana Luiza Pinheiro Flauzina e Silvio de Almeida, com seu conceito de racismo institucional.

O primeiro capítulo da pesquisa trata-se da teoria do Direito Penal. Iniciando com o estudo da função do direito penal na sociedade. O capítulo segue analisando a seletividade do direito penal, que aplica a etiqueta de criminoso somente aos indivíduos pertencentes a classes marginalizadas, a análise acontece por meio da teoria do Labeling Approach, que preconiza que o crime é um produto socialmente fabricado, as instâncias oficiais definem o que vai ser criminalizado ou não, portanto, nem toda conduta em desacordo com os sistema criminal recebe o tratamento de crime, mas principalmente, aquelas praticadas pelos grupos marginalizados (pessoas pobres, negras, periféricas). A pesquisa também aborda os processos de criminalização primária e secundária, para entender qual o percurso que a lei traça na sociedade, desde sua criação até sua execução. O estudo também tem como objetivo pensar no papel do direito penal e o motivo de que certas condutas são criminalizadas e outras não. E a relação do Direito Penal com os criminosos e a divergência tratamento recebidos por eles em decorrência de sua classe, raça e gênero.

O segundo capítulo trata da legislação proibicionista de drogas. Esta pesquisa traz um breve histórico das legislações passadas. No ordenamento jurídico brasileiro a criminalização do uso de drogas acontece nas Ordenações Filipinas, ainda no Brasil Império, chegando na legislação atual, a lei 11.343. A lei de drogas inova ao deslocar o usuário de drogas para o sistema de saúde, ao mesmo tempo, aumenta a punição para o tráfico de drogas e mantém a criminalização do porte de drogas. Autores como Maria Lúcia Karam defendem que a criminalização do consumo de drogas seria inconstitucional, pois interfere diretamente nas escolhas individuais dos sujeitos. Neste capítulo a pesquisa levanta questões que são objeto de debate na sociedade e pelos juristas como a descriminalização do porte de drogas e

a equiparação do tráfico de drogas a crimes hediondos realizada pela Lei de Crimes Hediondos, depois da alteração trazida pelo pacote anticrime, a hediondez não possui mais previsão legal.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa trata da relação entre o encarceramento em massa vigente no país e o racismo. Hoje, o Brasil ocupa o terceiro lugar entre os países com maior população prisional do mundo. A lei das drogas atual e o discurso proibicionista repressivo são os principais responsáveis pelo aumento do encarceramento. A legislação ao fazer a diferenciação entre usuário e traficante, elegeu o traficante a uma figura a ser combatida pelo Estado, o traficante tornou-se o inimigo número um da nação. A segunda parte do capítulo estabelece que o período da escravidão ainda produz efeitos na sociedade brasileira, os negros ainda são a maioria populacional com baixa escolaridade e em trabalhos desvalorizados, representam o maior número de presos e vítimas de homicídios. Em contraponto, o judiciário é composto majoritariamente por pessoas brancas. Aqui o estudo traz a abordagem do professor Silvio de Almeida, sobre o racismo institucional.

2 É A LEI QUE CRIA O “CRIMINOSO”

2.1 Finalidade do Direito Penal

Pode-se dizer que a função do Direito Penal é a proteção/tutela dos bens jurídicos mais importantes dentro de uma sociedade. O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal deve intervir minimamente na sociedade, somente quando as outras esferas do Direito não forem suficientes para a proteção dos bens e a conduta possa causar dano ou perda dos bens jurídicos essenciais à vida.

É importante frisar que o Direito Penal realiza a proteção dos bens jurídicos estabelecendo sanções aos indivíduos infratores, cabe ao Estado o poder exclusivo de punição. Segundo Mezger (1946, p.27-28) *“O direito penal é o exercício do poder punitivo do Estado, que conecta o delito, como pressuposto, e a pena, como consequência jurídica.”*

A Constituição Federal indica alguns dos bens jurídicos, dos quais o Direito Penal chamou a si para a conveniente proteção e amparo. Ilustrando, veem-se os seguintes bens jurídicos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, vida privada, honra, trabalho, dentre outros. (NUCCI, 2014, p. 50)

A eleição da bem jurídico vida dá ensejo a vários outros, desdobramentos naturais da proteção do bem principal: integridade física, respeito ao feto, saúde, repúdio à tortura etc. A tutela da liberdade envolve o direito de ir e vir (locomoção) e ainda a livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a livre manifestação da consciência e da crença, com o exercício de cultos religiosos. O amparo à igualdade abarca o repúdio ao racismo e a toda forma de discriminação. O culto à segurança desdobra-se em tutela da paz pública, vedando-se a formação de associações criminosas, bem como o porte de arma de fogo, sem autorização legal. A propriedade possui inúmeros desdobros, alcançando vários tipos penais, que proíbem o furto, o roubo, a apropriação indébita, o estelionato etc. Além disso, alcança-se, a despeito da propriedade material, a intelectual, tutelando-se variadas formas de propriedade imaterial. A intimidade e a vida privada demandam inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de comunicações em geral, chamando-se o Direito Penal a punir as lesões aos referidos bens jurídicos tutelados. A honra demanda a proteção do ordenamento jurídico, por mecanismos civis e penais, sancionando-se a calúnia, a difamação e a injúria. O direito ao livre exercício de qualquer trabalho faz parte da sociedade democrática, demandando punição a quem busque, ilegalmente, reprimir e coibir essa opção individual. (NUCCI, 2014, p. 50-51)

Batista (2007, p. 116) infere que os bens jurídicos são produzidos de uma forma classista ao mencionar que *“Definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem*

jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe.”

Batista conclui dizendo:

Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou "interesses", ou "estados sociais", ou "valores" escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de "missão secreta" do direito penal. (BATISTA, 2007, p. 116)

Malaguti (2011) demonstra através de fatos históricos como o direito penal ao longo dos séculos foi se moldando para atender as necessidades da elite e da sociedade burguesa. O direito penal não foi concebido para suprir as ilegalidades, mas para geri-las diferencialmente. Partindo do século XIX, há uma intensa movimentação popular, as revoluções na Europa, o aumento dos delitos contra a propriedade, ocasionam a volta das punições mais severas e a partir disso a prisão se torna a pena mais relevante do mundo ocidental.

O século XIX se vê acossado pela rebeldia popular. A multidão vai assombrar as elites e vai se constituir em objeto dos seus pensadores orgânicos como Le Bond e Tarde. As revoluções na Europa e nas colônias, o aumento dos delitos contra a propriedade, as manifestações populares vão impor a volta das penas mais severas e a crítica do liberalismo. Voltam os castigos físicos e as mutilações, e a prisão se converte na pena mais importante de todo o mundo ocidental, com seu sistema de disciplinas e a difusão do isolamento celular (darnier cri da pena neoliberal, dos RDDs do Brasil do petucanismo). (MALAGUTI, 2011, p.93)

Para Foucault, a reforma das Luzes³ produz uma nova estratégia política: punir em vez de vingar. Entre o século XVIII e o XIX, essa nova estratégia faz das punições e da repressão uma função regular; não punir menos, mas punir melhor, e insere mais profundamente nas sociedades ocidentais o poder de punir. (MALAGUTI, 2011)

Segundo Ferrajoli (2014)

A história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosa, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações

³ Conhecido como o século das Luzes ou do Iluminismo, o século XVIII foi marcado por um movimento do pensamento europeu que abrangeu o pensamento filosófico e gerou uma grande revolução nas artes (principalmente na literatura), nas ciências, nos costumes, na teoria política e na doutrina jurídica.

incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos delitos. (FERRAJOLI, 2014, p. 310)

Louk Hulsman, um dos principais teóricos do abolicionismo penal, defende que não há legitimidade alguma no sistema penal, que ele representa um problema em si mesmo. O Abolicionismo tem como objetivo o fim do sistema penal, por este constituir um sofrimento inútil e nocivo; parte do pressuposto de que o conceito de crime é errôneo, e o direito penal deve ser substituído por formas de conciliação e reparação realizadas pela própria sociedade civil, sem a interferência coercitiva do Estado. Nesse sentido, “*é a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o ‘criminoso’*”. (HULSMAN, 2018, p.64)

Segundo o autor, o poder de punir do Estado, é estruturado por um sistema que se materializa através dos delitos, estes podem ser entendidos como condutas pré-selecionadas, opostas aos valores vigentes definidos pela legislação penal. Isso significa dizer que os crimes nada mais são que uma manifestação de vontade e poder do Estado. Não se trata de proteção aos indivíduos, mas da manutenção da estrutura social vigente e de suas estruturas opressoras dominantes. (HULSMAN, 2018)

O funcionamento burocrático do sistema penal não permite um acordo satisfatório entre as partes. Nesse contexto, os riscos de uma punição desmedida são extraordinariamente elevados. Um sistema que coloca frente a frente, se é que se pode falar assim, a organização estatal e um **indivíduo**, certamente não irá produzir uma pena “humana”. Para se convencer disso, basta prestar atenção ao estilo de determinadas declarações oficiais. O discurso estatal pode falar de quarenta mil presos, como fala de milhões de mortos numa guerra: sem qualquer problema. Ao nível macro, estatal, as noções de pena e de responsabilidade individual resultam fictícias, infecundas, traumatizantes. Uma reflexão sobre “o direito” ou “a necessidade” de punir que pretenda se situar nesse nível é, portanto, aberrante. Somente nos contextos próximos, em que se podem atribuir significados concretos às noções de responsabilidade individual e de “punição”, é que eventualmente será possível retomar tal reflexão, seja ao nível mezzo das relações entre indivíduos e grupos ou instituições que lhes são próximos, seja ao nível micro das relações interpessoais – lá, onde é possível reencontrar o vivido pelas pessoas. (HULSMAN, 1997, p.87)

Para Pastana, estamos vivenciando o fortalecimento e ampliação do Estado Punitivo:

[...] esse modelo de Estado, cada vez mais cristalizado em alguns países, como o exemplar caso brasileiro, está ancorado em diversas políticas públicas, voltadas para o aumento do controle, desde a mais simples contenção das interações sociais, como as repressões policiais às manifestações de rua, até o mais alto grau de punição simbólica, e por isso mesmo exemplar, aos selecionados desviantes, materializadas já no âmbito da Justiça Penal. [...]. (PASTANA, 2019, p.84-85)

O debate sobre o sistema punitivo é extenso e complexo, o poder discricionário do Estado, assegurado pelo princípio da legalidade, determina quais comportamentos serão criminalizados, conjuntamente, atribui rótulos aos indivíduos perseguidos pelos agentes de controle estatal.

O princípio da legalidade diz que *“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”*, então, partindo do pressuposto que o Direito Penal age na manutenção da dominação da classe burguesa sobre a classe trabalhadora, a aplicação e execução das leis pelos órgãos oficiais também se dá de forma seletiva. (NUCCI, 2014, p.62)

2.2 Seletividade Penal

Na nossa sociedade prevalece uma visão dualista de bem contra mal, sendo o mal representado pelos criminosos que desvirtuam a sociedade praticando malfetorias e o bem composto pelas pessoas que combatem o crime, como as Polícias, Ministério Público e Judiciário. Mesmo que alguns erros cometidos por representantes dessas instituições ganhem notoriedade e sejam alvos de críticas, as mesmas contam com importante validação da sociedade, figuras como juízes e policiais são até alçadas ao posto de heróis, como nos filmes.

Hulsman aponta que no campo da justiça penal, o imaginário maniqueísta tem forte relevância:

As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples – e simplista – de que há os bons, de um lado, e os maus, de outro. É certo que existe toda uma corrente cultural com um enfoque das pessoas e situações muito mais cheio de nuances. A arte, a literatura, o cinema contemporâneo esforçam-se por descobrir a complexidade dos seres, de suas relações, das experiências vividas, mostrando o irrealismo dos discursos em preto e branco.

Entretanto, no campo da justiça penal, as imagens maniqueístas ainda se impõem quase que por inércia. A toda hora, encontramos pessoas bastante críticas em relação às instituições e a seu funcionamento e que, apesar disso, esperam que as leis e as estruturas promovam a harmonia social. Assim, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da ordem e, portanto, do bem. E, em face desses símbolos da justiça, do direito e da consciência reta, os “delinquentes” são vistos como pertencentes a uma espécie à parte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.

É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se

imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola. Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens. (HULSMAN,p. 56-57)

Existe no imaginário popular uma seleção prévia de quem se parece com delinquente e possui culpa, essa noção é intensificada pelas dezenas de programas sensacionalistas policiaescos que possuem horas do dia na grade aberta de televisão. Esses programas desumanizam as pessoas que cometem crimes e também as vítimas, explorando a agressão sofrida até o limite, além disso, incentivam o medo na população e atos de justiçamentos.

Para melhor entendimento, podemos usar a conceituação de direito penal do inimigo de Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito. (ZAFFARONI, 2007, p.18)

A ideia transmitida por esses veículos consiste em dizer que o criminoso é um monstro e não merece ter sua dignidade respeitada pela sociedade e pelo Estado, o que contrasta completamente com o nosso ordenamento jurídico, pode se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base da nossa Constituição⁴.

O ilustre ministro Alexandre de Moraes, conceitua dignidade como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade” (MORAES, 2017, p. 41)

Baratta, traz a visão que a culpa é vista pelas pessoas na sociedade como uma questão moral, a partir do momento que a pessoa se torna culpada, essa marca dificilmente sairá dela:

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Enquanto especialistas como juristas e cientistas sociais analisarão a questão da culpa à sua moda, uma terceira perspectiva integra os pensamentos da maioria das pessoas – incluindo muitos profissionais da justiça criminal. Trata-se de um conceito mais moralista ou “imputativo”. Na visão popular, a culpa não é meramente uma descrição de comportamento, mas uma afirmação de qualidade moral. A culpa diz algo sobre a qualidade da pessoa que praticou o ato e tem uma característica indelével e bastante “adesiva”. A culpa adere à pessoa de modo mais ou menos permanente, e há poucos solventes conhecidos. Em geral ela se torna uma característica primária que define a pessoa. A pessoa culpada de um roubo se torna um ladrão, um criminoso. Uma pessoa que foi aprisionada se torna um ex-presidiário, um ex-criminoso, e isso passa a fazer parte de sua identidade, sendo difícil de eliminar. (BARATTA, 2002, p. 106)

Um dos pilares da Democracia Brasileira é a igualdade formal, estabelecido na Constituição Federal, no seu artigo. 5º, diz “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, entretanto essa igualdade não se concretiza na prática. O tratamento dado pelo poder repressivo do Estado é diferente dependendo a quem se destina.

O nosso sistema penal parece funcionar em desacordo com a garantia constitucional de tratamento igualitário perante a lei, já que acontecem operações policiais nas favelas/comunidades caracterizadas pela elevada truculência na busca por criminosos, além de uma série de violações de direitos fundamentais sofridas pelos moradores. Esse *modus operandi* fundado na violência e repressão, segundo Wacquant advém de uma tradição oriunda dos tempos da escravidão:

[...] inscreve-se em uma tradição multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre feras e doutores, os “selvagens” e os “cultos”, que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo a manter a ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem. (WACQUANT, 2001, p.9)

No Brasil, há uma segregação evidente das camadas mais pobres da sociedade, que vivem sob constante vigilância por parte dos órgãos de controle estatais. Esse cenário é particularmente visível nas comunidades carentes, onde os moradores enfrentam diariamente a violência proveniente de uma força policial que muitas vezes age de maneira inadequada, desrespeitando a legalidade e abusando de sua autoridade de forma flagrante.

Questões como a região em que o fato ocorre, cor de pele dos envolvidos e o gênero, interferem diretamente na conduta e na tipificação criminal que os indivíduos serão acometidos.

Nesse mesmo sentido, Andrade enfatiza:

“Foi assim que a descoberta deste código social extralegal conduziu a uma explicação da regularidade da seleção (e das cifras negras) superadora da etiologia: da tendência a delinquir às maiores ‘chances’ (tendência) de ser criminalizado. **A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.** As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas.” (ANDRADE, 2003, p.270)

Cirino, lembra que comportamentos mais danosos à sociedade não recebem o mesmo vigor do Estado em sua resposta punitiva. O que pode ser pior, o tráfico de drogas ou o desvio de milhares de reais de dinheiro da saúde?

Crime é o que a lei ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam(o imperialismo, a exploração do trabalho, o racismo, o genocídio etc), ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, como a criminalidade de "colarinho branco" (fixação monopolista de preços, evasão de impostos, corrupção governamental, poluição do meio ambiente, fraudes ao consumidor, e todas as formas de abuso de poder econômico e político, que nao aparecem nas estatísticas criminais. (CIRINO, 2008, p. 111)

Antes de partir ao próximo tópico, é importante abordar o conceito de cifra oculta dos crimes de colarinho branco brevemente. De forma objetiva, as cifras ocultas se referem aos casos que não chegam ao conhecimento dos órgãos públicos, ficando de fora das estatísticas oficiais, o que revela que a taxa de criminalidade é maior que aquela oficialmente registrada, criando um quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais (BARATTA, 2002, p. 102)

Aparentemente há uma sobrerrepresentação de crimes nas camadas mais pobres, quando na verdade, os crimes de colarinho branco são dificilmente investigados, seja pelos fatores de natureza social: o prestígio dos autores da infração, o efeito estigmatizante das sanções, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe nos delitos típicos cometidos pela camada mais baixa, seja pelos fatores de natureza jurídico-formal e econômica: a competência das comissões especiais ao lado da competência de órgãos ordinários, e respectivamente, a possibilidade de contratar advogados influentes e de fazer pressão contra denunciante. (BARATTA, 2002)

Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente “seletiva”, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha. Realmente, esta definição de criminalidade, e as correspondentes reações não institucionais por ela condicionadas (a reação da opinião pública e alarme social), estão ligadas ao caráter estigmatizante que a criminalidade leva, normalmente, consigo, que é escassíssimo no caso da criminalidade de colarinho branco. (BARATTA, 2002, p. 103)

Carvalho, diz que a seletividade é estrutural, por isso, presente em todas esferas do poder punitivo, também, que o porte de drogas é provavelmente um dos delitos com a maior apresentação de cifras ocultas e que se houvesse repressão nas festas da elite, o porte de drogas já teria sido descriminalizado.

A seletividade é estrutural e, portanto, presente em qualquer âmbito de atuação do poder punitivo. O delito de porte de drogas para consumo provavelmente é um dos que apresentam as maiores cifras ocultas e a sua repressão só ocorre de maneira seletiva, pois, do contrário, a sociedade e, sobretudo, aqueles que têm o controle sobre as definições, não concordariam com a manutenção de tal prática como delito. Em outras palavras, caso houvesse repressão constante às festas dos filhos e dos pais da classe média, talvez o objetivo antiproibicionista já tivesse sido alcançado. (CARVALHO, 2016, p.492)

2.3 Teoria do Labeling Approach

A teoria do *Labeling Approach* ou da Rotulação Social, surgiu nos Estados Unidos em meados dos anos 60 e buscava demonstrar que determinadas condutas são configuradas como criminosas a partir da classificação das autoridades oficiais (policiais, juízes, instituições penitenciárias) isto é, nem toda conduta que fere o sistema criminal será criminalizada, mas sim aquelas condutas que setores da sociedade e as instâncias repressivas definirem como tal.

Para Andrade, o *Labeling* é definido da seguinte forma:

Parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de

interação social, isto é, de processos formais e informais de definição ou seleção. (ANDRADE, 2003, p.205)

O Judiciário (juízes ou tribunais) são instituições que criam e produzem “realidade” conforme as estruturas sociais que visam separar as pessoas em criminosas e não criminosas. Trata-se de um processo contínuo de afirmação de estigmas de tal modo que o indivíduo acaba se tornando a imagem de que a própria sociedade rotula como tal.

Goffman elucida que o estigma anula a humanidade das pessoas:

Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: construímos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. (GOFFMAN, 1988, p.8)

A partir do momento em que a sociedade toma como verdade que determinados sujeitos são mais propensos ao crime, todas as estruturas da sociedade trabalham para jogar esses indivíduos na posição de criminosos. Essa relação pode ser visualizada da seguinte forma, os crimes que mais levam pessoas à prisão no Brasil atualmente são os crimes de tráfico de drogas, que possui legislação específica (Lei 11.343/06) e o roubo, tipificado no Código Penal. Esses crimes são praticados em sua imensa maioria por pessoas pobres e periféricas, que por muitas vezes recorrem ao crime ocasionalmente buscando dinheiro para pagar contas, comprar comida, remédios, etc., o sustento próprio e de sua família.

Os selecionados são homens e jovens, a clientela majoritária e preferencial do sistema penal – 92,4% homens; 7,6% mulheres; 51,4 % entre 18 e 24 anos, 19% entre 24 e 30 anos, 19% entre 30 e 40 anos, 7,6% entre 41 e 50 anos e 2,9% com mais de 50. Nas ocorrências há espaço para designar a profissão do autor do fato. Em muitos casos o espaço permanecia em branco, não sendo possível saber se isso denota a ausência de profissão, o desemprego ou apenas um lapso de quem preencheu a ocorrência. De qualquer modo, foram informadas profissões em 49% dos casos. Como esperado, a maioria registrada era de profissões próprias das camadas baixas da sociedade, normalmente prestadores de serviço das classes altas: autônomo, cabeleireiro, vitrinista, garçom, motoboy, estagiário, carroceiro, técnico em informática, funileiro, açougueiro, auxiliar de segurança, motorista, taxista, técnico de ar condicionado, funcionário público, corretor de seguro, carpinteiro, mecânico, instalador de som, comerciante, auxiliar de vendas, vendedor ambulante, servente, pedreiro. (CARVALHO, 2016, p. 495)

Assim, os criminólogos tradicionais questionando as causas da criminalidade, encontram problemas do tipo: quem é criminoso; como se torna desviante; em quais condições um condenado se torna reincidente; com que meios se pode exercer controle sobre

o criminoso; Em oposição, os interacionistas e os autores que inspiram o *Labeling Approach*, se perguntam: quem é definido como desviante; que efeito decorre desta definição sobre indivíduos; em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição; quem define quem. (BARATTA, 2002 p.88 -89)

A ideia central da teoria é que o crime não se trata apenas do ato ilícito cometido, mas principalmente de como é rotulado o indivíduo que comete determinados crimes, quanto mais marginalizada for a pessoa, possuindo os estigmas advindos de classe social, raça, sexualidade ou de qualquer origem, mais probabilidade terá de ser vista como inerentemente criminosa, sendo previamente categorizada.

De acordo com esse entendimento, afirma-se que grande parte da sociedade comete crimes, no entanto, essa classificação é atribuída a uma pequena parte da população e parece estar restrita somente a ela (BARATTA, 2011), se tornando:

um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (BARATTA, 2011, p. 113).

É importante considerar que as estruturas de poder na sociedade, tanto políticas quanto econômicas, são compostas por grupos que possuem diferentes níveis de proximidade em relação ao poder. Além disso, o sistema penal desempenha o papel de selecionar indivíduos dos estratos sociais mais humildes, de maneira muitas vezes arbitrária, e criminalizá-los (ZAFFARONI, 2011).

Shecaira (2008) aduz que o conceito de "desviante" se refere a indivíduos que não se enquadram nas normas e padrões estabelecidos pela sociedade. Esses indivíduos são rotulados como desviantes e são frequentemente criminalizados pelo sistema penal, mesmo que suas condutas não sejam necessariamente prejudiciais ou perigosas para a sociedade como um todo. Ele argumenta que o uso desse conceito pode levar a uma abordagem excessivamente punitiva em relação aos comportamentos que não seguem as normas estabelecidas.

Pode-se inferir que o termo desviante se refere àqueles que receberam o "*rótulo social de criminoso com sucesso*" (SHECAIRA, 2008, p.290), uma vez que, conforme já mencionado, condutas desviantes são aquelas que membros de uma comunidade atribuem a alguém que cometeu um ato específico.

Em consonância, Baratta (2002) diz que a distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude socialmente considerada boa ou má, social ou antissocial, o que importa realmente é a definição legal que, em um dado momento diferencia, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito.

A pergunta relativa à natureza do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviante, orientou a pesquisa dos teóricos do labeling approach em duas direções: uma direção conduziu ao estudo da formação da “identidade” desviante, e do que se define como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso” (ou também de “doente mental”) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social. (BARATTA, 2002 p.88 – 89)

2.4 Criminalização Primária e Secundária

De acordo com a teoria do *Labeling*, ao afirmar que o crime é um produto socialmente fabricado, merecem destaque dois momentos em que ocorre a execução do etiquetamento, os processos de criminalização primária e secundária.

A política criminal correccionalista do positivismo criminológico, estruturada nas ideias de consenso social, patologia do criminoso, objetividade das estatísticas e gravidade do delito comum, ascende ao enfoque macro proposto pela Criminologia Crítica, no qual a reação social e os processos de seleção, etiquetamento e estigmatização demonstram nova forma da violência: a violência estatal das agências penais. A noção liberal -individualista é substituída pelo caráter institucional e social da produção de criminalidade, refletido através das normas penais (criminalização primária), da ação das agências de controle (criminalização secundária) e do atuar das instituições totais encarregadas da segregação (presídios e manicômios). (CARVALHO, 2016, p. 154)

A criminalização primária refere-se ao poder do Estado de criar e promulgar leis penais, estabelecendo quais bens jurídicos serão protegidos e definindo de forma seletiva as condutas que serão delitos penais, assim como suas respectivas penas. Uma vez que essas leis são implementadas na sociedade, elas se tornam a base para a criminalização.

Pastana (2019) afirma que há relação direta entre as leis criminais promulgadas e o aumento do encarceramento,

[...]É aqui que o crescimento da população prisional coloca-se; ou seja, como expressão máxima da atuação simbólica do direito penal. O poder legislativo

também tem papel fundamental nesse processo, alimentando o sistema punitivo de novas leis incriminadoras, que reforçam a punição por meio do aumento de pena trazido muitas vezes em tempo maior de encarceramento para diversos delitos. (PASTANA, 2019, p.84-85)

Assim, o desvio primário refere-se,

A um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo”, enquanto aqueles fatores que sucedem a reação social – referente à incriminação e à pena – possuem uma forte influência dos “efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma”, de modo que “o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação ‘torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio’”. (BARATTA, 2011, p. 90)

Nessa toada, Baratta (2002) percebe na legislação penal “conteúdos” e não “conteúdos”. O sistema de “não-conteúdos” da lei penal reflete valores predominantes de um universo moral próprio da burguesia individualista, dando maior ênfase na proteção do patrimônio privado, e orientando-se majoritariamente para atingir as formas de desvio típicas das camadas vulneráveis e marginalizadas. Para fortalecer esse entendimento, o professor convida à seguinte reflexão:

Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária especialmente se se prescinde dos delitos de trânsito. Mas a seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto “não agravado”). As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes. Quanto aos “não-conteúdos”, começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas frequentemente assumem como um dado da natureza), não só na pretensa inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais funcionais às exigências do processo de acumulação de capital. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas. (BARATTA, 2002, p. 176)

Vera Andrade detalha o processo de etiquetamento:

Quanto aos “conteúdos” do Direito Penal abstrato, esta lógica se revela no direcionamento predominante da criminalização primária para atingir as formas de desvio típicas das classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Enquanto é dada a máxima ênfase à criminalização das condutas contrárias às relações de produção (crimes contra o patrimônio individual) e políticas (crime contra o Estado) dominantes e a elas dirigida mais intensamente à ameaça penal; a

criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal e outros tantos não guarda a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial e política. (ANDRADE, 2003, p.279)

O processo de criminalização secundária refere-se à atuação do Estado nas suas três instâncias oficiais, organizadas como Polícia, Ministério Público e Judiciário. A seleção acontece na indicação de suspeitos, acusação e julgamento daquelas pessoas que cometeram crimes. Portanto:

A ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização”, correspondidos, como já mencionado, pela “investigação, prisão, judicialização, condenação e encarceramento. (ZAFFARONI, BATISTA & ALAGIA, 2003, p.43)

A seletividade penal e o processo de criminalização secundária possuem forte relação entre si, porque é onde o Estado vai atuar de forma mais seletiva, identificando os mesmos suspeitos dentro de um grupo e os criminalizando. Percorrido o funcionamento seletivo e classista do sistema criminal, pode-se visualizar como a legislação proibicionista de drogas atinge fortemente a camada mais pobre da sociedade constituída em sua maioria de pessoas pretas e pardas.

3 POLÍTICA PROIBICIONISTA

3.1 Breve Histórico das Legislações

No ordenamento jurídico brasileiro, o consumo, porte e venda de produtos entorpecentes foram criminalizados na instauração das Ordenações Filipinas⁵, Livro V, Título LXXXIX), onde foi proibido expressamente que ninguém poderia ter em casa nem vender substâncias consideradas venenosas naquela época. (CARVALHO, 2016)

Já no código Criminal de 1830, nada era abordado sobre este tema. Entretanto, após a instauração da República, com a edição do Código Penal de 1890, começou a ocorrer a regulação dos crimes contra a saúde pública. O artigo 159 previa pena de multa àquelas pessoas que vendiam ou fornecessem “*substâncias venenosas sem legítima autorização ou sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários.*” (CAMPOS, 2015, p.29)

Segundo Carvalho (2016), com a Consolidação das Leis Penais ocorrida em 1932, houve uma nova disciplina acerca do tema no sentido de aumentar a complexidade nos crimes contra a saúde pública. Os principais pontos trazidos se referem às mudanças nos termos usados de substâncias envenenadoras para substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a venda e ministração dessas substâncias subordinadas ao Departamento Nacional de Saúde Pública. Essas alterações passam a formar a base de uma política mais repressiva no combate às drogas no país.

[...] a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito. (CARVALHO, 2016, p.56)

⁵ “As Ordenações Filipinas são o conjunto de Leis que vigorou no Brasil por mais tempo, sendo promulgado em 11 de janeiro de 1603 e sendo revogado pelo Código Penal do Império em 16 de dezembro de 1830, perfazendo uma vigência de quase 228 anos.” (BRASIL; MENEGUEL, 2021, p.2)

Carvalho (2016) segue afirmando que essa gestão encontrou nos Decretos 780/36 e 2.953/38 o primeiro grande impulso contra as drogas, posteriormente o Decreto-Lei 891/38 traz o ingresso do Brasil ao modelo internacional de controle. O decreto-lei foi elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936, que regulamentava questões sobre a produção, tráfico e consumo, proibindo a circulação de diversas substâncias consideradas como entorpecentes.

A pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passam a delinear novo modelo de gestão repressiva. (CARVALHO, 2016, p.55)

Para Rodrigues (2006), com a publicação do Código Penal pelo Decreto-Lei 2.848/40, a matéria relativa ao comércio clandestino de entorpecentes é recodificada sendo descrita no artigo 281. A recodificação teve por objetivo preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei.

Art.281.Decreto-Lei 2.848/40 - importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.BRASIL. (Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.)

Com a edição do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao artigo 281 a ação de plantar), tem início um amplo processo de descodificação na legislação brasileira referente às substâncias entorpecentes em geral. A década de 1950 estabelece o primeiro discurso relativamente conectado sobre as drogas ilegais e a importância do seu controle repressivo, sendo que o consumo de drogas, até essa década, estava restrito aos grupos considerados marginalizados. (CARVALHO, 2016)

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico -sanitário - jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico -penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico -psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitarista em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência – “o problema da droga se apresentava [na década de 1960] 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’”. (CARVALHO, 2016, p.60)

Rodrigues (2006) também relaciona o consumo de drogas com o comportamento geracional. Nos anos 60, há uma popularização no consumo da maconha e do LSD, o uso dessas substâncias estava relacionado aos movimentos de contracultura e desobediência civil, naquele momento havia uma mobilização da sociedade contra as políticas armamentistas e guerras ao redor do mundo. Diferente das décadas anteriores, o consumo de drogas se tornou popularizado, acompanhando os movimentos da cultura e da arte.

O aumento da visibilidade recaiu também no aumento do pânico moral em torno dessa questão, o que acarretou no aumento da produção legislativa em matéria criminal. Esse foi o momento em que os meios de comunicação começaram a circular mensagens negativas patrocinadas por empresários “morais” e movimentos pela repressão, justificando o início da transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. A Convenção Única de Estupefacientes aconteceu em Nova York em 1961 neste momento. (CARVALHO, 2016)

Paralelamente a esse processo verificado no Brasil, observa-se, nos Estados Unidos, especialmente a partir da segunda metade do século XIX, o início de uma onda de mobilizações de cunho religioso e moral com o intuito de criar uma América “livre das drogas”¹⁹, cujas maiores expressões podem ser identificadas por meio da Prohibition Party (1869), Sociedade para a supressão do vício (1873) e Anti-Saloon League (1893). São alguns dos primeiros passos rumo à transnacionalização do controle sobre entorpecentes, consolidada, especialmente a partir do advento das Nações Unidas (1945, pós II Guerra Mundial), com a aprovação da “Convenção Única sobre Entorpecentes” (Nova Iorque, 1961²⁰), cujo preâmbulo alude à necessidade de tutelar a “saúde física e moral da humanidade” e considera o consumo de entorpecentes “um grave mal para o indivíduo” e “um perigo social e econômico para a humanidade”. (CAMPOS, 2015, p. 29)

Em 1972, foi assinado um protocolo modificando a convenção com objetivo de fortalecer as medidas de prevenção à produção e o uso de drogas, assim como mencionava a “*necessidade de se providenciar acesso a tratamento e reabilitação de drogados, em conjunto ou em substituição à pena de prisão nos casos criminais envolvendo adictos.*” (RODRIGUES, 2009, p.40)

Nesse contexto, tem-se a criação do modelo médico-sanitário-jurídico de controle de pessoas envolvidas com drogas, este método apresenta a ideologia de diferenciação entre consumidor e traficante como sua principal característica. Para o consumidor, entendido como doente, recairia o discurso médico-psiquiátrico, e para o traficante, entendido como delinquente, incidiria o discurso jurídico-penal, do qual é extraído o estereótipo do criminoso

corrupto da moral e da saúde pública. No processo pode ser visualizado o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nomeação de novos inimigos. (CARVALHO, 2016)

Rodrigues (2006) afirma que a adequação das normas brasileiras internas aos compromissos internacionais de repressão, se traduzem no *Decreto-Lei 159/67*, o decreto equipara os entorpecentes às substâncias capazes de causar dependência química. O artigo 281 do Código Penal, continha rol taxativo, sendo assim, previa exclusivamente a punição do comerciante de drogas, não abrangendo os usuários. Sob esse contexto o *Decreto-Lei 385/68* alterou o artigo 281 do Código Penal, criminalizando o usuário com a mesma pena imposta ao traficante (CARVALHO, 2016), incluindo um novo parágrafo, o qual dizia que “*nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*” (BRASIL, 1971)

Segundo Campos (2015), o estigma do usuário se estabeleceu de vez em nossa sociedade com a igualdade de usuário e traficante na mesma categoria, independente da finalidade destinada à droga. A construção do “drogado” foi usada como uma categoria de acusação na sociedade brasileira.

Após três anos de vigência do Decreto-Lei 385/68, surge a Lei 5.726/71, a qual demarca definitivamente a descodificação da matéria, a lei adequa o sistema repressivo brasileiro contra as drogas às orientações internacionais. Esta Lei remodelou as hipóteses de criminalização e modificou o rito processual, inovando no método de repressão, todavia apesar de não considerar o dependente como criminoso, a lei continuava a igualar o usuário ao traficante prevendo pena de prisão de 1 a 6 anos a esse grupo. Havia uma expectativa da lei ser mais benéfica aos usuários, mas restou frustrada. (CAMPOS, 2015)

A ‘Lei Antitóxicos’ [Lei 5.726/71] deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante – apenas para justificar a imposição da medida de segurança –, ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa. (SOUZA, 1972, p. 58-59.)

A Lei 6.368/76, cria no Brasil um modelo inédito de controle acompanhando as principais determinações dos países centrais de acordo com os tratados e convenções internacionais. Nesse sentido, a lei revogou o Art 281 do Código Penal, fazendo com que as leis de drogas ficassem unificadas em uma única lei. (CARVALHO, 2016, p. 65).

As três Convenções das Nações Unidas sobre o tema das drogas (de 1961, 1971 e 1988) criaram a obrigação de implementar, dentro da ONU, órgãos, encarregados de controlar a evolução mundial do fenômeno do abuso e do tráfico de drogas, monitorando o cumprimento das obrigações contraídas nas Convenções pelos Estados-Membros. (RODRIGUES, 2006, p.44).

Havia um movimento capitaneado pelos Estados Unidos, na figura de seu presidente Bush, numa determinação de fazer a opinião pública eleger as drogas, principalmente heroína e cocaína, como novo inimigo interno da nação. Na visão de Carvalho:

Os reflexos do projeto externo norte-americano incidiram diretamente nas políticas de segurança pública dos “países da América Latina. Se a Lei 5.726/71 pode ser considerada reflexo desta assertiva, com a Lei 6.368/76 o discurso jurídico -político belicista toma a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro. (CARVALHO, 2016, p.67)

Assim, a Lei 6.368/76, manteve o usual discurso médico-jurídico, com a diferença clássica entre consumidor-doente e traficante-delinquente, moralizando os estigmas decorrentes dessas classificações nas pessoas. Quando a lei foi implementada nas políticas de Segurança Pública, lentamente através dos anos, o traficante foi colocado no local de inimigo interno, o que vai justificar as práticas recorrentes dos anos 70 de exacerbação de penas, observado na sua quantidade e forma de execução. (CARVALHO, 2016).

Dessa forma, a partir do final da década de 70, a ideologia da Segurança Nacional passa a coexistir com a ideologia da defesa social, atuando na separação da “sociedade em dois grupos: o primeiro composto de homens de bem, mercedores de proteção legal; o segundo, de homens maus, os criminosos, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal”³⁶². Ambas pregam ainda a aplicação de sanções penais cada vez mais reforçadas, retirando o foco das causas sociais do delito por meio de uma política de pura contenção e exclusão social, observada na atuação do poder repressivo em geral, mas especialmente no campo da droga. (RODRIGUES, 2006, p.153)

Os Estados Unidos adotaram uma política de escolher os países periféricos produtores de entorpecentes como responsáveis pelo consumo de drogas em seu território, desse modo, a culpabilização dos estrangeiros reforçava o caráter de vítima da maior potência mundial.

Vale notar que a América Latina emerge ao governo americano, desde pelo menos os anos 1970, enquanto um possível “polo” de desenvolvimento de grupos paramilitares ou guerrilheiros, que através da suposta articulação entre crimes econômicos, tráfico de drogas, contrabando de armas e mercadorias ilícitas, se articulariam em uma criminalidade (des) organizada ou transnacional. Tais discursos e práticas americanas visaram, sob o argumento de diferentes “focos terroristas” exercer, em diferentes momentos históricos, a influência hegemônica dos EUA para com a região. (CAMPOS, 2015, p.30)

Carvalho (2016) relaciona o projeto externo norte-americano, que provocou muitos reflexos nas políticas de segurança pública da América Latina. A Lei 5.726/71, já era uma consequência dessa ingerência, mas com a Lei 6.368/76, há um escalamento nessa narrativa, o discurso político – jurídico militarista se torna o modelo oficial da política de segurança pública do país. A referida Lei adotou um caráter alarmista, baseando-se no discurso de medo, o modelo jurídico-político transnacional foi incorporado efetivamente no Brasil em meados dos anos 1970. Aqui, mais ainda, a figura do traficante foi apontada como inimigo interno a ser combatida pelas forças repressivas, *“desde a década de 1960 a estrutura do sistema de segurança pública operava com idênticos postulados ideológicos, alterando, apenas, o objeto de direcionamento da coação direta.”* (CARVALHO, 2016, p.74)

A partir do Golpe Militar de 1964, o Brasil passa a implementar um modelo de repressão militarizado fundado na lógica bélica de eliminação de inimigos, com o advento dos pressupostos da Doutrina de Segurança Nacional (DSN), a estrutura da política de drogas perpassa por uma formulação, ao inimigo interno político (subversivo) é acrescido o inimigo interno político-criminal (traficante). Os estereótipos e estigmas negativos relacionados às drogas acompanham a evolução das legislações, durante o período militar, foram veiculadas campanhas de Lei e Ordem pelos meios de comunicação definindo as drogas como o inimigo interno a ser combatido, as drogas representavam uma ameaça à ordem social. (CAMPOS, 2015). Carvalho (2016) reitera que o sistema repressivo criado durante o regime militar se manteve após o período pós-redemocratização. Os discursos políticos são frequentemente remodelados a partir da lógica bélica atual, isso permite criar uma estrutura ideológica que permanece firme, pautando até hoje, ações punitivas de intervenção legal, judicial e executiva.

Portanto, a partir do final dos anos 70 e início da década de 1980, ocorre a associação de dois modelos ideológicos diferentes, mas não antagônicos entre si, cujo fruto será a formação do modelo repressivo que ampara o proibicionismo a nível nacional. Primeiro, o conceito de Defesa Social vai permear o debate legislativo, ocorrendo forte aplicação dessa tese no âmbito jurídico, e segundo, na área de Segurança Pública, o modelo de Segurança Nacional ganha uma lógica militarizada, cabendo às agências civis a punição das condutas desviantes. (CAMPOS, 2015)

3.2 A Lei 11.343

Chegando na lei atual, é importante vislumbrar como o caminho percorrido pelas legislações anteriores permitiram chegar no modelo de repressão integrada, os planos legislativo, executivo e judiciário objetivavam a otimização do projeto global de guerra às drogas. Um ponto que precisa de especial atenção, é que a Lei de Drogas atual não trouxe muitas alterações acerca das condutas tipificadas nas leis que a precederam, as principais modificações foram a respeito da gradação das penas, cuja consequência será a definição do modelo político-criminal da visão estereotipada do *narcotraficante*.

A legislação foi sancionada no dia 23/08/2006 pelo presidente Lula e passou a vigorar no Brasil no segundo semestre do mesmo ano. O projeto de lei foi debatido durante quatro anos pelo Legislativo. O propósito desta nova legislação era aumentar as punições para o tráfico de drogas e deslocar o usuário de drogas para as redes de assistência médica e psicossocial.

A lei estabeleceu o conceito de drogas em seu artigo 1º:

“Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” (BRASIL, 2006)

A proposta de lei foi oriunda da CPI do Narcotráfico, tinha como objetivo principal a criação de um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), entendido como um *“conjunto ordenado de critérios e recursos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas.”* (BRASIL, 2006).

O sistema SINAD tinha como finalidade a articulação, integração, organização e coordenação das atividades relacionadas com: - *“a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas”*. (BRASIL, 2006).

A Lei 11.343/06, mantém a mesma base ideológica do sistema proibicionista da Lei 6.368/76, a lógica discursiva de diferenciação entre usuário e traficante é reforçada, sendo consolidada nesta normativa o modelo repressivo em detrimento dos projetos políticos descriminalizantes, como as políticas públicas de redução de danos. (CARVALHO, 2016)

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas.(CARVALHO, 2016, p.118)

Segundo Carvalho (2016), a *Lei 11.343/06*, mesmo tendo sua base ideológica similar à *Lei 6.368/76*, entrelaçada no proibicionismo, apresenta profundas distinções entre a legislação anterior. Se na *Lei 6.368/76* há forte sobreposição do discurso repressor ao médico-sanitário, visto que a eliminação dos inimigos internos era o objetivo principal. A *Lei 11.343/06* nivela a importância dos tratamentos penais diferentes entre usuários e traficantes, criando normas próprias de natureza muito distintas.

Campos (2016) traz o traço um paralelo entre o traficante e usuário dentro da lei. Para o traficante de drogas há a imposição de dura punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos), ao usuário e ao dependente, é atribuída a condição de patologia com aplicação de penas e medidas descarcerizadoras.

Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela *Lei 11.343/06*, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais (v.g. penas restritivas de direito). Neste quadro, fundamental lembrar que “as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da ‘guerra contra as drogas’ proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim, seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio”. (CARVALHO, 2016, p. 119)

O contraste entre as respostas penais graves/pesadas destinadas aos sujeitos envolvidos sozinhos ou associados com o tráfico de drogas em contraposição com as respostas terapêuticas leves para usuários e dependentes demonstram a dupla face do proibicionismo, a ideologia teria obsessão em reprimir a venda ilegal de drogas e idealizava condutas abstêmias como o padrão socialmente aceitável na sociedade, “*assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas.*” (CARVALHO, 2016, p.118)

Na contramão da Europa, onde a tendência era de políticas alternativas de redução de danos em relação ao consumo pessoal de drogas, no Brasil houve a manutenção do sistema de repressão estruturado no encontro de medidas educacionais e em penas restritivas de direitos. Ainda que na previsão normativa exista a impossibilidade da prisão carcerária aos indivíduos acusados de porte de drogas, situação estabelecida pela inclusão do porte de drogas para uso pessoal como delito de menor potencial ofensivo. (RODRIGUES, 2006)

Segundo Xavier (et. al., 2006, p.813) a redução de danos pode ser resumida em cinco princípios: 1) É uma alternativa de saúde pública aos modelos moral, criminal e de doença. 2) Reconhece a abstinência como resultado ideal, mas aceita alternativas que reduzam os danos. 3) É baseada na defesa do dependente. 4) Promove acesso a serviços de baixa exigência, ou seja, propõe serviços que acolhem usuários de forma mais tolerante, como alternativas as abordagens tradicionais de alta exigência, que exigem a abstinência total como pré-requisito para a aceitação ou permanência do usuário; 5) Baseia-se nos princípios do pragmatismo empático versus idealismo moralista. (XAVIER apud CAMPOS, 2016, p.33)

No delito de porte de drogas também estão presentes mecanismos penais de controle, como penas restritivas de direitos e medidas de segurança pouco estruturadas “*com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis*”. (CARVALHO, 2016, p.120)

A nova lei também inovou tipificando posturas não previstas nas legislações anteriores como as elencadas nos artigos: 33, §3º, 36 e 37.

O artigo 33, §3º, criminaliza o ato de oferecer drogas a alguém sem a finalidade de lucro e de forma casual, visando atingir o consumo de drogas oferecidos a pessoas de seu relacionamento, o que é uma medida muito conservadora. Porém, é considerado uma conduta de menor potencial ofensivo com pena mais branda.

Na lei anterior, tal agente era enquadrado no tipo penal de tráfico comum.

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; (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (BRASIL, 1976)

O artigo 36, tipifica a figura do financiador do tráfico, como sendo aquele que de alguma forma, com dinheiro ou com bens materiais contribuem para realização do comércio ilegal de drogas.

Já na lei 6.368/76, o comportamento previsto neste artigo era punido com a mesma pena do tráfico, agravado pelo artigo 62, inciso I do Código Penal, que diz que: *“A pena será ainda agravada em relação ao agente que: “I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;”* (BRASIL, 1940)

No artigo 37, a lei descreve que aquele que participa como informante, associado ou não, colaborando para as atividades do tráfico de drogas também incorre em crime. Na lei anterior tal conduta enquadra-se como partícipe do tráfico, tendo a mesma pena prevista do traficante, podendo ser majorada ou diminuída de acordo com sua culpabilidade segundo o artigo 29 do Código Penal que diz: *“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”* (BRASIL, 2006)

3.3 Usuário X Traficante

A atual Lei de Drogas, trouxe algumas mudanças no que diz respeito ao consumo e ao tráfico de drogas no Brasil. A lei eliminou a pena de prisão para o delito de uso de drogas, ao mesmo tempo em que aumentou o tempo mínimo de prisão para o tipo penal do tráfico ilícito de drogas. A nova lei visava promover o deslocamento do usuário de drogas do sistema de justiça criminal para o sistema de saúde.

O artigo 28, trata da hipótese do uso de drogas para consumo pessoal. A lei manteve a criminalização do usuário, o artigo diz: *“com a finalidade de prevenir o uso indevido, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes de drogas (preâmbulo e art. 1º)”*. CAMPOS; VALENTE, 2012, p.2)

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006)

No que concerne ao crime de tráfico, aumentou-se a pena mínima estabelecendo 5 anos de reclusão e a pena máxima foi mantida em 15 anos de prisão, além do pagamento de 500 a 1.500 dias multa.

Na Lei no 6.368/1976 anteriormente em vigor, as penas estabelecidas para o tráfico de drogas variavam de 3 a 15 anos de prisão. (CAMPOS, 2015)

Em relação ao usuário, a lei de drogas trouxe uma inovação que diz respeito à extinção da pena de reclusão e da multa para o uso de drogas, tal fato ocorre porque a lei exclui da tipificação duas das formas mais usuais de punição do sistema de justiça criminal. Outro ponto é que as sanções determinadas pelo legislativo como: *(I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviço à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo)*, não são as comumente associadas às teorias modernas das penas e utilizadas pelo sistema político.

Segundo Carvalho (2016), o delito penal não prever pena de prisão não implica automaticamente se falar em descriminalização. Para combater a impressão de que teria ocorrido a descriminalização do usuário de drogas na referida legislação, é preciso primeiro entender como se dá o processo de descriminalização legislativa. A descriminalização legislativa é considerada a forma mais adequada de retirada de condutas da esfera criminal, o legislador ao verificar a inadequação do tipo penal no cenário jurídico em decorrência da mudança de comportamentos na sociedade e sinais da cultura, retira sua previsão como delito. Essa forma de descriminalização é geralmente seguida pela descriminalização de fato.

Segundo Gicovate Postaloff, alguns comportamentos sociais criminalizados deixam, ao longo do tempo, de ser considerados danosos, passando a ser tolerados e/ou aceitos pela comunidade (adequação social). Assim, a lei penal “deixa de ser aplicada ou porque a própria consciência popular não repugna a conduta ou porque as próprias vítimas não se interessam pelo uso do Sistema Penal”. (POSTALOFF apud CARVALHO, 2016, p.180)

Salo de Carvalho (2016) segue afirmando que é um erro dizer que houve a descriminalização nos casos de porte de drogas para consumo próprio, o artigo 28 da lei de drogas mantém a conduta dos usuários criminalizadas, o que foi alterado é a sanção prevista, até em casos de reincidência é vedada a pena de prisão. (artigo28, § 3º).

O artigo 1 da Lei de Introdução ao Código Penal (*LICP–Decreto-Lei 3.941/41*) considera crime a “*infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (...)*”.

A publicação do LICP ocorreu no momento da Constituição Federal de 1934, mas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e seu novo método de interpretação e legitimidade das leis, redefine o conceito de delito prescrevendo como consequência jurídica, para além da privação e da restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos (artigo 5º, XLVI). (CARVALHO, 2016)

No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizados, alterando apenas a sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (art. 28, § 3º188), a pena de prisão: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Ocorre, portanto, com o ingresso da lei nova no cenário jurídico, explícita descarcerização dos delitos relativos ao uso de drogas. (CARVALHO, 2016, p. 182)

Também em Marcelo Silveira Campos, é reiterado o entendimento de que se manteve a criminalização dos usuários de drogas, isso é visto na medida em que o usuário deve ser levado à delegacia, assinar o Termo Circunstanciado, prestar depoimento, comparecer ao Juizado Especial Criminal “*para audiência, sujeito às seguintes medidas: advertência verbal, prestação de serviço à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*” (CAMPOS, 2015, p.49). O autor esclarece que o que ocorreu foi uma despenalização, não descriminalização, ou seja, o fim da previsão da pena de prisão para o delito de porte de drogas, “*pois, a posse de drogas para uso pessoal permanece sendo crime no Brasil, como indica o próprio nome do capítulo III da Nova Lei de Drogas é “Dos crimes e das penas”.*” (CAMPOS, 2015, p. 49-50).

O novo dispositivo legal não descriminalizou o uso de drogas no Brasil nem despenalizou a posse e uso de drogas no Brasil, mas sim atenuou a pena em relação ao referencial anterior, já que a lei não autoriza a posse e o uso pessoal de drogas, mantendo a conduta sujeita, inclusive, como um tipo penal, que acarreta algumas consequências ao indivíduo, como a necessidade de ir a uma delegacia e assinar um

termo circunstanciado. O termo “despenalização” também é impreciso, já que, se anteriormente os usuários de drogas poderiam ser punidos com a pena de detenção agora ainda sofrem “as ‘penas’ enumeradas nos pontos I, II e III do dispositivo” (Pires e Cauchie, 2011, p. 303). Nesse sentido, em relação à situação anterior certamente pode-se falar em uma atenuação de pena, já que excluiu-se a pena de prisão e a pena de multa que são as penas clássicas do sistema de direito criminal moderno. Não obstante, em relação à despenalização, ela não aconteceu no sentido forte do termo, já que o indivíduo que utiliza substâncias consideradas ilícitas, conforme dito, sofrerá as penas (mencionadas anteriormente aqui como itens I, II e III) previstas no artigo 28.” (CAMPOS, 2015, p.160)

Outro ponto que merece especial atenção é em relação ao § 2º do artigo 28, que prevê ao julgador definir se o crime se enquadra nos tipos penais de tráfico (artigo 33) ou porte de drogas (artigo 28). Para se decidir o julgador deve analisar a *“natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”* (BRASIL, 2006).

A tarefa de determinar se uma pessoa cometeu um crime de posse para consumo pessoal ou um crime de tráfico deve ser baseada em evidências apresentadas pela autoridade policial, a fim de ser avaliada pelo juiz. O que é preocupante nesse cenário é que raramente as versões dos policiais são contestadas no tribunal, como servidores públicos seus depoimentos possuem fé pública.

3.4 A Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06

O artigo 28 da lei de drogas tipifica as condutas de consumo de drogas para uso pessoal, ele diz *“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:”* (BRASIL, 2006). As sanções previstas para quem incorre nesse delito estão também no referido artigo e são: *“advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”*. (BRASIL, 2006)

A professora Rodrigues (2006) reitera que a pena de prisão é vedada para este delito, sendo as sanções mais brandas, a nova legislação, em teoria, buscava a recuperação e

educação dos usuários sobre os malefícios das drogas, mas o resultado foi a criminalização de dependentes químicos e usuários ocasionais. (RODRIGUES, 2006).

Hoje, o procedimento ao ser enquadrado por posse de drogas, independentemente da quantidade e do tipo da droga em domínio, já que esses dados não estão estabelecidos em lei, é ser conduzido a uma delegacia, e em face de uma autoridade policial assinar um termo circunstanciado se comprometendo à apresentação em audiência com um Magistrado do Juizado Especial Criminal quando for solicitado, sendo submetido às sanções já explicitadas acima. (CAMPOS, 2015)

(...)Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal”. (KARAM, 2013, p.126)

Então, mesmo sem a pena de prisão, o sujeito que porta drogas está ao crivo da face mais violenta do Direito, o sistema punitivo, o que se torna uma grave incongruência, dado que o direito penal deve atuar somente em casos de grave lesão a um bem jurídico importante, como demonstrado no primeiro capítulo. Fica a indagação, qual é o bem jurídico afetado no uso de drogas?

O sustentáculo da programação punitiva ocorre em dois pontos relevantes: (a) ser o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 de perigo abstrato e (b) ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. O discurso da periculosidade presumida do ato (expansividade) e do escopo da lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista. Todavia este discurso de fundamentação, apesar de despregado da realidade, é altamente funcional e cotidianamente (re)produzido na dogmática jurídica. (...). (CARVALHO, 2014, p. 369)

O artigo 28 tem natureza de crime abstrato contra a saúde pública, porém, o ato de consumir alguma droga trata-se de uma conduta privada, não podendo gerar dano a direitos de outrem. É uma conduta amparada pela Constituição, pois nada mais é do que liberdade individual e o único dano que pode ser causado ao indivíduo é a autolesão. (KARAM, 2013)

Neste ponto, importante lembrar os argumentos de Maria Lúcia Karam:

A nocividade individual de uma conduta privada poderá ser uma boa razão para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja

obrigado a deixar de praticá-la. Há mais de um século, já assim alertava Stuart Mill, ao discorrer sobre a liberdade, em afirmação que bem traduz o alcance da garantia constitucional que, assegurando os direitos concernentes à intimidade e à vida privada, faz com ela incompatíveis os dispositivos legais criminalizadores da posse de drogas para uso pessoal e de seu consumo em circunstâncias que não afetem terceiros, quaisquer que sejam as modalidades de pena atribuídas a tais condutas (KARAM, p. 155/164, 2005).

O artigo 28, manteve a criminalização do usuário com o objetivo de prevenir o uso indevido, no entanto, a proibição da conduta violaria os princípios constitucionais de intimidade e vida privada, além do princípio da lesividade do Direito Penal. Isso porque veda o uso de drogas na esfera pessoal e privada do usuário, a principal defesa da inconstitucionalidade do artigo usando como base nesses princípios é decorrente da invasão do Direito na escolha individual das pessoas. (KARAM, 2005)

Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantida ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima. (CARVALHO, 2016, p. 400)

Os autores Campos e Valente (2012), apontam denominadores comuns que atestam a fragilidade do artigo, encontrados nas pesquisas realizadas pelas “Série Pensando o Direito” (SAL) e Associação pela Reforma Prisional e pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV):

(...) 1) A distinção entre usuário e traficante é extremamente frágil, gerando ampla margem de discricionariedade à autoridade policial responsável pela abordagem; 2) a grande maioria dos casos que envolvem porte de entorpecentes deriva de prisão em flagrante; não há um trabalho de investigação por parte da polícia para combater os esquemas de tráfico de drogas; 3) há um perfil bem nítido de pessoas selecionadas nesses casos: jovens, pobres, negros e pardos e, em regra, primários; 4) a maior parte das pessoas detidas por envolvimento com entorpecentes estava sozinha na hora do flagrante; 5) são ínfimos os casos em que a pessoa presa por envolvimento com entorpecentes portava arma; 6) na maior parte dos casos, a pessoa acusada portava pequena quantidade de entorpecentes; 7) em regra, a única testemunha do caso é o policial (ou policiais) que efetivou a prisão, cuja palavra é supervalorizada pelo Judiciário por possuir fé pública; 8) desde a promulgação da Lei 11.343/2006, o comércio e o consumo de entorpecentes e o número de pessoas presas por tráfico seguem cada vez mais ascendentes. (apud, CAMPOS; VALENTE, 2012, p.2).

Outro ponto importante é que a distinção entre usuários e traficantes é completamente fluida na lei, dependendo do discernimento do juiz com base em critérios como: a quantidade da substância apreendida, o local e as condições onde se desenvolveu a ação, as condições sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. Malaguti pontua a

diferença de tratamento recebido pelos jovens da elite e da classe pobre ao afirmar “aos jovens de classe média, que a consomem [cocaína], aplica -se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal”. (MALAGUTI, 2003, p.74)

Deveria existir na lei as quantidades a serem usadas como parâmetro para que se caracterize o tráfico, na falta de qualquer medida objetiva, o que prevalece é o critério subjetivo dos policiais, quase sempre referendados pelos juízes. A sociedade brasileira é classista e racista, os dados mostram evidentemente que brancos em regiões nobres da cidade são considerados usuários, mesmo se estiverem com quantidades de drogas maiores que de negros⁶, que tendem a ser considerados traficantes. “O critério se estabeleceu na prática, e é simples: branco é usuário, negro é traficante”. (ABRAMOVAY, 2017, p.46)

Além do atraso contemporâneo, visto que a tendência mundial é da legalização das drogas, principalmente a maconha e algumas outras substâncias entorpecentes, a repressão amparada na legislação atual não encontra respaldo positivo nos fatos. Ela enxerga o usuário como criminoso, fazendo com que este sofra todas as consequências negativas carregadas pela política proibicionista, ainda fomenta um mecanismo estigmatizante, e ademais, serve como motor para toda uma política estatal de confronto, a guerra às drogas. (KARAM, 2013)

Nesse sentido, Karam afirma:

A guerra às drogas” não é e nunca foi propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Dirige-se sim, como quaisquer outras guerras, contra pessoas: os produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos nessa guerra são os mais vulneráveis dentre os produtores, comerciantes e consumidores das drogas proibidas; os “inimigos” nessa guerra, são seus produtores, comerciantes e consumidores pobres, não brancos, marginalizados, desprovidos de poder. (KARAM, 2016, p.23)

Desde 2015 tramita no STF o julgamento sobre a descriminalização do porte de drogas, o *Recurso Extraordinário 635659*, propõe a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, o que representaria um grande avanço, visto que, o Brasil é um dos poucos países da América Latina que criminalizam o usuário.⁷

⁶ Ver: Negros são os mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo:

<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>

⁷[https://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml#:~:text=Equador%20\(2013\)%20e%20Paraguai%20,\(a%20de%20coca%C3%ADna%20%20gramas.](https://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml#:~:text=Equador%20(2013)%20e%20Paraguai%20,(a%20de%20coca%C3%ADna%20%20gramas.)

O julgamento foi interrompido em setembro de 2019, em decorrência do falecimento do Ministro Teori Zavascki, por sucessão o ministro Alexandre de Moraes assumiu e solicitou informações à Polícia de São Paulo e à Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) para dar seu voto. No entanto, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, a ação foi retirada do calendário de pauta e permaneceu assim por dois anos. Na ocasião, três dos onze ministros da Corte já haviam proferido seus votos: o ministro Gilmar Mendes (relator) votou pela descriminalização do porte de todas as drogas, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso votaram pela descriminalização apenas relacionado a maconha. Sob a presidência da ministra Rosa Weber em 2023, o recurso foi pautado novamente e está marcado para julgamento no dia 01/06.

O fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível. Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. Os empresários e empregados das empresas produtoras e distribuidoras das substâncias proibidas, quando são mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente desejosos de acumular capital ou necessitados de trabalho. Essa é uma lei da economia: onde houver demanda, sempre haverá oferta. As artificiais leis penais não conseguem revogar as naturais leis da economia. (KARAM, 2013, p.10)

Campos e Valente (2016), concluem lembrando do papel importante que o STF tem em promover mudanças históricas:

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, em face da desproporcionalidade que permeia o art. 28 da Lei 11.343, declare a sua inconstitucionalidade e cumpra o papel histórico de induzir mudanças substanciais nessa política de drogas que criminaliza a pobreza e deixa em último plano a promoção de políticas sociais de acesso aos mínimos equipamentos educacionais, sanitários e de serviço social, aptos a calcar política de drogas séria e humanitária. (CAMPOS, 2016, p.3)

3.5. A Natureza Hedionda do Tráfico Ilícito de Entorpecentes

Na Constituição de 1988, ficou estabelecido em seu artigo 5º, que "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos*".

Como se pode vislumbrar, a Constituição apenas considerou o tráfico como crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia, ela não o inclui como crime hediondo, dado a possibilidade de estabelecer a equiparação na legislação própria. Podemos inferir, que o constituinte optou pela não equiparação. (CARVALHO, 2016)

Passados quatro anos, com o retorno da democracia e a edição da Constituição Democrática de 1988, paradoxalmente percebe-se um movimento de política criminal de endurecimento das penas, com a inclusão no texto constitucional do conceito de crime hediondo, no mesmo capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5o., XLIII). Logo a seguir, em uma onda de criminalização crescente, diversas leis foram editadas, reduzindo garantias processuais e criando novos tipos penais, com redações altamente defeituosas. Dentre estas, chama a atenção a “Lei dos Crimes Hediondos”, nº. 8.072/90, que equiparou o delito de tráfico de entorpecentes a esse rol, restringiu garantias, aumentou penas e fez com que presos passassem mais tempo nas prisões brasileiras. (RODRIGUES, 2006, p.154-155)

Com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, nº. 8.072/90, o delito de tráfico passou a ser equiparado aos crimes hediondos, presente no art 2º da referida lei.

Leciona, Rodrigues:

Que sob a marca do endurecimento das penas, a Lei dos Crimes Hediondos de 1990 (Lei n. 8.072/90) equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes considerados mais graves. A consequência foi a obrigatoriedade da prisão cautelar, a proibição da fiança, da liberdade provisória, da graça, anistia e indulto, além de ter sido vetado o recurso do acusado em liberdade. Impediu-se também a possibilidade de progressão de regime prisional, incluída no texto da lei, mesmo após ter sido excluída do anteprojeto, o que fez com que a lei ordinária fosse mais longe do que previu a Constituição de 1988. (RODRIGUES, 2006, p.157)

O artigo 1º, da referida lei, aponta quais são os crimes considerados hediondos, como por exemplo o homicídio. No rol não está o tráfico de drogas, mas ele aparece, porém, expresso no caput do artigo 2º (Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de...), e o §2º o equipara, pelos efeitos:

A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (BUCH, 2022)

Importante ter em mente, que o artigo 1º da lei trata-se de rol taxativo, o crime de tráfico não está expressamente previsto neste artigo, em 2019 houve uma alteração na Lei de Crimes Hediondos trazida pela aprovação do projeto de Lei 882/ 2019, popularmente

conhecido como Pacote Anti Crime, iniciativa do então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. O pacote tinha por objetivo a alteração de 14 leis em vigência.

A Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), trouxe alterações a respeito do crime de tráfico que são importante destacar: 1) a lei retirou a hediondez do crime de tráfico privilegiado, “*não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*”. (BRASIL, 2019); 2) procedeu à revogação do artigo 2º da lei de crimes hediondos, justamente o artigo em que se tem a previsão expressa do crime de tráfico como equiparado a hediondo; 3) unificou os critérios de progressão de regime para as penas privativas de liberdade, mantendo patamares superiores de pena aos crimes hediondos e equiparados. Hoje, o delito de tráfico de drogas não está no rol de crimes hediondos e também não conta com progressão diferenciada de regime.

A recente alteração trazida pela Lei 13.964/2019, enseja o entendimento de que a hediondez equiparada do crime de tráfico de drogas não possui mais previsão legal, ante a ausência de previsão legal expressa acerca do seu conteúdo, bem como a impossibilidade de criação dessa figura mais gravosa por outro meio, como interpretação extensiva ou analogia (princípio/regra da reserva legal penal). (SILVEIRA; TAKAYASSU, 2021)

A quantidade assustadora de hipóteses previstas como delito no art. 33 da Lei de Drogas demonstra a necessidade de se restringir a incidência da valoração como crime hediondo, pois nem todas as ações descritas nos referidos artigos podem ser subsumidas à categoria tráfico de entorpecentes. A chave interpretativa que melhor possibilita a constrição do horizonte de punitividade é aquela que qualifica como tráfico apenas os comportamentos cuja natureza identifica ato comercial, basicamente os de importação, exportação, venda e exposição à venda de substâncias entorpecentes. Todos os demais, inclusive aqueles relacionados à produção, não se compatibilizam com a noção constitucional de tráfico de drogas, estando blindados pelo princípio da legalidade dos efeitos da Lei 8.072/90. (CARVALHO, 2016, p. 345-346.)

Como consequência, a Lei 13.964/2019, representa, nesse caso, uma lei penal mais benéfica, de acordo com o entendimento aqui estabelecido, ela permite a progressão de pena como delitos comuns aos condenados por tráfico de drogas, devendo retroagir para alcançar situação passadas, de acordo com o princípio da retroatividade da lei penal benéfica. (BUCH, 2022)

Como afirma Nucci:

Abre-se exceção à vedação à irretroatividade quando se trata de lei penal benéfica. Esta pode voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória com trânsito em julgado (art. 5.º, XL, CF; art. 2.º, parágrafo único, CP). (NUCCI, 2014, p.63)

Rodrigues (2006) prevê que o número de condenados por tráfico deve ultrapassar os delitos contra a propriedade privada daqui há alguns anos:

A opção por um controle penal só reforça as dificuldades nacionais, pois no Brasil a polícia é violenta e corrupta, e o serviço de saúde pública não consegue dar um atendimento médico decente, nem para as doenças mais comuns, que dirá para oferecer tratamentos de desintoxicação. Além disso, impõem-se penas de prisão sem que as instituições penitenciárias tenham condições de absorver o grande número de presos por crimes envolvendo entorpecentes, notadamente depois da equiparação do tráfico a crime hediondo, que agravou ainda mais as péssimas condições a que está submetida a população penitenciária brasileira. O grande aumento no número de presos por tráfico na última década indica que a percentagem de condenados por tráfico deve brevemente ultrapassar a quantidade de apenados por delitos contra a propriedade, tradicionalmente o maior número de habitantes dos cárceres brasileiros. (RODRIGUES, 2006, p.134-135)

4 BRASIL: 3º MAIOR POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO MUNDO

4.1 Encarceramento em Massa da População Negra

Este capítulo busca estabelecer a relação entre o número elevado de pessoas presas e como a raça é um elemento determinante nessa questão. Por que a maioria das pessoas presas são negras e pardas? Como o judiciário contribui para isso?

O Brasil ocupa hoje o lugar inquietante da 3º maior população carcerária do mundo, conforme demonstrado nos capítulos anteriores há uma relação direta entre a seletividade penal e a atual lei de drogas, que encarcera majoritariamente pessoas pretas e pardas por tráfico ilícito de entorpecentes.

A Constituição de 1988 trouxe uma série de alterações na estrutura do direito penal e no processo penal, de um lado ampliou a tutela e garantia de direitos fundamentais, mas pelo outro abriu margem para o crescimento do punitivismo que caracterizou o sistema de justiça criminal nos últimos 20 anos. (RODRIGUES, 2006).

A promulgação da nova Lei de Drogas trouxe ao sistema de justiça criminal consequências opostas do esperado: ao excluir a pena de prisão para o uso de drogas e estabelecer o SISNAD, os formuladores da Lei argumentavam que o Brasil deslocaria o usuário do sistema de justiça criminal para o sistema de saúde (CAMPOS, 2015, p.103). Ao mesmo tempo, os legisladores endureceram a legislação, o que acarretou na intensificação das prisões por tráfico de drogas, isso ocorreu porque ao excluir a pena de prisão do usuário aumentou-se significativamente o tempo da pena mínima de prisão do traficante, indo de três anos para cinco anos. (CARVALHO, 2016).

O aumento do encarceramento não é uma realidade somente brasileira, diversos países ocidentais imersos no discurso populista penal tiveram um salto no número de pessoas presas, somados a uma política proibicionista de drogas, que diretamente contribui para o aumento. Por conseguinte, o Brasil tem uma população prisional que não para de crescer, segundo dados do *World Prison Brief*⁸ do ano de 2021, temos a terceira maior população carcerária do

⁸ The World Prison Brief (WPB) is a unique database that provides free access to information about prison systems throughout the world. Country information is updated on a monthly basis, using data largely derived from governmental or other official sources.

mundo (835.643 mil), somente atrás da China (1.690.000 mil) e dos Estados Unidos (1.767.200), tendo deixado a Rússia para trás em 2016. Comparativamente, o Brasil tem uma taxa de aprisionamento de 389 a cada 100.000 mil habitantes e os Estados Unidos, país que mais prende, de 531 a cada 100.000 mil habitantes. Isso mostra que o Brasil prende muito, mas de forma seletiva.

A análise da composição da população carcerária brasileira em relação ao delito imputado permite sustentar a hipótese de que o punitivismo nacional tem como referência o delito de tráfico de entorpecentes. Conforme apresentado desde o início da investigação, a hipótese que orienta o trabalho é a de que a política de repressão ao tráfico de entorpecentes representa o carro-chefe da política criminal brasileira, ultrapassando os limites estritos da incidência no plano prisional para conformar regras e metarregras de compreensão do funcionamento das agências de punitividade (v.g. Polícia, Ministério Público, Judiciário e Administração Carcerária). Como foi possível sustentar, as principais alterações legislativas são, em grande parte, definidas desde o posicionamento político-criminal proibicionista. (CARVALHO, 2016, p. 231).

Segundo Borges (2018), a nova Lei de Drogas “*serve como um dos principais argumentos no qual se baseia e legitima o superencarceramento.*” (BORGES, 2018, p.18).

Em 1990, a população prisional no Brasil tinha pouco mais de 90 mil pessoas. Na análise histórica, chegando aos mais de 726 mil, hoje, temos um aumento em 707% de pessoas encarceradas. O crescimento abrupto acontece, exatamente, após 2006 e a aprovação da Lei de Drogas. De 1990 a 2005, o crescimento da população prisional era de cerca de 270 mil em 15 anos. De 2006 até 2016, pela fonte de dados que tenho utilizado, ou seja, 8 anos, o aumento foi de 300 mil pessoas. (BORGES, 2018, p.18)

O aumento da pena mínima para o crime de tráfico, concretamente, significou que a maioria dos condenados neste artigo cumpram suas penas em regimes inicialmente fechados, já que as penas da lei de drogas são altas.

A partir de meados da década de 90, quando o Brasil adere formalmente à política de encarceramento em massa, mais da metade das penas de prisão foi fixada judicialmente acima do limite dos 8 anos. Apesar das políticas legislativas de aumento da quantidade das penas em abstrato, nota-se, em paralelo, como reforço político criminal, o aumento médio das penas em concreto, situação que implica diretamente o Judiciário. (CARVALHO, 2016, p.24)

O levantamento feito pelo autor Marcelo da Silveira Campos, do período compreendido em dezesseis anos, onde acontece a triplicação da taxa de encarceramento faz jus à relevância. Esses dados demonstram como o crescimento da população carcerária se deu de forma veloz.

Retomando os dados nacionais sobre encarceramento, a taxa de encarceramento (presos por cem mil habitantes) no Brasil aproximadamente triplicou em 16 anos. Isto é, 1 em cada 262 adultos está na cadeia. Em 1995, essa proporção era de 1 para 627. São Paulo possui um quinto da população brasileira e um terço dos presos, 1 em 171 indivíduos adultos está na cadeia. A taxa de encarceramento é de 393,3 por 100 mil habitantes, de acordo com o último Relatório Anual do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. O Estado de São Paulo atingiu a taxa de 630,8 por 100 mil habitantes maiores de 18 anos sendo o quarto estado que mais encarcera no Brasil, estando atrás do Acre com taxa de 796,2 por 100 mil habitantes; Mato Grosso do Sul com taxa de 677,9 e Rondônia com taxa de 642,7 por 100 mil habitantes (CAMPOS, 2015, p.105).

Registre-se que há uma divergência entre os números divulgados pelas instituições, o que demonstra uma necessidade de aprimoramento de dados do sistema prisional no país. Para elucidar, em consulta realizada aos dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consta o número de 771.289 pessoas privadas de liberdade.

Nessa pesquisa são usados como base os dados mais recentes extraídos da plataforma oficial do Ministério da Justiça. Os Dados Estatísticos do Sistema Prisional (SISDEPEN)⁹ é a plataforma de dados e estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Os números apresentados foram levantados com base no último ciclo de coleta do SISDEPEN (13º ciclo) que abrange o período de julho a dezembro de 2022.

Atualmente, a população carcerária do Brasil é composta por 832.295 mil pessoas em números absolutos. Nas celas físicas temos 648.92 mil e no regime de prisão domiciliar 183.603 mil pessoas. Em tratamento ambulatorial 674 e cumprindo medida de segurança 1.824. Não fazem parte do cômputo de dados os presos sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

A taxa de aprisionamento nacional no ano de 2022 ficou em 304,10. A maior parte da população prisional está em regime fechado - 328.244 mil (51,08%), seguido dos presos provisórios - 180.346 mil (28,06%), em regime semiaberto - 124.718 mil (19,41%) e a menor parte encontra-se no regime aberto - 6.832 mil (1,06%).

De acordo com o Código Penal, em seu artigo 33, temos duas espécies de penas privativas de liberdade: reclusão e detenção. A pena de reclusão pode ser cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto e aberto, já a de detenção poderá ser em regime

⁹ O SISDEPEN é a ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, ele concentra informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária.

semiaberto ou aberto. A prisão simples é prevista na lei de contravenções penais e não é objeto de análise. É oportuno fazer uma breve diferenciação entre os tipos de regime de penas privativas de liberdade, para se visualizar o caráter de progressão das penas.

O regime fechado está previsto no artigo 34 do Código Penal, sendo o regime mais rigoroso que temos no nosso ordenamento jurídico. É destinado aos crimes de reclusão com pena superior a oito anos, também para aqueles apenados que são reincidentes. No regime fechado, o condenado é obrigado a permanecer todo o tempo dentro da unidade prisional, saindo da cela somente para os banhos de sol.

O regime semiaberto é considerado o regime intermediário, previsto no artigo 35 do referido código, contempla as penas maiores de quatro anos e igual ou inferior a oito anos, somados ao fato do condenado não ser reincidente. Também é destinado aos sentenciados a penas de detenção, independentemente de sua duração. Nesse regime, os apenados têm direito a usufruir de benefícios como visita periódica ao lar, fazer cursos e/ou trabalhar dentro ou fora da prisão, desde que devidamente autorizados pelo juiz da Execução.

O Regime aberto é o mais brando das penas privativas e a última etapa da progressão de regime, ele abrange os que foram condenados com pena de até quatro anos, desde que não tenham reincidência em qualquer crime. Neste regime, o apenado cumpre sua pena fora da unidade prisional, devendo se recolher no período noturno em sua casa ou nos estabelecimentos chamados Casa de Albergado.

Dito isto, se pode pensar que as prisões brasileiras são mais brandas, porque teoricamente, os presos têm direitos a benefícios e podem cumprir o fim da pena em liberdade, no entanto, existe uma série de fatores a seguir demonstrados, que fazem as prisões serem inconstitucionais.

O déficit de vagas nas unidades prisionais merece atenção, em 2022, de acordo com os dados apurados no levantamento do SISDEPEN, havia um déficit de -171.636 vagas num total disponível de 477.056. Esses números representam um contingente enorme de pessoas que têm suas vidas violadas pelo sistema penal, eles passam seus dias confinados em celas superlotadas com pouca ou nenhuma locomoção dentro das unidades prisionais, e pior, a maioria se encontra no regime mais gravoso, o fechado.

A falta de políticas públicas que visam combater a superlotação das prisões e o encarceramento juntamente com a lei de crimes hediondos acaba impedindo um maior

esvaziamento das prisões, além disso o cometimento de faltas disciplinares dentro do presídio tem como consequência a regressão de regime (*Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;*)

Existe todo um sistema pensado para que os apenados passem muito tempo na prisão, o que prejudica diretamente a ressocialização, já que estão afastados de suas famílias e renegados pela sociedade.

Nesse sentido, Roig afirma que a superlotação das celas é estrutural e sistêmica:

Pautando-se por estes dois conceitos e verificando-se as notórias condições de encarceramento no Brasil, não há alternativa senão a de reconhecer que o quadro de superlotação em nosso país também possui natureza estrutural e sistêmica. Estrutural porque a superlotação se tornou, ao menos nas últimas décadas, a tônica de nosso sistema, evidenciando seu mau funcionamento crônico. Ao mesmo tempo, os poderes regularmente constituídos não oferecem medidas eficazes para o refreamento da superlotação, garantido a melhoria das condições materiais de encarceramento. Sistêmica porque a superlotação no Brasil jamais foi pontual ou local, mas sim espalhada por todos os Estados da Federação. (ROIG, 2017, p. 582)

A condição das prisões brasileiras é tão degradante, que no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu por meio da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 347, o “Estado de Coisas Institucional” das prisões, o ECI foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, é configurado quando verificados reiteradas violações a direitos constitucionais de parte da população causadas pela demora excessiva ou falhas estruturais de execução dos governantes responsáveis por conduzir políticas públicas. O Poder Judiciário adota uma postura de ativismo judicial em prol de adotar medidas de proteção para a população afetada.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (Supremo Tribunal Federal - ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

A ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pedindo o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e, também, adoção de providências para sanar violações a princípios fundamentais previstos na Constituição Federal. Dos oito requerimentos feitos pelo partido, o Supremo concedeu parcialmente dois pedidos em medida cautelar, sendo eles: a audiência de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão e a liberação de verbas do FUNPEN (Fundo Penitenciário). O julgamento do mérito do processo, de atual relatoria do ministro André Mendonça, encontra-se aguardando inclusão de pauta para julgamento.

O reconhecimento por parte do STF, que no sistema penitenciário brasileiro ocorre uma série de violações aos direitos fundamentais dos presos e que as penas de prisão acabam sendo cruéis e desumanas, abre um precedente valioso.

Convém destacar que segundo os dados mais recentes do SISDEPEN houve uma queda de -4,54% no número da população carcerária, nesse cálculo estão excluídos o contingente de presos que estão em prisão domiciliar a partir de 2020, ano da pandemia de Coronavírus. O ano de 2020 representa a maior queda (-10,93%) na população carcerária desde a série histórica iniciada em 2000, a queda de -10,93% pode ser explicada em decorrência das medidas preventivas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça a fim de minimizar o impacto do vírus nas prisões brasileiras como a recomendação da reavaliação das prisões provisórias e também pela implantação das medidas governamentais de distanciamento social para conter a disseminação do vírus da Covid-19.

Levando em consideração as informações divulgadas pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública¹⁰ de 2022, houve uma leve queda na população carcerária entre 2019 e 2020, mas em 2021 ocorreu um crescimento de 7,3% na taxa prisional.

Após leve queda da população carcerária entre 2019 e 2020, o Brasil apresentou, em 2021, aumento de 7,3% na taxa da população prisional. A variação foi de 358,7 presos por 100 mil habitantes em 2020 para 384,7 em 2021, o que significa mais de 820 mil pessoas sob custódia estatal no último ano, dos quais, 141.002 são presos em prisão domiciliar. Em 2020, eram 753.966 pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário, número que chegou, em 2021, a 815.165. Em relação à quantidade de pessoas sob custódias das polícias, houve um leve recuo, passando de

¹⁰ O Anuário Brasileiro de Segurança Pública se baseia em informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais da Segurança Pública. A publicação é uma ferramenta importante para a promoção da transparência e da prestação de contas na área, contribuindo para a melhoria da qualidade dos dados. Além disso, produz conhecimento, incentiva a avaliação de políticas públicas e promove o debate de novos temas na agenda do setor. Trata-se do mais amplo retrato da segurança pública brasileira.

5.552 pessoas em 2020 para 5.524 em 2021. Nas edições anteriores do Anuário, já se apontava a queda contínua na custódia de presos em delegacias, sendo um fator positivo de melhoria no sistema que merece destaque, ainda que a variação entre 2020 e 2021 tenha sido menor do que a verificada no período anterior (2019-2020). (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022, p.5)

A disseminação da prisão provisória é um fator importante que impacta diretamente nos índices de encarceramento, esse fenômeno vem ocorrendo ao longo dos últimos anos e em 2015 chegou ao elevado patamar de 40,13%, ou seja, 249.668 provisórios de uma população prisional de 622.200.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos admitem a possibilidade da prisão provisória, mas condenam o uso excessivo desse poder, para tanto, disciplinam o seu uso sob quatro grupos de exigências: a) requisitos materiais que autorizem a prisão; b) controle judicial da prisão; c) condições materiais do cumprimento da privação de liberdade e d) limitação temporal do cumprimento da medida privativa (BARRETO, 2006).

No momento em que desaparecem os empecilhos ao andamento processual (possibilidade de fuga do réu, obstrução na coleta de provas, ameaça a testemunhas, entre outros casos), o indiciado não pode permanecer preso. A lógica processual, portanto, colide com a lógica do funcionamento burocrático das instituições do Poder Judiciário e da Polícia Civil e da Polícia Militar quando, nesta última, também se questiona como ocorrem as apreensões em flagrante no Brasil. Nos termos que se seguem. (IPEA, 2015, p.34)

A situação dos presos provisórios constitui um cenário alarmante, apesar da queda de -1,73 no ano passado, são cerca de 180.346 pessoas presas sem julgamento, ademais, o tempo médio de duração de um processo de conhecimento até o início da execução penal ou até a remessa do processo em fase de recurso para 2ª instância, é de 2 anos e 11 na Justiça Estadual, segundo relatório “Justiça em Números” de 2022.

Ferrajoli defende que a prisão provisória viola o princípio da presunção de inocência:

[...] a mesma admissão em princípio da prisão ante iudicium, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. (FERRAJOLI, 2002, p. 446)

Barreto leciona que a legitimidade da prisão provisória está amparada aos princípios da segurança pública e a expressa remissão à prisão em flagrante:

“A legitimidade do uso da prisão provisória chegou a ser questionada no ordenamento interno após a adoção constitucional do princípio da presunção de inocência. Entretanto, prevaleceu o entendimento contrário, em face da presença de outros princípios constitucionais que prevêem a possibilidade do uso da prisão provisória, como o da segurança pública e a expressa remissão à prisão em flagrante.” (BARRETO, 2016, p.30)

De todo modo, manter alguém preso antes que seja submetido a um julgamento justo e tenha sido efetivamente condenado a uma pena de prisão é gravíssimo, só deveria ser feito em casos excepcionais, mas no Brasil, a prisão provisória mostra-se a regra. Existem outros métodos menos agressivos do que a prisão, previstos pela Lei das Cautelares (Lei 12.403), por exemplo: o uso de tornozeleira eletrônica e comparecimento periódico ao juízo, essas medidas alternativas deveriam ser usadas em larga escala em situações onde há risco de frustração ao processo legal.

O estudo divulgado em 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto com o Departamento de Política Penitenciária do Ministério da Justiça (Depen) apontou que cerca de 37,2% dos presos provisórios são absolvidos ou condenados a medidas alternativas ao final do processo. A pesquisa chamou de “*sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país*” (IPEA, 2014, p.2)

Em resumo, a prisão provisória é a regra e não a exceção no sistema de justiça brasileiro. Mais da metade dos processos com denúncia aceita transcorre com presos provisórios (54,6%), sendo que a grande maioria dessas prisões (86,9%) aconteceu na fase policial com o flagrante. (IPEA, 2014, p.36)

A situação dos presos provisórios na prisão se assemelha aos encarcerados em regime fechado, já que os presos provisórios também não contam com nenhuma benesse, guardada as devidas proporções, é correto dizer que a realidade do preso provisório no Brasil é ainda pior, pois, diferente dos presos em cumprimento de pena, eles não tem condenação e podem ser absolvidos a posteriori. Esse pensamento deveria nortear a cabeça dos julgadores.

(...) no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou tiveram que cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se ainda os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados a

pena privativa de liberdade. Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país. (IPEA, 2014, p. 35)

O judiciário não pode ser uma instância impassível, repleto de autoridades na letra (fria) da lei e insensíveis à realidade material da vida das pessoas. As cadeias brasileiras têm condições desumanas e degradantes, não obstante, por consequência do déficit de vagas das unidades, os presos provisórios são forçados à convivência com outros acusados e condenados por crimes mais graves e se encontram desprotegidos em frente à coação dos integrantes do crime organizado, que domina boa parte das prisões. Como é possível entrar e não sair pior após um período na prisão?

Com a análise dos dados a partir da promulgação da nova Lei de Drogas, podemos concluir: 1) uma das principais implicações do dispositivo legal foi o crescimento absoluto e percentual da população carcerária brasileira¹¹, já que, em termos percentuais o tráfico de drogas é responsável hoje por 27,75% de toda população carcerária – 182.958 mil presos por esse crime - sendo que em 2005, antes da lei entrar em vigor, este percentual era de 13% - 32.880 mil presos por drogas de um total de 254.601 mil presos; 2) os homens representam a maioria esmagadora dos encarcerados (95,71%), mas a população feminina (4,29%) vem aumentando ao longo dos anos, 3) ocorre uma intensificação do número de mulheres presas por tráfico de drogas, que em “2005 correspondia a 36% - 4.228 mulheres estavam presas por comércio de drogas de um total de 11.601 e em 2022 este percentual é de 50% - 16.489 mulheres presas por drogas de um total de 32.657”. (CAMPOS, 2015, p.111)

No ano de 2022, a população feminina presa totaliza 27.547 mil, sendo 8.873 de presas provisórias, com uma taxa de aprisionamento em 27,55 a cada 100.000 habitantes. Como se trata de mulheres há outras informações relevantes como: os números de 120

¹¹ Os dados nacionais apontam o aumento desde 2005 do número absoluto e percentual dos presos e presas por comércio de drogas. Pode-se dizer que por meio da análise dos dados nacionais sobre a população carcerária no Brasil é possível afirmar que: i) uma das principais implicações do novo dispositivo legal foi o crescimento absoluto e percentual da população carcerária brasileira, já que, em termos percentuais o comércio de drogas é responsável hoje por 27% de toda população carcerária – 146.276 mil presos por drogas de um total de 537.790 mil presos - sendo que em 2005, antes da lei entrar em vigor, este percentual era de 13% - 32.880 mil presos por drogas de um total de 254.601 mil presos; ii) uma segunda consideração importante é a constatação da intensificação do número de mulheres presas por comércio de drogas, que em 2005 correspondia a 36% - 4.228 mulheres estavam presas por comércio de drogas de um total de 11.601 e em 2013 este percentual é de 50% - 16.489 mulheres presas por drogas de um total de 32.657.(CAMPOS, 2016, p.111)

crianças pequenas nos estabelecimentos prisionais, 190 são gestantes/parturientes e 81 mulheres estão lactantes. As mulheres não têm direito à liberdade mesmo em situações delicadas e especiais como a maternidade mostra que o sistema criminal pode ser especialmente cruel. Segundo os dados do ano de 2021 da pesquisa *World Female Imprisonment List*, levantamento sobre as mulheres presas ao redor do mundo, desde 2000 houve um aumento de 4x no número de mulheres presas no Brasil, enquanto a população carcerária feminina global cresceu 60%.

Além disso, é fundamental realizar um recorte de gênero quando se analisa a política de guerra às drogas. Isto porque mulheres e negros representam os grupos mais vulneráveis à seletividade criminalizante da repressão às drogas. Não por outra razão a população de mulheres, em grande parte negras, presas por envolvimento com drogas foi a que proporcionalmente mais aumentou na última década.²⁰ Se o Brasil é o segundo país no mundo que, na última década, mais encarcerou, sendo superado apenas pelo Camboja ²¹, proporcionalmente temos aprisionado mais mulheres que homens, sendo a imputação do art. 33 da Lei de Drogas a mais representativa. (CARVALHO, 2016, p.14)

O senso comum disseminado na sociedade por políticos populistas e apresentadores de jornal sensacionalista é que as prisões são lotadas de assassinos, estupradores, pessoas desumanas que cometeram crimes violentos e cruéis, mas esse cenário é desmentido pelos números. A maior parte das pessoas presas responde por crimes contra o Patrimônio (39,86%), seguido das condenações pela Lei das Drogas (27,75%). Se tratando da Lei de Crimes Hediondos, é o tráfico de drogas o responsável pela maior incidência de crimes hediondos e equiparados com 51,84% e em seguida, temos o homicídio qualificado com 16,09%, uma cifra bem menor.

Embora, em termos absolutos, o contingente de encarceramento brasileiro possua a imagem masculina do crime patrimonial (furto, roubo e latrocínio), o comércio ilícito de entorpecentes, nesse universo, aparece em segundo lugar, superando os 25% da população carcerária. Se for analisada a população carcerária feminina, cujo crescimento nas últimas décadas é significativo em todo Ocidente, tem-se como resultado principal a imputação do comércio ilegal de drogas, que supera 40% das encarceradas.

Segundo Kalili, com a legislação de 2006, quadruplicou o número de encarcerados por tráfico. Um ano antes da lei, havia 32,8 mil condenados pelo crime; cinco anos depois, já eram 125,7 mil (DEPEN). “A porcentagem de detidos por drogas em relação à população carcerária total aumentou de 13,4%, em 2005, para 24%, em 2012. Agora, tráfico e roubo qualificado (18%) são as principais causas de prisão”. (KALILI, 2014, p.13)

Carvalho reitera que o aumento do encarceramento é causado pelas guerras às drogas:

0As expressivas diferenças nas taxas de encarceramento entre os países centrais e os países periféricos, bem como entre as espécies de delitos criminalizados, são devidas, conforme enuncia Jock Young, não apenas pelas diferenças na administração da justiça criminal, mas pela ação da “extraordinária intensidade da ‘guerra às drogas’ em curso nos Estados Unidos e nos países que aderiram ao modelo proibicionista repressivo. (CARVALHO, 2016, p.236)

4.2 Raça: o encarceramento do povo preto

Primeiro, não é possível alcançar os efeitos do racismo na sociedade e dentro das instâncias judiciais, sem antes, voltar brevemente ao período sombrio da Escravidão.

A escravidão tornou-se ilegal no Brasil em 13 de maio de 1888, com a assinatura da Lei n.º 3.353, conhecida como Lei Aurea ou Lei da Abolição. Antes da abolição definitiva da escravatura, o país passou por um processo lento e gradual de criação de leis antiescravagistas, sendo elas: Lei Eusébio de Queirós (1850), que proibia o tráfico de escravizados; Lei do Ventre Livre (1871), que determinava que filhos das mulheres escravizadas nascidos após 1871 seriam considerados livres e Lei dos Sexagenários (1885), que concedia a alforria aos escravizados com mais de 60 anos. (FLAUZINA, 2006). Vergonhosamente, o Brasil foi o último país das Américas a abolir a escravidão.

Nosso país foi construído tendo na instituição da escravização de populações sequestradas do continente africano um dos seus pilares mais importantes. Ou seja, o processo de colonização no Brasil baseou-se na exploração de mão de obra escravizada e focando-se na superexploração e extração de recursos naturais, principalmente em seu primeiro ciclo. O eixo de sustentação da economia brasileira advinda do processo de escravização. Neste sentido, a primeira mercadoria do colonialismo, e seu posterior desenvolvimento capitalista no país, foi o corpo negro escravizado. Este foi um processo que não se fixou apenas na esfera física da opressão, mas estruturou funcionamento e organização social e política do país. Sendo assim, as dinâmicas das relações sociais são totalmente atravessadas por esta hierarquização racial. Não se consegue, portanto, discutir os efeitos do racismo e sua articulação com o sistema de justiça criminal sem retomarmos, mesmo que brevemente, historicamente este processo. (BORGES, 2018, p.37)

Existem poucos dados a respeito do número total de africanos escravizados trazidos a força ao país pelos portugueses, isto não se dá só por causa da ausência de estatísticas oficiais, mas, principalmente, em resultância da Circular n. 29, de 13 de maio de 1891, assinada pelo ministro das Finanças, Rui Barbosa, que ordenou a destruição de todos os documentos históricos e arquivos relacionados com o comércio de escravos e a escravidão em geral. (NASCIMENTO, 2016)

Nascimento (2016), considera que a abolição consistiu num assassinato em massa, ou na multiplicação do crime, ocorrido em menor escala, dos “africanos livres”, os escravizados velhos, doentes ou com deficiência física, que não conseguiam continuar mantendo a capacidade produtiva eram jogados na rua, sem nenhuma assistência pelo governo, sendo chamados de “africanos livres”.

Atirando os africanos e seus descendentes para fora da sociedade, a abolição exonerou de responsabilidades os senhores, o Estado, e a igreja. Tudo cessou, extinguiu-se todo o humanismo, qualquer gesto de solidariedade ou de justiça social: o africano e seus descendentes que sobrevivessem como pudessem. “Africanos livres” se tornavam também aqueles escravos utilizados como soldados para fazer as guerras de destruição dos dirigentes brancos. Obtinham soldados prometendo a liberdade para os escravos que se alistassem no serviço militar. Para se tornarem, mesmo que precariamente, livres, muitos se inscreveram: buscaram a liberdade de morrer nas guerras dos colonizadores escravocratas. A covardia de tal processo de conscrição se demonstrava revoltante através do comportamento dos filhos do senhor branco: quando convocados para servir o exército, enviavam em seu lugar o escravo, preferindo arriscar a vida negra antes que a sua própria vida branca. (NASCIMENTO, 2016, p. 73-74)

O período da escravidão possui uma estreita relação com o Direito, teóricos conhecidos como jusnaturalistas justificaram a escravidão como uma ordem natural que concebia a subjugação de certos povos e a superioridade de outros. No Brasil, juristas usavam o argumento de se manter o respeito ao direito natural da propriedade para se opor à abolição, e para completar, pelas nossas leis as pessoas escravizadas eram consideradas propriedade privada, mais especificamente, bens semoventes, ou seja, coisas que se movem com tração própria, semelhantes a animais. (ALMEIDA, 2019, p.82)

Segundo Malaguti (2003, p. 37) o medo branco causado pelo fim da escravidão e da monarquia implicou numa república excludente, intolerante e truculenta com um projeto político autoriário. Em vista disso, Flauzina aponta que na época foi difundida a imagem que centenas de recém libertos vagariam pelas estradas a furtar e roubar coisas, e na cidade haveriam grupos de capoeiras e todo um contingente de pessoas pobres e desocupadas que não eram admitidos no comércio e trabalho fabril. Como resposta o sistema penal só poderia acometer esses corpos com a velha metodologia da violência, mesmo que essa agora seja exercida silenciosamente, no interior das instituições. (FLAUZINA, 2006)

No campo, o coronelismo ditava o tom de relações autoritárias que se explicitavam pelo recrutamento da mão-de-obra imigrante, numa busca obsessiva pelo embranquecimento, e pela exploração do trabalho dos libertos, submetidos às condições mais precárias. Nas cidades, a perseguição aos vadios era eleita, mais do que nunca, como a grande pauta do controle, almejando, além da catequese das massas populares na rotina do trabalho, a configuração de uma nova espacialidade urbana. (...) Desde essa perspectiva, o medo branco de perder as rédeas do controle

sobre a população negra, naturalmente aguçado no período pós-abolição, passa a ser a plataforma principal das investidas de cunho repressivo. Como resposta as imagens de “... no campo, ‘hordas’ de libertos que vagariam pelas estradas ‘a furtar e rapinar’, nas palavras de um parlamentar, e, na cidade, as maltas de capoeiras e todos aqueles pobres desocupados dos balcões comerciais ou não admitidos na disciplina fabril.”¹³² o sistema penal só poderia investir sobre os corpos com a velha metodologia da violência, mesmo que esta agora seja exercida cada vez mais em silêncio, no interior das instituições. (FLAUZINA, 2006, p.68)

A promulgação do primeiro Código Penal Brasileiro de 1890, se deu num clima de temor e instabilidade, ele não trouxe mudanças substantivas, constituindo mais uma atualização do Código do Império. A contenção dos sujeitos vistos como inimigos pelo poder hegemônico ficou a cargo de uma série de legislações que modificaram o referido código, tais legislações visavam criminalizar os pretos recém libertos. Em 1893, o Decreto nº 145 de 11 de junho, criminalizava a prática da capoeira e determinava a prisão de mendigos e vadios (pessoas que eram aptas fisicamente a trabalhar, mas não exerciam meios para seu próprio sustento). Ainda hoje o delito de vadiagem está presente no nosso código criminal, é o artigo 59 da lei de contravenções penais. O Decreto nº 3475 de 4 de novembro de 1899, negava o direito à fiança aos réus que não trabalhavam e nem tinham moradia. A Lei 4.242, de 5 de janeiro de 1921, fixou a inimputabilidade penal aos 14 anos e abriu o caminho para a promulgação do Código de Menores em 1927. (FLAUZINA, 2006)

As teorias deterministas do século XIX, tiveram em Nina Rodrigues, psiquiatra baiano, considerado um dos pioneiros nos estudos afro-brasileiros (NASCIMENTO, 2016), um dos seus principais expoentes. Usando como fundamento as ideias de Cesare Lombroso¹², Rodrigues iniciou uma série de “estudos científicos”, que buscavam comprovar que *os negros teriam proclividade, ou seja, predisposição para o crime, dada sua incapacidade étnica em seguir os parâmetros morais da civilização europeia*. (ALVES, 2015, p. 29-30). Sobre Nina Rodrigues:

(...) Os trabalhos que deixou tipificam a visão prevalecente naquela época a respeito da África e da raça negra: “Para a ciência, não é esta inferioridade mais do que um fenômeno de ordem perfeitamente natural.” O que explicaria, segundo o cientista, “esta verdade – que até hoje não se puderam os negros constituir em povos civilizados”.Consequentemente, ele prossegue, “A raça negra no Brasil[...] há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo”. (NASCIMENTO, 2016, p. 75-76),

¹² Cesare Lombroso foi um psiquiatra e criminologista italiano que defendia a ideia da predisposição biológica do indivíduo à conduta anti-social, ao qual ele chamou de criminoso nato.

No momento presente, 135 anos separam o fim institucional da escravidão no país e o ano corrente de 2023, a população negra ao decorrer do tempo teve algumas conquistas: como a tipificação do crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, do Código Penal), o primeiro dispositivo contra discriminação racial por parte de estabelecimentos comerciais e empresas, Lei Afonso Arinos (Lei 1.390/1951), com advento da Constituição, o racismo se tornou crime inafiançável e imprescritível (artigo 5º, XLII), a promulgação da Lei contra o Racismo (Lei 7.716/89), a lei de Cotas para ingresso nas universidades públicas que mudou a composição das universidades (Lei 2.711/2012) e mais recentemente a lei que tipifica a injúria racial como racismo (Lei 14.532/2023).

No entanto, esses avanços não foram/são suficientes para acabar com o racismo, já que ele está posto de forma estrutural na sociedade, e as leis que penalizam duramente as condutas racistas não são cumpridas. O que se via usualmente é que os crimes de racismo eram desclassificados para a tipificação de injúria racial (que antes previa fiança e possuía uma pena menor), ou nem chegavam a isso. Após 32 anos da vigência da lei do racismo são raros os casos na jurisprudência de condenação por este crime, o racismo institucional presente no Judiciário contribui para a impunidade. No Brasil, 84% da população acredita que o país é racista, mas só 4% se considera preconceituoso¹³.

Nascimento elucida que as leis contra o racismo existirem não altera efetivamente a realidade dos negros:

As feridas da discriminação racial se exibem ao mais superficial olhar sobre a realidade social do país. A ideologia oficial ostensivamente apoia a discriminação econômica – para citar um exemplo – por motivo de raça. Até 1950, a discriminação em empregos era uma prática corrente, sancionada pela lei consuetudinária. Em geral, os anúncios procurando empregados se publicavam com a explícita advertência: “não se aceitam pessoas de cor.” Mesmo após a lei Afonso Arinos, de 1951, proibindo categoricamente a discriminação racial, tudo continuou na mesma. Trata-se de uma lei que não é cumprida nem executada. Ela tem um valor puramente simbólico. Depois da lei, os anúncios se tornaram mais sofisticados que antes: requerem agora “pessoas de boa aparência”. Basta substituir “boa aparência” por “branco” para se obter a verdadeira significação do eufemismo. Com lei ou sem lei, a discriminação contra o negro permanece: difusa, mas ativa. (NASCIMENTO, 2016, p. 91)

De acordo com o último levantamento divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2021, 56% da população brasileira se autodeclaram pretas e pardas, enquanto que, ao olharmos para composição por raça das prisões, temos os brancos que representam (31,37%), pardos (50,51%) e pretos (16,71%), totalizando 67,22% da população

¹³<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-traffic-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>

prisional. De fato, pode-se afirmar que há uma sobrerrepresentação de pessoas negras encarceradas.

Assim, recuperando esta unidade entre negros e pardos, podemos perceber, a partir dos dados de criminalização e de prisionalização brasileiros, a seletividade pela qual opera o sistema penal contra a população não-branca. (CARVALHO, 2015, p.631)

As consequências da escravidão dos corpos negros perduram até hoje, depois da abolição, os negros foram preteridos para o mercado de trabalho e nos dias atuais, as pessoas negras ainda são a maioria desempenhando funções de trabalho braçal, também representam a maior parte da população com condições de vida precárias. Nascimento coloca que as políticas sociais de impacto universal, responsáveis pela melhoria no quadro geral, não funcionaram para diminuir as desigualdades entre negros e brancos. (NASCIMENTO, 2016, p.199)

Segundo os dados levantados pelo IBGE compreendidos entre 2019-2022, utilizando como referência a linha da pobreza proposta pelo Banco Mundial, a taxa de pobreza entre pretos (34,5%) e pardos (38,4%) é 2x maior que a de brancos (18,6%), no mercado de trabalho, os negros (soma de pretos e pardos) estão em maior número no mercado informal 61,3% (cerca de 24 milhões de pessoas), também são a população mais afetada pelo desemprego 64,9% (cerca de 6,1 milhões de desempregados) e ganham 40,2% a menos do que brancos por hora trabalhada. Nos índices de educação e escolaridade, a taxa de analfabetismo entre pessoas negras é de 9,1% contra 3,9% de pessoas brancas, a taxa de ingresso no ensino médio de brancos é de 53,2% contra 35,4% de negros, sobre o ingresso na graduação temos o percentual de 78,8% de brancos no ensino superior contra 55,6% dos pretos. Por mais que o cenário hoje seja de maior inclusão, a desigualdade entre negros e brancos é um problema persistente.

Malaguti, atesta que a crença em que as classes pobres – negros e favelados – são classes perigosas ou suspeitas têm contribuído historicamente para a falta de acesso ao direito a cidade e a legitimação de políticas criminais genocidas. As classes perigosas de nosso país estão agora se transmutando numa horda de excluídos sobre os quais deve incidir toda a engenharia de um controle penal cada vez mais sofisticado, seguindo com a sua finalidade aos projetos hegemônicos do país, o racismo de novo aparece como a instituição mais *“acessada na eleição dos indivíduos a comporem os bolsões de uma miséria encarada como instrumento para os fins de um extermínio assumido de maneira cada vez mais evidente pelo sistema penal.”* (FLAUZINA, 2006, p.85)

Nos índices de violência não é diferente, segundo o relatório Violência Armada e Racismo do Instituto Sou da Paz, a taxa de homicídio entre os negros no país é quase 4x maior que a de brancos, em 2020, a taxa de homicídios por 100.000 mil habitantes foi de 51 para negros em contraste a 14,6 de não brancos. Com as informações complementares do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, constata-se que os jovens negros são as maiores vítimas de mortes decorrentes de intervenção policial (podendo ser polícia militar ou civil) tem-se 84,1% de negros assassinados contra 15,8% de brancos assassinados pela polícia, enquanto a taxa de vítimas brancas caiu 30,9% a de negros cresceu em 5,9% em 2021. (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2021)

Para compreender a relação do racismo com o sistema de justiça criminal, temos que pensar o racismo como ideologia fundante da sociedade brasileira.

Podemos dizer que o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam. (ALMEIDA, 2018, p. 28).

O conceito de raça, por sua conformação histórica, é lido a partir de dois contextos que se complementam: 1) como característica biológica, em que a identidade racial será atribuída por algum traço físico, como a cor da pele, por exemplo; 2. como característica étnico-cultural, em que a identidade será associada à origem geográfica, à religião, à língua ou outros costumes, “a uma certa forma de existir”. Com o advento dos avanços científicos, ficou comprovado que não existem diferenças intrínsecas biológicas ou sociais que fundamentem o tratamento discriminatório entre as pessoas, o “fato é que a noção de raça ainda é um fator político importante, utilizado para naturalizar desigualdades e legitimar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários”. (ALMEIDA, 2018, p.22).

Para Carneiro (2003), as constatações de que não existem diferenças entre raças tiveram pouco impacto sobre as diversas manifestações de racismo e discriminação na sociedade, porque o conceito de raça carrega um fator político, cujo sentido foi perfeitamente elaborado pelo historiador Antony Mark em seu livro *Making Race and Nation*, em que diz:

Raça é hoje e sempre foi um conceito eminentemente político cujo sentido estratégico foi exemplarmente sintetizado pelo historiador Antony Mark em seu livro *Making Race and Nation*, onde ele afirma que: “Raça é uma questão central da política... porque o uso que as elites fizeram e fazem da diferença racial foi sempre com o objetivo de provar a superioridade branca e assim manter seus privilégios, à

custa da escravidão e exploração. Essa atitude foi sempre compartilhada com os setores populares brancos interessados em se associar às elites. Historicamente, esse comportamento foi comum às elites do Brasil, da África do Sul e dos Estados Unidos” (CARNEIRO, 2003, p.118-119).

A população negra do Brasil, figura com larga representatividade entre os encarcerados pelo sistema criminal, é correto dizer que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou ter seus direitos restringidos sem passar pelo devido processo legal, exercido pelo Poder Judiciário (artigo 5º, inciso LIV, CF), assim sendo, faz se mister saber, a respeito de quem julga.

Para Borges (2018, p. 16), o sistema de justiça criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassados por esta estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquia racial.

A Lei que criminaliza os corpos pretos e empobrecidos condiciona um enquadramento marcado pela construção dos comportamentos suspeitos. E se a Lei é o Estado, o suspeito “padrão” é também um suspeito para o Estado.¹⁵⁷ Apresentada uma síntese das definições de direito e suas relações com a análise estrutural do racismo, podemos reduzir a duas as visões correntes sobre a relação entre direito e racismo: o direito é a forma mais eficiente de combate ao racismo, seja punindo criminal e civilmente os racistas, seja estruturando políticas públicas de promoção da igualdade; o direito, ainda que possa introduzir mudanças superficiais na condição de grupos minoritários, faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e como ideologia. (ALMEIDA, 2019, p.86).

Segundo os dados do relatório do Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, no Brasil há 18.168 magistrados em atividade, dos quais 11.348 responderam ao questionário. Para a pesquisa, importam os dados relativos à composição dos magistrados por raça.

- 80,3% se declaram brancos
- 18,1% se declaram negros, sendo 16,5% pardos e 1,6% pretos
- 1,6% de origem asiática
- 11 magistrados se declararam indígenas

A hegemonia de pessoas brancas nos mais importantes cargos de um país majoritariamente preto, deve ser entendida como uma prática de dominação de um grupo sobre o outro, “no caso do racismo institucional, o domínio se dá com o estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, “*que servem para manter a hegemonia do grupo racial no poder.*” (ALMEIDA, 2019, p.27). Assim sendo:

[...]Isso faz com que a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte civilizatório do conjunto da sociedade. Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas – depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos. (ALMEIDA, 2019, p.27-28)

De acordo com Almeida, o racismo institucional é compreendido pelo resultado do funcionamento das instituições, “*que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça*”. (ALMEIDA, 2019, p.26). Essa concepção aborda as instituições de duas formas:

a) as instituições, enquanto o somatório de normas, padrões e técnicas de controle que condicionam o comportamento dos indivíduos, resultam dos conflitos e das lutas pelo monopólio do poder social; b) as instituições, como parte da sociedade, também carregam em si os conflitos existentes na sociedade. Em outras palavras, as instituições também são atravessadas internamente por lutas entre indivíduos e grupos que querem assumir o controle da instituição. (ALMEIDA, 2019, p.27)

Em suma, as instituições são racistas porque a sociedade é racista:

Assim, a principal tese dos que afirmam a existência de racismo institucional é que os conflitos raciais também são parte das instituições. Assim, a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos. (ALMEIDA, 2019, p.27-28)

Flauzina (2006) esclarece que a contenção do contingente negro não é operado somente pelo âmbito do controle penal, os órgãos judiciais também possui um papel central de importância na produção de assimetrias raciais e da criminalização desproporcional da população negra no Brasil, portanto, o Poder Judiciário, portador oficial do discurso de garantias do direito penal, nesse caso, estaria associado aos demais poderes repressivos, objetivando a capacitação e a legitimação da exceção, obscurecendo seu potencial papel na restrição das violências próprias do discurso penal moderno. (CARVALHO, 2015)

Em primeiro lugar, é importante ter em mente o papel que tem sido cumprido pelos agentes que compõem as instâncias do Judiciário, enquanto indivíduos submetidos a um intenso processo de burocratização. Esse tipo de mecanismo faz com que os juizes, treinados para a assunção de uma identidade distorcida, assentada numa imagem equivocada do alcance de seu poder, se vejam compelidos a seguir rígidos padrões de comportamento e julguem de acordo com parâmetros de consentimento

que necessariamente o distanciam da realidade dos grupos vulneráveis. (FLAUZINA, 2008, p. 90).

A Agência Pública realizou um levantamento inédito que mostra que os negros foram mais condenados pela Justiça de São Paulo do que brancos e com menos drogas, a análise estudou 4 mil sentenças proferidas pelo Juízo de 1º grau para o crime de tráfico de drogas no ano de 2017 na cidade. De acordo com o jornal, os juízes condenaram proporcionalmente mais negros que brancos na cidade de São Paulo, 71%, ou 2.043 dos réus negros julgados foram condenados, enquanto que, entre os brancos esse número cai, 67%, ou 1.097 de pessoas brancas condenados. O jornal informa que pessoas negras foram processadas por tráfico de drogas, portanto menos quantidade de drogas que pessoas brancas. Os réus brancos portavam em média 85 gramas de maconha, 27 gramas de cocaína e 10,1 gramas de crack, entre os réus negros, a média é menor entre as três substâncias apreendidas, 65 gramas de maconha, 22 gramas de cocaína e 9,5 gramas de crack. (AGÊNCIA PÚBLICA, 2019)

Considerando o exposto ao longo de todo o texto, infere-se que mesmo que não haja discriminação explícita por parte do Judiciário nos seus julgados, a criminalização por tráfico de drogas possui profundo caráter distintivo de raça, sendo os negros mais criminalizados do que brancos. Os juízes, que em sua maioria são brancos, estão inseridos nessa sociedade racista, e isso é refletido em suas decisões, por fim, se depreende dessa análise que existe uma relação direta entre punição e raça:

Apesar de uma ideologia que nos impregna, não há relação entre crime e castigo. Como aponta Davis, a relação estabelecida é da insistência no cárcere como justiça. Isto tem se mostrado absolutamente equivocado. As ligações têm sido, historicamente, entre punição e raça, entre gênero e castigo, entre classe e criminalização e punição. Ou seja, é a perspectiva racializada que define quem será ou não punido. É a perspectiva de condição social que definirá se você terá ou não dinheiro para a fiança e se ficará ou não preso. É a perspectiva de gênero, em você sendo mulher, que trará uma carga moral ao julgamento e que definirá sua punição. Em sendo, portanto, a prisão um ato político, porque definida em regras políticas, todos e todas nós que atendamos a estas características do que deve ser abominado, marginalizado, controlado e, em última instância, exterminado, como mulheres, pobres, negras e lgbs, nos coloca na mira e possibilidade de uma prisão. (BORGES, 2018, p.76)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objetivo geral analisar a relação estabelecida entre a legislação proibicionista de drogas e o encarceramento em massa do povo negro. A política de drogas é um tema complexo que gera muito debate e discordância na sociedade brasileira, que por muitas vezes é discutida pelo olhar da moralidade, nós somos acostumados a dizer que droga é nociva, mas o uso de entorpecentes sempre esteve presente na civilização. O combate ao tráfico, da forma que vem sendo executado no país, só tem gerado prisões e mortes dos corpos negros.

Considera-se que esta pesquisa cumpriu seus objetivos, pois a hipótese de que a lei atual de drogas foi um fator preponderante para o aumento do encarceramento de pessoas negras se confirmou por meio da literatura explorada e do levantamento de dados, que revelou o aumento do encarceramento após a vigência da lei e que as pessoas negras são a maioria entre os população carcerária. Além disso, foi possível examinar que a seletividade penal é parte da estrutura do Direito Penal, a política de repressão às drogas é executada prioritariamente contra pessoas pobres e negras, moradoras de comunidades e favelas brasileiras, enquanto esse grupo de pessoas sofrem as consequências da violência. O consumo de drogas pela elite é ignorado, o mesmo corpo policial que invade as favelas e comunidades, com a justificativa de cumprir a lei não aplica o mesmo rigor nas áreas mais abastadas das cidades. Os escassos casos que ganham notoriedade, onde pessoas da classe média são detidas por posse ou tráfico de drogas não recebem o mesmo tratamento reprovável pela mídia e sociedade civil.

Outro aspecto notado pela pesquisa é que as consequências do racismo ainda estão fortemente presentes na sociedade, durante a escravidão as pessoas negras eram propriedades dos senhores de escravo. No pós-abolição, os escravizados foram libertados sem nenhuma assistência por parte do governo e iniciou-se um processo de criminalização tornando os costumes vindos dessas pessoas, por exemplo a prática da capoeira, tornou-se crime. Outra maneira de criminalização das pessoas negras era o crime de vadiagem, pessoas que eram aptas fisicamente a trabalhar, mas não exerciam meios para seu próprio sustento eram presas.

Hoje a população das favelas é predominantemente negra, essas pessoas na maioria das vezes vivem em condições precárias e são alvos de intensa truculência através do poder repressivo do Estado. No mais, o não reconhecimento da sociedade brasileira enquanto racista só torna mais difícil chegarmos na resolução do problema.

O racismo não deveria ser visto como um problema da população negra, mas como uma questão a ser enfrentado pela classe racial dominante, cabe a quem pratica a discriminação, reconhecer e corrigir essa conduta. A filósofa e ativista Angela Davis defende que a sociedade precisa combater o racismo ativamente, trazendo à tona a necessidade de uma sociedade antirracista. A sociedade deve se unir em prol de um pacto social contra essas práticas racistas que não são aceitáveis num estado democrático de direito.

Para um judiciário igualitário e mais democrático, é necessária a inclusão das pessoas negras, refletindo a diversidade que temos em nossa sociedade. É preciso que haja um programa de incentivo ao ingresso na Magistratura para pessoas pretas e pardas de forma mais sólida, também, que esses importantes órgãos sejam espaço para discussão de questões raciais e combate à discriminação racial.

Por fim, esta pesquisa não pretende esgotar o tema. Como proposta de continuidade, em pesquisas futuras, podem ser estudadas a ineficácia da proibição de drogas e as medidas de redução de danos. Outra proposta para o debate, a partir dessa pesquisa, pode surgir na análise de sentenças condenatórias por tráfico de drogas e o perfil dos réus de determinado Tribunal.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRAMOVAY, Pedro. Branco é usuário, negro é traficante. PISEAGRAMA, Belo Horizonte, n. 11, p. 46-51, nov. 2017. Disponível em: <https://piseagrama.org/artigos/branco-e-usuario-negro-e-traficante/>. Acesso em: 23 maio 2023.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, Enedina do Amparo. **Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana**. 2015. 173 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Revan, 2011.

_____. Sulfurosas marginalizações . **Revista de História**, [S. l.], n. 160, p. 389-393, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19115>. Acesso em: 24 maio. 2023.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. **Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3a ed. Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELOS , Iuri; DOMENIC, Thiago. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. **Agência Pública**, 6 maio de 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-e-m-sao-paulo/>. Acesso em: 23 maio 2023.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. 2006.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

BUCH, João Marcos. **Tráfico de drogas deixou de ser equiparado a crime hediondo?**. ConJur, 3 jun. 2022. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/joao-marcos-buch-trafico-drogas-crime-hediondo>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

_____. **Lei nº 7210**, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, Senado Federal. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 01 de maio 2023.

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Política Nacional sobre Drogas. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

_____. **Lei nº 13769**, de 19 de dezembro de 2018. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13769.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. **Lei nº 8072**, de 25 de julho de 1990. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 7 maio 2023.

_____. **Lei nº 10.792**, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

_____. **Instituto de Geografia e Estatísticas**. Brasília: IBGE, Disponível em <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 25/mai/2023.

_____. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional**. Brasília: SISDEPEN (2022). Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 30 maio 2023.

_____. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>>. Acesso em: 08 maio 2023.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7517>. Acesso em: 15 maio 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Brasília, 20 de agosto de 2015.. Disponível em:<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=403414504> Acesso em 02 maio.23

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347**. Brasília, 09 de setembro de 2015.. Disponível em:<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 15 maio.23

CAMPOS, M.S. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015.

_____.M.S. **O Novo Nem Sempre Vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil**. Boletim de Análise Político-Institucional, v. 18, p. 31-39, 2018.

_____, M. S. **Entre doentes e bandidos: a tramitação da Lei de Drogas (n. 11.343/2006) no Congresso Nacional**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, p. 156-173, 2015.

_____.**A atual política de drogas no Brasil: um copo cheio de prisão**. Le Monde Diplomatique Brasil: SÉRIE ESPECIAL: PRISÕES - A BARBÁRIE CONTEMPORÂNEA, 4 jan. 2016. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-atual-politica-de-drogas-no-brasil-um-copo-cheio-de-prisao/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

_____; VALENTE, Rodolfo de Almeida. **O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra às drogas**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 239A, out., 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/dl/boletim-drogas-ibccrim.pdf>. Acesso em: 05 maio.2023.

CAMPOS, M.S ; KOERNER, A. Segurança e guerra ao terror: um balanço da literatura contemporânea sobre a América Latina após 11 de setembro. Revista Mediações, Londrina, v. 16, p. 51-70, 2011.

CANTO, Jéssica Laís Fortunato. A teoria do Labeling Approach: os reflexos Sociocriminológicos no Direito Penal Brasileiro. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 04, Ed. 09, Vol. 04, pp. 37-59. Setembro De 2019. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/labeling-approach>

CARNEIRO, Sueli. Racismos Contemporâneos. São Paulo: Organização Asoka Empreendedores Sociais e Takano Cidadania, 2003.

CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8ª ed. Editora: Saraiva Jur, 2016.

_____, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: A decisiva contribuição do Poder Judiciário. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623-652, jul./dez. 2015.

CAVALLINI, Marta. **Proporção de pretos e pardos entre os pobres chega ao dobro em relação aos brancos, mostra o IBGE**. G1, 11 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/11/11/proporcao-de-pobres-pretos-e-pardos-cheg-a-ao-dobro-em-relacao-aos-brancos-mostra-o-ibge.ghtml>. Acesso em: 22 maio 2023.

CIRINO, J. **A criminologia Radical**. Curitiba: Lumen Juris; 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 maio.2013.

DE ALMEIDA, Carlos Henrique Bissoli. **ANÁLISE CRÍTICA DA PROGRESSÃO DE REGIME NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**. 2020. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) - CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP, São Paulo, 2020.

G1. Em 14 meses, Rio registra 3 das 4 operações mais letais da história, com mais de 70 mortos. G1 Rio: **G1 Rio**, 22 jul. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/07/22/em-14-meses-rio-registra-3-das-4-operacoes-mais-letais-da-historia.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2023.

G1. Em 48 horas, Rio tem 3 mortes por balas perdidas; já são 79 alvejados em 2023, dos quais 26 perderam a vida. G1: Bom Dia Rio, 19 maio 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/05/19/em-48-horas-rio-tem-3-mortes-por-balas-perdidas-ja-sao-79-alvejados-em-2023-dos-quais-26-perderam-a-vida.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FILIPPE, Marina. No Brasil, 84% percebe racismo, mas apenas 4% se considera preconceituoso. Exame, 28 abr. 2021. Disponível em: <https://exame.com/negocios/no-brasil-84-percebe-racismo-mas-apenas-4-se-considera-preconceituoso/>. Acesso em: 14 jun. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GANEM, Pedro Magalhães. **A (comprovação da) seletividade penal e o princípio da insignificância**. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-comprovacao-da-seletividade-penal-e-o-principio-da-insignificancia/651323955#:~:text=A%20seletividade%20penal,-De%20acordo%20com&text=um%20status%20atribu%C3%ADdo%20a%20determinados,113>. Acesso em: 2 maio 2023.

GOFFMAN, Erving. **Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 8.

HULSMAN, Lotik. CELIS, Jacquelin Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. 3ª ed. Minas Gerais, Editora D'Plácido, 2018.

KALILI, Sergio. **Como a Reforma do Código Penal Pode Afetar o Sistema Carcerário**. Caderno Ilustríssima, Folha de S. Paulo, São Paulo, 17 ago. 2014. Disponível em:

<https://m.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/08/1500988-como-a-reforma-do-codigo-penal-pode-afetar-o-sistema-carcerario.shtml>. Acesso: 20 maio 2023.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Leap Brasil. 2013.

_____. **Dez anos da Lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”**. Revista Liberdades - Edição nº 22 maio/agosto de 2016. Disponível em:

https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/27/RevistaLiberdades%2022_02_ARTIGO01.pdf . Acesso em: 19 maio. 2023.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro : processo de um racismo mascarado** / Abdias Nascimento. - 1. ed. - São Paulo : Perspectiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

PASTANA, Débora Regina. **Política e Punição na América Latina: uma análise comparativa acerca da consolidação do estado punitivo no Brasil e na Argentina**. Rio de Janeiro: Revan, 2019

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2006.

RODRIGUES, Ana Clara Dias. **Como o estereótipo criminal do traficante de drogas legitima a atuação estatal violenta?**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 179-208, jul./dez. 2022. ed. São Paulo: REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2022. Disponível em: <https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/issue/view/7/v.4%20n.2>. Acesso em: 6 maio. 2023.

SOUZA, Ney Fayet de. Lei Antitóxicos: Reparos e Sugestões para o artigo 314 do Novo Código Penal. Estudos Jurídicos, n. 4, p. 55-62, 1972.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VALE, Ionilton Pereira do. **O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011. Disponível em:

<<https://dspace-novo.almg.gov.br/retrieve/120508/Ionilton%20Pereira%20do%20Vale.pdf>>.
Acesso em: 15 maio. 2023.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

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

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

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