



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação
Área de Concentração: Direito Público

ALESSANDRA MATOS PORTELLA

**USUÁRIO OU TRAFICANTE? A OPERACIONALIDADE DO
SISTEMA PENAL DESVELADA POR MEIO DA ANÁLISE DA
LEI Nº 11.343/2006**

Salvador
2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação
Área de Concentração: Direito Público

ALESSANDRA MATOS PORTELLA

**USUÁRIO OU TRAFICANTE? A OPERACIONALIDADE DO
SISTEMA PENAL DESVELADA POR MEIO DA ANÁLISE DA
LEI Nº 11.343/2006**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado de
Direito da Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção
de grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas
Prado.

Salvador
2011

ALESSANDRA MATOS PORTELLA

**USUÁRIO OU TRAFICANTE? A OPERACIONALIDADE DO
SISTEMA PENAL DESVELADA POR MEIO DA ANÁLISE DA
LEI Nº 11.343/2006**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora

Aprovada em ____/____/____

Prof^a Dr^a Alessandra R. M. Prado – Orientadora _____
Doutora em Direito Penal pela PUC - SP
Universidade Federal da Bahia

Prof^a Dr^a _____

Prof^a Dr^a _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo presente chamado **Vida**, pela saúde, perfeição, discernimento, sabedoria, iluminação, proteção, chamamento, ensinamento, pela eterna presença e amparo.

Agradeço a **meus pais**, pelo amor incondicional, cuidado, preocupação, proteção, apoio, solicitude, educação, pela existência deles em minha vida.

Agradeço a minha pequena princesa **Maria Luiza**, pelo seu amor, também incondicional, carinho, companheirismo, compreensão, alegria e presença em minha vida.

Agradeço a todos os meus queridos e amados **amigos**, os que estão hoje perto e àqueles que hoje, infelizmente, estão longe, mas não menos amados e queridos por isso. Em especial, agradeço a **Neilton da Silva** e **Marlene Aparecida de Souza** por me ajudarem na concretização deste trabalho dissertativo, notadamente no aspecto metodológico e na análise da pesquisa de campo realizada.

Por fim, agradeço a minha **orientadora** pelo apoio dado, pelas sugestões, pelo indicar do caminho, pela compreensão.

A melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor do que o direito penal (Gustavo Radbruch).

PORTELLA, Alessandra Matos. Usuário ou traficante? a operacionalidade do sistema penal desvelada por meio da análise da lei 11.343/2006. 101f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

RESUMO

O Direito Penal moderno surge com um discurso promissor no tocante a assegurar as garantias individuais frente ao arbítrio estatal quando da aplicação da pena e conseqüente privação da liberdade do cidadão. Visando por fim aos suplícios corporais, marcantes durante toda a Idade Média, a Modernidade inaugura uma fase de humanização das penas com a utilização de princípios norteadores de todo o sistema penal, visando assegurar a igualdade jurídica no tratamento de todos aqueles que são submetidos a esta forma de controle social, bem como, a proporcionalidade da aplicação das penas em relação à gravidade dos delitos perpetrados. A partir da década de 30 do século XX, entretanto, esta retórica oficial do Estado é arduamente questionada pelas correntes sociológicas norte-americanas, após a realização de estudos em áreas de crimes de colarinho branco, cometidas por pessoas de prestígio social elevado. Descobriu-se que uma quantidade significativa destas infrações ficava imune à ação estatal, aparecendo timidamente nas estatísticas da ordem positiva vigente, o que levava, inexoravelmente, a uma super-representação dos delitos de massa. Desta proposição concluiu-se que, diferentemente do que pensava os cientistas da Escola Positiva, o fenômeno social do crime/ criminoso não estava adstrito apenas e tão-somente a uma pequena parcela da população patologicamente desviante, mas, ao contrário, encontrava-se espreado por toda a sociedade de maneira difusa, sendo apenas a sua representatividade concentrada em camada sócio-economicamente vulnerável. A conseqüência desta conclusão foi a desmistificação do princípio da igualdade do sistema penal e da proporcionalidade da aplicação das penas em relação à gravidade dos delitos, uma vez que, apesar de possuírem natureza supra-individual, com extensão de dano quantitativa e qualitativamente superior aos crimes individuais, as infrações contra a ordem econômica quando apareciam no cômputo oficial das estatísticas do sistema penal eram apenas de modo diferenciada, sendo os seus agentes condenados a pagar multas, em vez de terem sua liberdade suprimida. Surge, em decorrência, a corrente teórica do etiquetamento social ou da rotulação, visando demonstrar a seletividade das agências oficiais do Estado na persecução criminal, sendo mais tarde, na década de 60 do mesmo período, suas premissas ratificadas pelas pesquisas da criminologia crítica, que demonstrava ser o fenômeno criminoso fruto das contradições econômicas do sistema de produção vigente, sendo a pena privativa de liberdade opção estratégica estatal segregadora das camadas sociais contrapostas na sociedade capitalista. Visando averiguar esta disfunção do Sistema Penal apontada por estas novéis teorias, materializa-se esta dissertação que, utilizando-se de pesquisas bibliográficas e de coleta de dados como metodologias, chegou-se a resultados conclusivos acerca das distorções existentes na operacionalidade do sistema penal hodierno, notadamente quanto à uniformização no tratamento dado às condutas tipificadas na lei de drogas, quando da classificação entre usuário e traficante.

Palavras-Chave: Sistema Penal Moderno – Teorias Críticas – Vara de Tóxicos – Feira de Santana

PORTELLA, Alessandra Matos. User or dealer? the operation of the criminal justice system unveiled by the analysis of the law 11.343/2006. 101f. Thesis (Master). Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2012.

ABSTRACT

The modern criminal law comes up with a speech promising with regard to ensuring the individual rights against the state agency when applying the penalty and consequent deprivation of liberty of the citizen. Seeking to put an end to corporal punishments, marked throughout the Middle Ages, Modernity initiates a new phase of humanization of feathers with the use of guiding principles for the entire criminal justice system, to ensure legal equality in the treatment of those who are subjected to this form of social control, as well as the proportionality of the application of penalties in relation to the gravity of the crimes perpetrated. From the decade of the 30th century, however, the official rhetoric of the hard state is challenged by current sociological U.S., after studies in the areas of white collar crimes committed by people of high social prestige. It was found that a significant number of these offenses was immune to state action, appearing in the statistics of the order tentatively positive force, which led inexorably to an overrepresentation of mass crimes. This proposal is concluded that, contrary to what scientists thought the School Positive, the social phenomenon of crime / criminal was not attached, just and only a small portion of the population pathologically deviant, but instead found himself sprawling throughout society in a diffuse manner, with only its representation layer concentrated in socio-economically vulnerable. The consequence of this conclusion was the demystification of the principle of equality of the criminal justice system and the application of proportionality of punishment to the seriousness of the offenses, since, despite having supra-individual nature, extent of damage to quantitatively and qualitatively superior to the crimes individual offenses against the economy when they appeared in the computation of the official statistics of the penal system apenadas were so different, and their agents ordered to pay fines rather than have his freedom suppressed. Arises as a result, the current theoretical social tagging or labeling, to demonstrate the selectivity of the official agencies of the state in criminal prosecution, and later in the 60s the same period, their premises ratified by critical criminology research, which proved to be the result of the criminal phenomenon economic contradictions of the current production system, and the imprisonment for strategic option segregated state of opposing social classes in capitalist society. Aiming to verify this dysfunctionality of the Penal System novéis indicated by these theories, materializes in this dissertation, using bibliographic searches and collection of data and methodologies, we have reached conclusive results about the distortions in the operation of today's criminal justice system , particularly regarding the uniformity in treatment of behavior typified in drug laws, when the classification between user and dealer.

Keywords: Modern Penal System - Critical Theories - Rod Toxic - Feira de Santana

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 Conduta Social	69
Tabela 2 Análise das circunstâncias	71
Tabela 3 natureza, quantidade da droga apreendida x resultado da sentença .	75

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Profissão	63
Gráfico 2 - Sexo	64
Gráfico 3 - Idade	65
Gráfico 4 - Culpabilidade	66
Gráfico 5 - Antecedentes	67
Gráfico 6 - Conduta social	68
Gráfico 7 - Motivos	70
Gráfico 8 - Local	73
Gráfico 9 - Condições em que se desenvolveu a ação	74
Gráfico 10 - Mesma Substância: Maconha (a)	78
Gráfico 11 - Mesma Substância: Maconha (b)	79
Gráfico 12 - Drogas distintas, mas derivadas da mesma planta: coca	81
Gráfico 13 - mesma substância: crack(a)	83
Gráfico 14 - mesma substância: crack(b)	85
Gráfico 15 - mesma substância: cocaína(a)	87
Gráfico 16 - mesma substância: cocaína(b)	89

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CORRENTES TEÓRICAS QUE INFLUENCIARAM O DIREITO PENAL MODERNO	15
2.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ESCOLA CLÁSSICA	15
2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ESCOLA POSITIVA	19
2.3 A ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA ITALIANA E A ESCOLA MODERNA ALEMÃ	22
3 A DOGMÁTICA PENAL E SEUS ALICERCES CIENTÍFICOS	26
3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PENA	26
3.2 A ESTRUTURA CONCEITUAL DO DELITO E SUA CONSEQUÊNCIA LÓGICO-JURÍDICA.....	32
3.3 ANÁLISE DA LEI 11.343/2006 SOB A PERSPECTIVA LÓGICO-POSITIVISTA	36
4 CORRENTES TEÓRICAS DESLEGITIMADORAS DO DIREITO PENAL MODERNO	43
4.1 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL	44
4.2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SEUS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	47
5 COLETA DE DADOS NA VARA DE TÓXICOS DA CIDADE DE FEIRA DE SANTANA – BA E ANÁLISE DAS SENTENÇAS PENAIS	54
5.1 A DESCRIÇÃO DO CONTEXTO LOCAL.....	55
5.2 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL.....	56
5.3 AS IDIOSINCRASIAS DO SISTEMA PENAL DESVELADO POR MEIO DA ANÁLISE DA LEI Nº 11.343/2006	60
5.4 ANÁLISE PORMENORIZADA DE ALGUMAS SENTENÇAS	78
6 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal da modernidade surge com promessas reformadoras inéditas na história da civilização do homem. Erigidos sobre princípios norteadores da aplicação da pena, este sistema antigo de controle social descortina novas possibilidades de justiça penal sem precedentes históricas, garantindo tutelar direitos fundamentais do ser humano frente ao arbítrio do Estado, comum em época marcada pelo despotismo da realeza num período não muito longínquo da trajetória da humanidade.

Alicerçados no princípio da igualdade jurídica no tratamento penal de todos aqueles destinatários deste sistema, bem como, na garantia da proporcionalidade na aplicação da pena em conformidade à gravidade do delito cometido, a Modernidade inaugura um período singular para o homem delinqüente, que vê assegurado, no âmbito formal, garantias humanas nunca antes positivadas na ordem jurídica constituída, oferecendo-lhe segurança quanto à resposta repressora estatal.

Existindo a crença de que os criminosos eram pessoas patologicamente diferentes dos seres humanos normais, consoante a Escola Positiva da época, o sistema penal se estruturou de modo a oferecer-lhes curas por meio das penas, bem como visou assegurar o bem-estar geral dos homens honestos, declarando finalidades preventivas das sanções estatais.

Mas, apesar deste arcabouço técnico-jurídico projetado com fins sociais elevados, as estatísticas criminais continuavam a crescer de modo desconcertante, causando inquietação no seio social, a ponto de haver questionamentos nas novéis premissas científicas da nova Era, de modo que estudos foram empreendidos buscando encontrar explicações para o fenômeno da criminalidade.

Desta sorte, surgiu na década de 30 do século XX, correntes teóricas sociológicas norte-americanas que apontaram para direções contrárias ao paradigma vigente da Escola Positiva, demonstrando ser o fenômeno criminoso, bem como seu agente, encontrados em larga escala no seio social, não estando adstrito a uma pequena parcela da população consoante preconizava o positivismo científico.

Outro olhar sobre a figura do criminoso foi construída a partir de então que, a despeito de continuar sendo a encarnação do mal social, não era diferente biológico e socialmente dos demais indivíduos, mas produto de rotulações de uma determinada comunidade que valorava freqüentemente as condutas de seus pares, conforme os padrões de moralidade então vigentes.

Conhecida como teoria do etiquetamento social ou teoria da rotulação, esta corrente teórica concentrou sua atividade de pesquisa nas agências de controle formais do Estado, retirando o foco da figura do delinqüente, chegando a conclusões de que o crime, bem como o seu protagonista, eram constructos sociais de uma sociedade concretamente determinada, sendo, portanto, variáveis mutáveis no espaço-tempo, em oposição ao conceito etiológico e naturalístico do binômio crime/ criminoso do paradigma da Modernidade.

Ratificando e pondo em evidência ainda mais estas premissas, surge a criminologia crítica na década de 60 do mesmo século, defendendo a tese de que o crime era produto das desigualdades econômicas produtivas do sistema capitalista, sendo o criminoso uma pessoa não participante ativamente da sociedade hegemônica, por isso afastado estrategicamente pelo poder dominante da sociedade classista.

Tais pressupostos teóricos tiveram por conseqüência a deslegitimação do Sistema Penal moderno, erigido à base do espírito político iluminista da época, alicerçados no Estado Democrático de Direito, desvelando uma face perversa e oculta deste instituto oficial de controle estatal.

Visando averiguar a veracidade das premissas trazidas a lume por estas novéis teorias, buscou-se construir o trabalho de pesquisa ora apresentado, partindo de uma investigação bibliográfica, complementada com uma pesquisa empírica, de modo que se pudesse alcançar um resultado consubstanciado em fontes seguras de informações, de modo a refutar ou não as hipóteses apresentadas pela teoria do etiquetamento social e da criminologia crítica.

O objeto de análise escolhido, para tanto, foi a lei nº 11.343/2006, promulgada em 26 de agosto de 2006, tendo por escopo compreender os critérios utilizados pelo juiz

quando da classificação entre as condutas tipificadas no art. 28 e 33 do referido diploma legal, aferindo o grau de imparcialidade do magistrado quando da fundamentação da sentença penal, de modo a evidenciar ser esta norteada por parâmetros legais ou em seletividades previamente traçadas pelo sistema penal, consoante afirmam as teorias deslegitimadoras da Dogmática Penal moderna.

A pesquisa de campo foi realizada na Vara de Tóxicos da cidade de Feira de Santana, devido ao elevado índice de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes nesta região, haja vista de ser este o maior interior do Estado baiano, com aproximadamente 600.000 habitantes. Quanto à pesquisa bibliográfica foram utilizados no trabalho referenciais de notórios saberes, como Aragão (1951); Baratta (2002); Batista (2004); Santos (2008); Andrade (2003); Foucault (2008); Melossi e Pavarini (2006); Queiroz (2001); Toledo (1994), dentre outros não menos importantes.

Foram extraídos das sentenças analisadas os elementos constantes no art. 59 do Código Penal, referentes às circunstâncias judiciais da aplicação da pena, sendo estes a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e consequência do crime, bem como o comportamento da vítima, fatores que influenciam na espécie e quantidade de pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, no ordenamento positivo vigente.

Foram também analisados os elementos dispostos no § 2º do art. 28 da lei 11.343/2006, norteadores da fundamentação do magistrado quando da classificação entre a conduta do usuário e do traficante de drogas, sendo estes: a natureza e quantidade da substância apreendida; o local; as condições em que se desenvolveu a ação; as circunstâncias sociais e pessoais; bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Desta forma, buscou-se encontrar resultados plausíveis visando refutar ou não a seletividade do sistema penal moderno propalada pelas teorias do etiquetamento social e da criminologia crítica, partindo da amostra das sentenças da única Vara de Tóxicos da cidade de Feira de Santana, na Bahia. O resultado final encontra-se materializado em seis capítulos, concatenados de forma lógica e cronológica, de

modo a refletir a história e o atual estado da arte deste ramo autônomo da Ciência do Direito.

O primeiro capítulo refere-se a presente introdução, sendo seguido pelas teorias fundamentadoras do Direito Penal moderno, notadamente a Escola Clássica, Positiva, Técnico-Jurídica Italiana e Moderna Alemã, por serem estas de grande influência para o desenvolvimento da Dogmática Penal; sendo esta, inclusive, apresentada no capítulo três, juntamente com os seus alicerces científicos, visando construir um panorama da cientificidade e conseqüente autonomia deste ramo do Direito, que é refutado no capítulo seguinte pelas teorias deslegitimadoras deste constructo lógico-jurídico, sustentadoras de premissas diametralmente opostas ao paradigma positivo vigente; sendo seguido pelo capítulo cinco, de onde se extraem os resultados da coleta de dados das sentenças penais da única Vara de Tóxicos da cidade de Feira de Santana, finalizando com o capítulo seis, com a exposição argumentativa das conclusões da pesquisa.

2 CORRENTES TEÓRICAS QUE INFLUENCIARAM O DIREITO PENAL MODERNO

O sistema penal moderno nasce influenciado pelas idéias iluministas do século XVIII, baseado numa visão antropocêntrica do mundo e alicerçado na razão humana. Denominados reformadores, alguns pensadores como Carrara, Beccaria, Bentham, Filangieri, dentre outros, denunciavam as crueldades das penas corporais praticadas pelo Estado absolutista em nome da realeza, justificada na época por representar “um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante” (FOUCAULT, 2008, p. 42).

Com o intuito de racionalizar o poder de punir, os reformadores denunciaram as barbáries cometidas durante toda a Idade Média e criaram teorias engajadas em humanizar as penas e garantir os direitos individuais dos homens frente ao arbítrio do Estado.

Fruto destas teorias são a Escola Clássica, a Escola Positiva, a Escola Técnico-Jurídica Italiana e a Escola Moderna Alemã. Datadas do século XVIII e XIX, estas correntes teóricas buscaram construir conceitos explicativos para compreender o crime, o criminoso e a pena, objetivando humanizá-la e torná-la eficaz no seu objetivo declarado, a saber: prevenir delitos, corrigir criminosos e reinseri-los na sociedade.

2.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ESCOLA CLÁSSICA

A Escola Clássica tem seu marco teórico inicial na obra publicada por Beccaria, na Itália, em 1764, intitulada “Dos Delitos e das Penas”, se tratando “de uma obra simultaneamente de combate à Justiça Penal do Antigo Regime e projeção de uma Justiça Penal Liberal, humanitária e utilitária, contratualmente modelada” (ANDRADE, 2003, p. 49).

Situa-se, em realidade, entre a transição do Antigo Regime (monárquico/ absolutista) e o Estado Liberal, denunciando as barbáries cometidas no período absolutista, no

tocante aos suplícios corporais, e, ao mesmo tempo, propondo reformas humanitárias na natureza da pena.

Esta Escola formula suas concepções teóricas pautadas no contrato social de Rousseau, partindo do pressuposto de que o Estado fora constituído para assegurar a coexistência harmoniosa e pacífica de todos os cidadãos circunscritos à sua jurisdição. Para tanto, todos abririam mão de parte de sua liberdade e cederiam a este ente forte e superior à sociedade civil para assegurar os direitos de todos que, igualmente livres poderiam agir conforme prescrito pelo ordenamento jurídico estatal.

Desta forma, todos os cidadãos livres e iguais eram responsáveis por respeitar às leis emanadas do Estado e, assim não fazendo, respondia com sanções perante este ente disciplinador de condutas humanas, visando restabelecer a ordem momentaneamente desrespeitada.

No tocante ao Direito Penal, decidiu-se codificar num livro próprio o rol de crimes com suas respectivas sanções penais, para que todos pudessem conhecer e saber como se comportar, o que era permitido e proibido por lei realizar em termos de condutas humanas.

O crime, nesta acepção, representava uma abstração metafísica criada pelo Poder Legislativo, e aquele que contrariava a lei penal era considerado criminoso, devendo ser punido com uma pena justa e proporcional ao delito cometido, haja vista ser esta a sua função: retribuir o mal causado à sociedade por conta do delito perpetrado.

O conceito de crime para os clássicos, consoante Aragão, era bastante vago, sendo definido reiteradamente como violação da lei penal. No dizer de Bentham citado por Aragão (1951, p. 118) era “uma ação que cremos dever proibir por causa de algum mal que ela produz ou tende a produzir”; ou simplesmente “uma ação proibida pela lei” (FILANGIERI).

Partindo da premissa de que todos os homens são iguais perante a lei, sendo todos igualmente dotados de razão, o criminoso era alguém que se utilizava mal de seu

livre-arbítrio, noutras palavras, tendo o homem a liberdade de escolha inerente a todas as criaturas humanas, uns escolhiam livremente comportar-se contrário ao pacto social, devendo, por conseguinte, ser sancionado conforme prescrito pelo ordenamento jurídico vigente.

Aragão (1951, p. 42) afirma que a Escola Clássica erigiu como dogma a igualdade entre o homem honesto e criminoso, “fazendo deste princípio a pedra angular e básica do suntuoso monumento de suas brilhantes teorias jurídico abstratas”, sem, entretanto, jamais tê-la submetido ao crivo da experiência empírico-indutiva para confirmá-la ou refutá-la.

A responsabilidade penal advinha da responsabilidade moral decorrente do mau uso do livre-arbítrio humano, este considerado como uma escolha livre e consciente do homem e, como conseqüência disso, “a severidade da pena, e, portanto, a gravidade do delito, varia conforme é maior ou menor esta responsabilidade moral” (ARAGÃO, 1951, p. 73).

A pena, nesta acepção, possuía um caráter nitidamente retributivista, devendo ter a mesma medida do dano causado à sociedade pelo cometimento do crime, sendo necessária por uma questão ético-jurídica, donde advém o princípio da proporcionalidade entre os delitos e as penas, tão bem descrita por Beccaria.

A teoria retribucionista se fundamenta na retribuição do mal causado pelo infrator da lei com outro mal da mesma natureza, desta vez, perpetrado pelo Estado sobre o delinqüente, para que ele sofra as conseqüências da sua conduta criminosa.

Seus principais representantes foram Kant e Hegel, que, apesar de retribucionistas, justificam a pena com fundamentações distintas. Para Kant a aplicação da pena é uma necessidade moral, enquanto para Hegel, é uma necessidade advinda do próprio Direito, já que o crime representa a negação do Direito e a pena a negação da negação, logo, reafirmação do Direito.

Denominada de teoria absoluta, sustenta a imposição da pena sem nenhuma visão utilitarista, donde advém o imperativo categórico kantiano, a saber: a pena deve ser

aplicada ainda que Estado e sociedade não mais existam, devendo ser executado o último assassino que se encontra na prisão, para que ele sofra pelo delito cometido e a culpa do sangue não pese sobre o povo (ROXIN, 1997, p. 82).

Queiroz (2001, p. 24) afirma que o mérito desta corrente teórica “radica no fato de que a pena, deve ter sempre o delito como pressuposto [...], razão pela qual se presta a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação”.

Para Roxin (1997, p. 84), o mérito

radica em sua capacidade de impressão psicológico-social, assim como o fato que proporciona um barema para a magnitude da pena. Se a pena deve “corresponder” à magnitude da culpabilidade, está proibido em todo o caso dar um encaminhamento mediante uma penalização drástica em casos de culpabilidade leve. A idéia de retribuição marca, pois, um limite ao poder punitivo do Estado e tem, nessa medida, uma função liberal de salvaguardar a liberdade.

A Escola Clássica, todavia, não teve seus pressupostos teóricos reconhecidos no âmbito científico, já que o método utilizado para emitir suas conclusões acerca do crime/ criminoso era o lógico-abstrato ou dedutivo, contrariando o paradigma metodológico vigente na época: o positivismo. Kuhn *apud* Andrade (2003, p. 41) aduz que

fazer Ciência é sempre relativo a um consenso ou conjunto de compromissos teóricos básicos existentes num dado grupo humano: a comunidade científica. É sempre definido pela existência de um “paradigma”, o que relativiza a definição do que é científico.

Por isso, a Escola Clássica ficou conhecida na história como pré-científica, sendo substituída pela Escola Positiva italiana, respaldada no método positivista paradigmático à época, o método empírico-indutivo, comum a todas as ciências sociais, sendo, portanto,

duas “etapas” ou momentos na evolução das “idéias” sobre o crime: a etapa “pré-científica” e a “científica”, cuja linha divisória foi dada pela [...] passagem da especulação, da dedução, do pensamento abstrato-dedutivo à observação, à indução, ao método “positivo” (MOLINA; GOMES, 2008, p. 175).

O fator decisivo de diferenciação entre as etapas “pré-científica” e “científica” do direito penal reside basicamente no método utilizado pelos especialistas e na sua

aceitação perante a comunidade científica. A Escola Positivista estuda o crime desde a sua gênese, utilizando do rigor científico positivista da época, buscando encontrar explicações etiológicas.

2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ESCOLA POSITIVA

Diferentemente da Escola Clássica, a Escola Positiva estudava o criminoso segundo uma observação rigorosa dos fatos, observava os criminosos, tendo por *lócus* de investigação os laboratórios, manicômios judiciários e prisões, utilizando o método empírico-indutivo, baseando-se na observação clínica dos delinqüentes e de seus meios.

Datada da segunda metade do século XIX, tem dentre seus principais representantes Lombroso, que deu ênfase ao estudo da antropologia criminal; Ferri, que atuou no âmbito da sociologia criminal e Garófalo, que enveredou na seara da psicologia criminal. Todos possuíam em comum a utilização do método empírico-indutivo, baseando-se na observação clínica dos delinqüentes e de seus meios.

Aragão (1951, p. 58) define a Antropologia Criminal como

o ramo da antropologia geral que trata do delinqüente e dos seus tipos fundamentais. Nela se estuda o criminoso sob o ponto de vista somático e psíquico, isto é, nas suas qualidades anatômicas, fisiológicas e psicológicas, bem como ainda na sua vida de relação como o meio físico e social.

Para Lombroso o crime ocorria naturalmente devido às manifestações patológicas de determinadas classes de homens pouco evoluídos, devido a um atavismo de natureza orgânica e psíquica, conseqüência de reações fisiológicas de ordem hereditária. Para tanto dissecou milhares de cérebros humanos, buscando compreender o que havia em comum entre eles que causava o comportamento criminoso.

Ferri, por sua vez, acrescentou à teoria lombrosiana fatores sociais, influência do meio externo sobre a ação criminosa. Desta sorte o crime não era apenas produto

de fatores internos, fisiológicos, herdados geneticamente por determinadas raças pouco evoluídas, mas também produto do meio social em que vivia o agente, sua família, religião, os costumes, etc.

Garófalo, de outra parte, fundamentava o comportamento criminoso numa anomalia psíquico-moral, seria uma espécie de déficit moral de natureza orgânica, transmitida hereditariamente.

Ressalta-se, ainda, a importância da teoria de Darwin para a formação teórica da escola positiva, uma vez que

três de suas teses foram assumidas imediatamente [...]: a concepção do delinqüente como espécie atávica, não evoluída; a máxima significação concedida à carga ou legado que um indivíduo recebe por meio da hereditariedade e uma nova imagem do ser humano, privado da importância e do protagonismo que lhe conferira o mundo clássico (MOLINA; GOMES, 2008, p. 179).

Vê-se, portanto, uma radical mudança paradigmática nas premissas norteadores do estudo do crime e do criminoso, quando comparadas à Escola Clássica, passando este de sujeito normal para “anormal” e sendo o crime produto não mais do mau uso do livre-arbítrio humano, mas fruto da patologia intrínseca a esta classe de homens atávicos perigosos.

O paradigma etiológico posto pela Escola Positivista partia da premissa de um determinismo biológico (fatores internos) e social (fatores externos) que diferenciava os delinqüentes no universo dos demais sujeitos, sendo o crime, por isso, um ente ontologicamente pré-constituído, e os criminosos, minoria com comportamentos anti-sociais.

O crime era natural representando “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se acham na humanidade, por meio de ações prejudiciais à coletividade” (GARÓFALO *apud* ARAGÃO, 1951, p. 129).

Desta sorte, a responsabilidade moral da Escola clássica fora substituída pela responsabilidade social da Escola Positivista, pois independentemente da sua

vontade o homem delinqüente deveria responder penalmente por seus delitos por viver em sociedade. Numa visão organicista, os positivistas sustentavam que assim como um organismo vivo, a sociedade deveria se defender de ataques externos que colocassem a vida social em perigo.

A pena nesta acepção não tinha apenas o caráter retributivo que propusera a Escola Clássica, mas acima de tudo possuía uma função de prevenção de delitos que colocassem em desordem a harmonia da sociedade legalmente constituída, bem como tratar daqueles delinqüentes patológicos congênitos.

A pena de morte era defendida por Garófalo que, baseando-se na teoria darwinista, afirmava que “do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência” (MOLINA; GOMES, 2008, p. 192).

Mas apesar das diferentes concepções do homem e da sociedade existentes entre a Escola Clássica e Positiva, o certo é que ambas possuíam em comum o mesmo referencial teórico, a saber: a “presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico” (BARATTA, 2002, p. 41).

A Escola positiva, entretanto, apesar de seguir os postulados positivistas científicos da época, o método empírico-indutivo, também sofreu árduas críticas doutrinárias, pois não se encontrava nela a pureza metodológica exigida pela Ciência Pura do Direito uma vez que ela “continha Antropologia, Psicologia, Estatística, Sociologia, Filosofia, Política; ou seja, de tudo, menos de Direito” (ROCCO, 1982, p. 3, 5 e 6 *apud* ANDRADE, 2003, p. 81).

Por isso, movimentos teórico-científicos surgiram na Itália de modo que se formulasse uma teoria puramente científica no âmbito do Direito Penal nos moldes kelseniano, dando-lhe autonomia plena e afastando todos os elementos espúrios à Dogmática Jurídico-Penal.

2.3 A ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA ITALIANA E A ESCOLA MODERNA ALEMÃ

Sobrepõe-se a Escola Positiva, desta sorte, a Escola Técnico-Jurídica Italiana, cujo principal representante fora Arturo Rocco. Datada do final do século XIX, teve como maior aspiração construir uma Ciência Jurídica Penal pura, nos moldes da Teoria Pura do Direito de Kelsen.

Nesta mesma época, ocorre na Alemanha um movimento similar que, apesar de nunca ter experimentado deste sincretismo metodológico, também envidava esforços no sentido de construir uma autêntica ciência penal.

Por isso, Mir Puig (1976, p. 197-198 *apud* ANDRADE, 2003, p. 44) afirma que “no campo penal o paradigma dogmático não dá começo definitivo até Binding, na Alemanha, a partir de 1870, como fruto do mesmo positivismo jurídico que originaria na Itália o tecnicismo jurídico-penal”.

Juntamente com Binding, destaca-se Liszt como expoente da consolidação do paradigma científico penal alemão, o qual considera

na Ciência do Direito Penal, as normas são o objeto, a lógica, o método e sua primeira tarefa consiste no puro estudo técnico-jurídico da legislação penal; na consideração do delito e da sanção como generalizações conceituais [...]; em sistematizar totalmente as prescrições individuais da lei, chegando até os primeiros conceitos fundamentais e os princípios básicos. [...] Consiste, em síntese, na consideração puramente técnico-jurídica, apoiada na legislação penal, do delito e da pena como generalizações conceituais (ANDRADE, 2003, p. 93).

Na Itália, a metodologia de Rocco previa três etapas para a autonomização do Direito Penal frente às demais ciências que até então a constituía: a exegese, a dogmática e a crítica. A exegese tinha por função fazer uma interpretação literal e lógica da lei; em seguida, abria-se o caminho para a dogmática, que por meio da analogia e dos princípios gerais do direito, construía conceitos normativos mediante abstração e generalização, formando, ambas, o sistema jurídico vigente. Por fim, a crítica mostrava o Direito que deve-ser, nos moldes do positivismo jurídico paradigmático vigente (ANDRADE, 2003).

Assim, o direito penal foi concebido como uma ciência prática que assegura o ser humano contra o arbítrio do Estado, garantindo-lhe direitos inerentes à sua condição humana, ofertando-lhe segurança jurídica quando da persecução e aplicação da pena.

A pena, em sua acepção científica, possuía a função de prevenção, geral e especial. A prevenção geral desdobra-se em dois vieses diferentes, um positivo e outro negativo, mantendo, porém, um mesmo denominador comum, a saber:

a concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade de sua aplicação e da efetividade de sua execução (DIAS, 2004, p. 48).

Pela perspectiva positiva, a pena deve ser aplicada para que a norma rompida pelo infrator possa ser reintegrada novamente, de forma a estabilizar as expectativas normativas dos cidadãos que a respeitam, uma vez que “é necessária a expectativa de que as instituições elementares funcionem ordenadamente” (JAKOBS, 1997, p. 11).

Por este prisma, a pena deve atuar sobre a comunidade reforçando a confiança do povo no poder de execução do ordenamento jurídico, uma vez que o cidadão vê a aplicação do direito penal, enfatizando, desta forma, os padrões de comportamento por meio da lei.

Para Jakobs (1997, p. 12), “a pena não determina uma reparação do dano; [...] muitas infrações da norma se completam antes que se produza um dano exterior, como sucede com os delitos que têm caráter material de tentativa”

Este fato traz como consequência “o efeito de pacificação que se produz quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza, em virtude da sanção sobre o quebrantamento da lei, considerando solucionado o conflito com o autor” (ROXIN, 1997, p. 92).

Pelo aspecto negativo, a prevenção geral tem por fim aplicar a lei penal sobre o infrator visando intimidar os demais membros no cometimento de delitos; dito em outras palavras, a punição exemplar do delinqüente serve como contra-motivação da ação delituosa.

Acredita-se que por meio das normas postas pelo direito penal os cidadãos irão dissuadir da vontade de cometer crimes, uma vez que ficarão intimidados com a possibilidade de serem penalizados, estereotipados socialmente como “criminosos”, de onde deriva sua utilidade social.

Nas palavras de Queiroz (2001, p. 48), a prevenção geral negativa tem por função a “dissuasão de comportamentos delituosos, ou especial, destinada a demover os potenciais infratores”.

No tocante à prevenção especial, assim como a geral, se divide positiva e negativamente, mantendo, também, um denominador comum, que, no caso, é o olhar sobre o indivíduo infrator da lei. Diferentemente da prevenção geral, cuja atenção volta-se para a comunidade, a prevenção especial foca-se sobre o indivíduo que infringiu a norma penal.

Franz Von Liszt é o representante desta teoria, defendendo a sua aplicação baseada em três formas de atuação:

assegurando a comunidade frente aos delinqüentes, mediante o encarceramento destes; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos e preservando a reincidência mediante sua correção (ROXIN, 1997, p. 85-86).

Depreende-se do exposto que a prevenção especial preocupa-se com a inocuização do meliante visando que não mais cometa crimes, bem como o corrija evitando a sua reincidência.

Ocorre que nem todos que são a favor da intervenção repressiva do Estado por meio da execução da pena concordam com sua faceta educativa. Como aduz Ferrajoli (*apud* QUEIROZ, 2001, p. 62-63):

o Estado, que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. [...] As penas, conseqüentemente, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.

Até porque existem outros mecanismos de controle social que desempenham este papel educativo, como a Escola, a família, os organismos não governamentais, as fundações, dentre outros institutos que estão na base social, e agem na prevenção primária dos delitos, incidindo o Direito Penal apenas quando todos estes meios falhassem, daí o seu princípio norteador de *ultima ratio*.

Ademais, outra crítica relevante a ser feita é no tocante aos limites da pena, uma vez que não se sabe ao certo quanto tempo dura a ressocialização de uma pessoa, variando subjetivamente segundo a personalidade de cada um.

Pode, por isso, transformar-se num terror estatal, já que “a idéia de que penas mais altas e mais duras têm um maior efeito intimidatório tem sido historicamente [...] a razão mais freqüente das penas “sem medidas”” (ROXIN, 1997, p. 93).

Em realidade, tanto a Escola técnico-jurídica italiana quanto a Escola Moderna alemã foram as responsáveis pelo constructo teórico da dogmática jurídico-penal erigida em fins do século XIX, momento em que houve uma real ruptura com a criminologia e a política criminal, tendo sua autonomia reconhecida no campo científico. Desta forma, restou à ciência penal investigar a norma penal, suas fontes, a estrutura do delito, a pena e formatar o sistema penal como forma de controle social à disposição do Estado.

3 A DOGMÁTICA PENAL E SEUS ALICERCES CIENTÍFICOS

A dogmática penal, consoante análise retro-apresentada, é uma ciência relativamente nova, pois tem sua origem em fins do século XIX, estando ela à disposição da administração da justiça, como forma de controle social a serviço do Estado. Sua missão é “desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídicas em sua conexão interna, ou seja, ‘sistematicamente’” (WELZEL, 1987, p. 11 *apud* ANDRADE, 2003, p. 119).

Como ciência que é precisa seguir os princípios e métodos intrínsecos à sua natureza, delimitando bem o seu objeto de conhecimento acerca do qual desenvolve sua doutrina.

Assim sendo, estudar-se-á inicialmente os princípios basilares deste ramo científico jurídico-penal para, a *posteriori*, compreender a estrutura do delito e os critérios da aplicação da pena na dogmática penal positivista, sempre tendo em vista a missão declarada pela Dogmática Penal moderna.

Os princípios penais, ínsitos ao Estado de Direito, possuem a função norteadora de ofertar segurança jurídica aos cidadãos livres e submetidos à tutela estatal. Podem-se citar, unanimemente pela doutrina, o princípio da legalidade, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade, da humanidade e da individualização da pena, como molas-mestras do edifício jurídico-penal erigido desde a modernidade.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PENA

Princípios, consoante Alexy (1993, p. 86-87), “são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus”, podendo ser, por isso, ponderados, sopesados, segundo o caso concreto.

Funcionam como a mola-mestra de qualquer ciência, uma vez que tem por função traçar rumo, apontar direção, como uma bússola que dá ao navegador o sentido correto para que tenha êxito em sua aventura de navegação. Podem ser empregados em três sentidos diferentes, consoante Soares (2010, p. 63-64):

num primeiro, seriam normas gerais que traduzem valores e que, por isso, são ponto de referência para regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para estabelecimento de normas específicas. No último, seriam generalizações obtidas por indução obtidas a partir de normas vigentes em cada ramo jurídico.

Depreende-se do acima exposto, ser o princípio, como o seu próprio nome sugere, o início de tudo, de onde parte e fundamenta o Direito em suas várias ramificações, sendo que, cada uma destas, contém sua própria base principiológica de onde emanam suas regras positivas.

As regras, nesta acepção, funcionam como mandado de comportamento prático, indicando em seu bojo o que é permitido, facultado e proibido ao sujeito de direito realizar em suas relações intersubjetivas, tendo validade, entretanto, quando observado os princípios de onde provêm.

Naturalmente, possuem estruturas diferentes, sendo os princípios valorativos, abstratos e genéricos, enquanto as regras são construídas na modalidade do tudo ou nada, numa racionalidade eminentemente silogística e objetiva, estipulando sanções para quando seus ditames legais forem descumpridos, reclamando para si, por isso, uma neutralidade axiológica indispensável para assegurar a segurança jurídica.

Havendo um conflito entre os princípios que regem o ordenamento jurídico, os mesmos continuarão coexistindo no ordenamento jurídico, pois pela técnica da ponderação será possível escolher um em detrimento dos demais, que permanecerão válidos e insertos no arcabouço jurídico do sistema.

os princípios [...] possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a sua validade (ÁVILA, 2009, p. 37).

As regras, por outro lado, sendo antinômicas, terão que, necessariamente, ser expurgada uma delas do ordenamento jurídico, haja vista ser este completo e harmônico, não podendo existir regras diferentes para regular uma mesma situação da vida prática.

Princípios e regras, entretanto, “em sua sinergia e complementaridade, são indispensáveis ao equilíbrio do Direito, visto que a concepção isolada destas espécies normativas poderia interferir no funcionamento do sistema jurídico” (SOARES, 2010, p. 65).

Realizada as distinções entre princípios e regras na Ciência Jurídica poder-se-á analisar de modo mais acurado os princípios relativos à Dogmática Penal, haja vista serem estes constructos teóricos alicerces desta ciência na modernidade, notadamente inaugurando o Estado de Direito, que traz por missão salvaguardar interesses individuais frente ao arbítrio do Estado, agindo este única e exclusivamente em consonância com as prescrições legais.

Desta sorte, tem-se inicialmente o princípio da legalidade que, consoante Santos (2010, p. 20) “é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito”. No Estado brasileiro encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXIX, prescrevendo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Isso significa que em um Estado de Direito, para que alguém possa ser submetido a uma pena, é imprescindível que haja uma cominação legal oriunda do Poder Legislativo, claramente expressa e que vincule sem margem de dúvida a mensagem estatal no tocante à criminalização de condutas. Decorrente deste princípio tem-se alguns corolários lógicos, que o complementam, tais como: a irretroatividade da lei penal mais severa; a taxatividade e a lei penal em branco.

A irretroatividade da lei penal assegura ao cidadão que ele não poderá ser sancionado posteriormente de modo mais severo do que quando da cominação da infração penal, ou seja, oferece-lhe uma segurança de que será julgado conforme a pena estabelecida ao tempo do crime. Apenas, de modo excepcional, a lei poderá retroagir para alcançar o infrator, porém, sempre que isso ocorrer será para beneficiar o agente, jamais para prejudicá-lo, conforme dispostos na Carta Magna brasileira, no art. 5º, inc. XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A taxatividade impõe ao Poder Legislativo a “elaboração das leis que formule tipos penais com a máxima precisão de seus elementos e ao Judiciário que os interprete adequadamente” (QUEIROZ, 2010, p. 51). Quando isso não ocorre, diz-se que se está diante de uma norma penal em branco que

são normas penais incriminadoras que embora cominem a sanção penal respectiva, seu preceito, porque incompleto, depende de complementação (expressa ou tácita) por outra norma [...] de modo a precisar-lhe o significado e conteúdo exatos (QUEIROZ, 2010, p. 51).

Outro princípio que se encontra estritamente ligado à legalidade é o denominado princípio da culpabilidade, pois

a culpabilidade fundamenta-se no conhecimento (real ou possível) do tipo de injusto, logo, o princípio da culpabilidade pressupõe ou contém o princípio da legalidade como definição escrita, prévia, estrita e certa do tipo de injusto. (SANTOS, 2010, p. 24).

Ainda conforme Santos (2010, p. 24)

o princípio da culpabilidade, expresso na fórmula *nulla poena sine culpa*, é o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe punir pessoas sem os requisitos do juízo de reprovação.

Isso significa que para se punir alguém no Estado Democrático de Direito, é preciso que a pessoa seja a) imputável, ou seja, tenha condição mental, discernimento de seu ato criminoso e, por isso, possa ser apenada; b) não esteja em situação de erro de proibição inevitável, ou seja, na situação fática que se encontre tenha condições, ainda que potenciais, de compreender o caráter ilícito de sua ação e c) e não esteja com o seu poder de decisão/ arbítrio comprometido, realizando o ato criminoso em contexto de anormalidade, o que levaria, juridicamente, à exculpação do ordenamento jurídico pátrio (QUEIROZ, 2010).

Já o princípio da lesividade, também conhecido como da ofensividade, determina que a pena seja aplicada quando houver lesão relevante ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora. Nas palavras de Santos (2010, p. 26),

o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico.

Corolário lógico do princípio da lesividade é o princípio da insignificância ou da bagatela que ocorre quando

o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (inevitavelmente valorativo) sobre a tipicidade material, quanto a condutas que, embora formalmente típicas, não o sejam do ponto de vista material, dada a sua irrelevância (QUEIROZ, 2010, p. 60).

Assim, a insignificância ou bagatela é avaliada pelo Estado-Juiz no caso concreto, não podendo ser determinada em abstrato. Vico Mañas citado por Queiroz (2010, p. 60) diz tratar-se “de um instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal” que

embora tenha sido rechaçado pela jurisprudência tradicional, o princípio vem sendo reconhecido amplamente. Mas os julgados em geral têm-no admitido apenas em relação a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, sobretudo crimes patrimoniais (pequenos furtos e danos) e contrabando ou descaminho (QUEIROZ, 2010, p. 60).

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, “compreende os princípios (ou subprincípios) da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito” (QUEIROZ, 2010, p. 55), significando, em outras palavras, que o Estado deve observar sempre a necessidade de aplicar a sanção penal, se esta é adequada ao caso concreto e, ainda, se é proporcional à gravidade do injusto penal cometido.

Mais uma vez é preciso ressaltar que se está diante de um Estado Democrático de Direito que, por isso, não pode ser tirânico, aplicando penas de modo arbitrário, desrespeitando direitos fundamentais do cidadão.

Para que haja a aplicação da sanção (resposta do Estado ao delito cometido) é preciso que se verifique, concretamente, a real necessidade da pena, que deve estar em consonância com a sua finalidade (prevenção de delitos), devendo ser ela proporcional (grau de aferição, do *quantum* de sanção) à gravidade da ação delituosa.

Essa proporcionalidade em sentido estrito é de suma relevância para a eficácia da resposta penal, pois se excessiva poderá causar maior revolta naquele que cumpre

a sanção penal, sendo, desta forma, contraproducente e, a *contrario sensu*, se muito branda, poderá não dissuadir o agente de cometer novas infrações penais.

Corolário do princípio da proporcionalidade, encontra-se o *ne bis in idem*, ou seja, a “dupla valoração do mesmo fato jurídico, de modo a recriminá-lo ou a agravar-lhe a pena duplamente” (QUEIROZ, 2010, p. 58).

Por óbvio haveria uma desproporcionalidade na aplicação da pena caso o indivíduo sofresse duas vezes a punição pelo mesmo fato delituoso, pagando duas vezes pelo mesmo tipo de injusto. Vale ressaltar que cada cominação legal possui sua respectiva sanção penal, em conformidade com o princípio da legalidade (taxatividade), sendo também este princípio ferido caso ocorresse o *bis in idem*.

O princípio da humanidade encontra-se insculpido na Constituição brasileira de 1988, também direito fundamental do cidadão, uma vez que localizado no art. 5º, inc. XLVII, prescrevendo a vedação da aplicação da pena de morte (salvo em caso de guerra), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Constitui, ainda, fundamento do Estado Democrático de Direito, pois está elencada no rol do art. 1º, inc. III, do mesmo diploma legal, a saber: dignidade da pessoa humana.

Por isso, ainda que alguém tenha infringido a lei penal, lesado um bem jurídico salvaguardado pelo Estado, não poderá ter tratamento desumano e degradante, devendo ser assegurado direitos fundamentais que não são retirados com a prolação da sentença penal condenatória.

Por derradeiro tem-se o princípio da individualização da pena, que também se encontra na Constituição Federal, sendo cláusula pétrea, inserido no rol dos direitos fundamentais do ser humano, notadamente no art. 5º, inc. XLV, prescrevendo que

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, nos termos da lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido.

No Estado de Direito apenas quem pode sofrer sanção penal é o autor da infração, o sujeito que cometeu o injusto, jamais respondendo um terceiro alheio ao fato criminoso. García-Pablos citado por Queiroz (2010, p. 67) afirma que

um direito penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependam em absoluto da vontade do indivíduo deve ser qualificado de arbitrário e disfuncional, haja vista que a norma penal carece de todo poder motivador e o castigo perderia toda a sua justificação.

Castigado, portanto, pode ser apenas o indivíduo infrator da norma penal, existindo uma relação direta de pessoalidade entre a pena aplicada e o agente que cometeu o injusto penal, sendo esta responsabilidade denominada de subjetiva, uma vez que se refere ao sujeito ativo ensejador da ação delituosa.

Conclui-se, pelo exposto, que os princípios penais, por serem fundantes do sistema penal, são de observância obrigatória tanto para o Poder Legislativo no momento da elaboração da lei, como para o Poder Judiciário, quando da aplicação da sanção, bem como, ainda, para o Poder Executivo, quando executa e materializa a sentença penal condenatória.

É a rígida observância dos princípios penais que faz com o que o Estado seja garantista, protegendo os cidadãos de todo e qualquer arbítrio estatal. São justamente estas normas que devem prevalecer sobre qualquer investida do Estado no tocante a retirar direitos consagrados secularmente e positivados numa ordem democrática e de direito.

São estes os postulados principais do Sistema Penal conclamados pela Modernidade, é esta a herança deixada pelos reformadores no tocante ao discurso declarado pela dogmática jurídico-penal.

3.2 A ESTRUTURA CONCEITUAL DO DELITO E SUA CONSEQUÊNCIA LÓGICO-JURÍDICA

O objetivo deste subtópico não é esmiuçar a teoria do delito consoante disposto nos manuais de Direito Penal, uma vez que não é este o objeto desta pesquisa, mas apenas demonstrar como se encontra estruturada a operacionalidade do sistema

penal no tocante ao fato-crime e sua punibilidade, visando, *a posteriori*, analisar a lei nº 11.343/2006 nesta ótica positivista.

Conceitualmente, o delito representa sempre uma ofensa (real ou potencial) a um bem jurídico juridicamente relevante para um determinado ordenamento estatal. Para proteger interesses do Estado a Ciência Jurídica justifica sua existência, em suas mais variadas ramificações, sendo deixado a cargo do Direito Penal apenas os bens jurídicos mais importantes e imprescindíveis ao convívio social.

Daí advém o seu caráter de subsidiariedade e fragmentariedade, pois seria impossível para o sistema penal suportar ofensas a todos os bens jurídicos considerados importantes para o Estado, tanto no seu aspecto material (ausência de estrutura policial, julgadores, penitenciárias, etc.) quanto no seu aspecto formal (proporcionalidade entre a sanção aplicada e ao ilícito cometido), lembrando ser o Direito Penal o braço armado do Estado, mais invasivo da esfera da dignidade da pessoa humana, capaz de retirar o bem jurídico inato ao ser humano: a sua liberdade.

Por isso, o crime é um fenômeno complexo. É preciso ao criminalizar condutas ter sempre em mente a necessidade desta ação, selecionando pela imprescindibilidade da tutela jurídica penal os bens que realmente devem ser alcançados pelo sistema repressivo estatal.

Para aplicar sanção de natureza penal, entretanto, a ciência do Direito Penal estabeleceu a necessidade de preencher três elementos constitutivos do fato-crime, a saber: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sem os quais não poderá se falar em delito, muito menos em punibilidade.

Para compreender a tipicidade, consoante a teoria do delito, é preciso entender o conceito de tipo, que nada mais é do que escolhas político-jurídicas do Legislador no tocante à proteção dos bens na esfera penal. Este primeiro elemento constitutivo do delito encontra-se intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade já supramencionado, haja vista não poder haver tipicidade (concretização da ação

humana no plano do ser de algo proibido ou permitido no plano do dever-ser) sem um tipo penal correspondente, emanado por lei clara, certa e escrita.

Constituintes do tipo penal são os elementos subjetivos de dolo ou culpa relacionados à intenção e consciência do agente ensejador da conduta criminosa. Sendo o dolo a regra do Direito Penal, formada pela consciência e a vontade de cometer o crime e a culpa *stricto sensu* uma ação involuntária do agente desprovida de intencionalidade, causando o resultado por negligência, imprudência ou imperícia.

Hodiernamente tem-se ainda a denominada culpa consciente que se assemelha muito ao dolo eventual, diferenciando apenas no elemento subjetivo do agente, pois objetivamente ambos possuem em sua essência o elemento da previsibilidade do resultado, sendo que no dolo consciente o agente não se importa caso venha causar um resultado danoso, enquanto que na culpa consciente o agente acredita sinceramente que evitará com sua destreza o resultado pernicioso à vítima.

A ilicitude, por sua vez, representa uma contrariedade da ação humana quando contrastada com o ordenamento jurídico vigente, sendo mais claramente definido por Toledo (1994, p. 85) como “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.

Por fim, tem-se a culpabilidade, que consoante Boschi (2011, p. 53) “é a reprovação ou censura pelo fato cometido por indivíduo maior de 18 anos, livre e mentalmente são, com consciência (profana) da ilicitude e aptidão para respeitar – ao invés de violar – a lei”.

Assim sendo, a culpabilidade refere-se ao agente, é um juízo de reprovação relacionado à pessoa infratora da lei penal e não mais ao fato-crime, sendo este analisado com relação à tipicidade e antijuridicidade.

Há, ainda, algumas excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade que podem ser argüidas pela defesa no momento do processo penal, tendo por conseqüência ou a isenção da pena ou a sua redução, consoante o caso concreto.

Desta forma, tem-se o erro de tipo e o erro de proibição, como excludentes da tipicidade e da culpabilidade, respectivamente, quando ambas são inevitáveis ou, quando evitáveis, a redução do *quantum* da pena, bem como, as causas excludentes de antijuridicidade emanadas do ordenamento jurídico tais como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

Há ainda as causas supra-legais de exclusão de antijuridicidade quando, por exemplo, ocorre o consentimento do ofendido nos crimes que se encontram no rol de disponibilidade do ofendido.

Por fim, tem-se as causas de exclusão da culpabilidade relativas à pessoa do infrator, quais sejam a inimputabilidade penal, falta de consciência da ilicitude (real ou potencial) e inexigibilidade de comportamento diverso.

Como conseqüência lógico-jurídica do delito tem-se a pena que, consoante Código Penal brasileiro pode ser de três espécies: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa, podendo ser estas cumuladas ou aplicadas alternativamente, a depender do caso concreto e da previsão legal.

Posto isto, o juiz no caso concreto ao aplicar uma pena e restringir a liberdade do cidadão partícipe de um Estado de Direito precisará analisar minuciosamente todos estes elementos constitutivos do delito e suas peculiaridades para, então, mensurar dentro da esfera legal o *quantum* da pena, sempre visando ser esta suficiente para a repressão e prevenção dos delitos, consoante disposto no art. 59 do Código Penal pátrio.

Quando imposta, a pena deve sempre ser proporcional ao dano cometido sob pena de ser tirânica, levando em consideração sua necessidade, adequação e

proporcionalidade em sentido estrito, suficiente para repressão e prevenção do delito.

3.3 ANÁLISE DA LEI 11.343/2006 SOB A PERSPECTIVA LÓGICO-POSITIVISTA

Pela perspectiva positivista pode-se afirmar que o bem jurídico tutelado pela lei nº 11.343/2006 é a saúde pública que, consoante a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas ratificada pelo Brasil em 26 de junho de 1991, representa uma ameaça ao bem-estar dos seres humanos e tem efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade.

Assim sendo, o Brasil como todos os países signatários desta Convenção se comprometeram no plano internacional a combater às drogas em seus territórios, visando preservar a saúde pública de todos os seus cidadãos, donde conclui ser este tipo de crime de natureza transindividual, sendo as vítimas difusas e não determinadas, como as são nos crimes individuais (ex.: furto, roubo, homicídio, etc.).

Os tipos penais desta lei estão contidos em capítulos e títulos diferentes, uma vez que o legislador entendeu por bem separar devidamente as condutas entre usuário e traficante, prescrevendo para aqueles penas alternativas e para estes penas privativas de liberdade, ambas podendo ser cumuladas com multas.

O art. 28 da lei nº 11.343/2006 prescreve as condutas praticadas pelo usuário de drogas, prescrevendo que

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

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Seu § 1º prevê ainda que

às mesmas penas 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.

As penas relativas à prestação de serviço à comunidade, bem como, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo terá o prazo máximo de 05 meses, podendo, se reincidente o agente, serem aplicadas no prazo máximo de 10 meses, consoante dispõe os §§ 3º e 4º da lei de combate às drogas.

Caso o agente injustificadamente se recuse a cumprir as medidas educativas previstas nos incisos I, II e III do art. 28, o juiz poderá submetê-lo sucessivamente a admoestação verbal e multa, esta em quantidade nunca inferior a 40 nem superior a 100 dias-multa, que variará conforme a capacidade econômica do agente, no valor de um trinta avos até três vezes o valor do maior salário mínimo.

De extrema relevância é o § 2º do art. 28 da lei em comento, pois prescreve a conduta que o juiz deverá adotar para se orientar quanto ao destino da droga. Para determinar se se destina a consumo pessoal, o juiz deverá atentar para “à natureza e a 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”.

Consoante entendimento doutrinário, a lei nº 11.343/2006 despenalizou o uso de drogas ilícitas, já que não mais prevê pena privativa de liberdade para esta conduta, sendo ainda crime, entretanto, o seu consumo, porém, sancionado com penas alternativas conforme supra-apresentado.

A conduta de traficar drogas está prevista no art. 33 do estatuto repressor, conforme se depreende do exposto abaixo:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

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

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

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

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

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

Ressalte-se que o § 4º do diploma repressor foi julgado inconstitucional pelo STF após Habeas Corpus 97256 impetrado pela Defensoria Pública da União, cabendo atualmente ao juiz da causa a decisão referente à conversão ou não da pena privativa de liberdade em restritiva de direito quando da análise do caso concreto do agente sentenciado por tráfico de drogas.

Apesar deste diploma legal ser uma lei penal em branco, haja vista a definição das drogas, substâncias ou produtos capazes de causar dependência encontrar-se em portaria emanada do Poder Executivo da União, consoante parágrafo único do art. 1º da lei nº 11.343/2006, isto não compromete em absoluto a sua legalidade, se prestando ela eficientemente a informar à coletividade as condutas lesivas à saúde pública, bem como, as penas cominadas pela inobservância das mesmas.

Partindo para análise mais acurada dos artigos em comento, relativos à figura do usuário e traficante de drogas, percebe-se, de imediato, que o legislador não seguiu devidamente o colorário da taxatividade, decorrente do princípio da legalidade prevista na Constituição pátria, haja vista não tratar com clareza e precisão o *quantum* da droga a ser considerada para efeito de classificação jurídica entre os arts. 28 e 33, bem como, deixa uma margem de discricionariedade bastante elastecida para o magistrado julgar as circunstâncias sociais e pessoais do agente, elementos subjetivos por natureza, podendo este sopesar negativamente tais qualidades a depender de seus parâmetros valorativos.

Conforme ressalta Zaccone (2007, p. 9),

esquecem os defensores da realidade intocável que os números não existem independentes de uma análise interpretativa, de que somente os homens com seus interesses historicamente construídos podem concluir acerca, por exemplo, de um crescimento no número de pessoas encarceradas, no aumento da quantidade de armas apreendidas e, principalmente, nos elevados índices de cidadãos mortos, de todos os lados, nos confrontos com a polícia.

Por isso, a interpretação realizada pelo magistrado deve estar mais próxima possível daquela oriunda do Poder Legislativo que, num Estado de Direito, representa os interesses da coletividade. Daí a importância do corolário da taxatividade para o Direito Penal moderno, pois visa evitar justamente arbitrariedades perpetradas pelo Estado-juiz que venha a desrespeitar valores relativos à dignidade da pessoa humana, como em tempos do Estado absolutista.

O corolário da insignificância advindo do princípio da lesividade também deve aqui ser observado pois, apesar de não estar previsto expressamente em lei, já faz parte tanto da doutrina quanto da jurisprudência brasileira, e deverá ser levada em consideração no caso concreto quando a extensão do dano não for significativo tanto no âmbito qualitativo quanto quantitativo, devendo ser observado, no caso em tela, a saúde pública, vez ser este o bem jurídico protegido pelo estatuto repressivo em comento, sendo as vítimas sempre indeterminadas.

Ressalte-se que o tráfico de drogas no Brasil é considerado dentre o rol dos crimes hediondos, dificultando sobremaneira a execução da pena do condenado que vê seus direitos sempre mais endurecidos quando comparados a outros delitos não considerados hediondos.

Posto isto, a responsabilidade do magistrado é ainda maior quando do momento da classificação entre usuário e traficante de drogas, devendo sua sentença ser motivada de forma mais objetiva possível, sempre evitando subjetividades que dão margem a dúvidas no âmbito legal.

As condutas do tipo penal prescritas no art. 28 e no art. 33 são as mesmas, a saber: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo a droga, sendo de

fundamental importância o elemento referente à natureza e quantidade de drogas que, apesar de serem fatores objetivos e fáceis de mensurar, a lei nº 11.343/2006 não trouxe taxativamente o *quantum* para efeito de classificação de condutas, deixando margem para iniquidades.

Assim sendo, pela ótica positivista, o primeiro elemento constitutivo da teoria do delito, a saber, a tipicidade, no caso do estatuto repressivo em comento, já deixa a desejar, quando não se sabe ao certo e com precisão quando o agente age finalisticamente motivado para consumir ou traficar, sendo desrespeitado o corolário da taxatividade, pedra angular do princípio da legalidade no Estado de Direito que tem em vistas proteger seus cidadãos de violência do Estado.

Quanto à antijuridicidade que é um juízo de contrariedade do ordenamento jurídico positivo pode-se apenas tentar vislumbrar no caso concreto uma possível isenção de pena tendo por argumento o estado de necessidade, quando constatado que o agente atuava impulsionado por extrema miséria e sem condições reais de poder ganhar a vida de uma forma mais digna.

No tocante à culpabilidade, é preciso primeiramente que o juiz verifica a imputabilidade do agente, se podendo agir de forma diferente preferiu incorrer no ilícito e, ainda, se possuía no momento da ação consciência da ilicitude, uma vez que a própria lei nº 11.343/2006 traz previsão legal nos arts. 45 e 46, respectivamente, a isenção de pena quando o agente em razão de dependência ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou forma maior de droga era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou redução da pena de um terço a dois terços, se o agente não possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Quando isento de pena há para o ordenamento jurídico legal a denominada exclusão de culpabilidade (art. 45), quando reduzida a pena (art. 46) o agente responde normalmente pelo delito de tráfico de drogas, sendo beneficiado, porém, pela redução de sua sanção criminal.

Pelo viés positivista a pena cumpre sempre uma função jurídico-política de prevenção de delitos, no caso *in concreto*, prevenção e combate ao tráfico de drogas, bem como ao seu consumo.

Mais uma vez aqui o julgador precisa redobrar sua atenção quando for individualizar a pena do condenado, pois a margem legal prescrita pelo Poder Legislativo foi bastante ampla para a prescrição da pena-base, variando no mínimo de 5 e no máximo de 15 anos de reclusão. O fator natureza e quantidade de drogas, bem como, circunstâncias sociais e pessoais mais uma vez surge como preponderante no cálculo dessa variável, por isso, as observações realizadas anteriormente também agora são válidas.

Ressalte-se, ainda, que pelo Código Penal vigente a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos poderá ser iniciada em regime semi-aberto, em estabelecimentos destinados a receber esses ingressos no sistema penal, como colônias industriais e agrícolas, sendo que, se superior a 8 anos será, via de regra, iniciada em regime fechado, em penitenciárias de segurança máxima e média.

Vale então aqui uma crítica ao Poder Legislativo quando da individualização da pena na fase da criminalização primária, tendo desrespeitado o princípio da proporcionalidade das penas, pois para condutas iguais, a saber: traficar, poderá um agente ser submetido a um internamento em regime semi-aberto e outro a um regime bem mais rígido e dificultoso que é o regime fechado.

No tocante ao aspecto metodológico, pode-se afirmar que a Dogmática Penal positivista acredita que todos aqueles que adotem comportamentos típicos, antijurídicos e culpáveis de fato tenham suas ações subsumidas ao tipo penal abstratamente culminado pelo ordenamento jurídico, e sejam apenados igualmente pelo sistema repressor.

Defendendo uma ótica puramente mecanicista, crêem que independentemente do estado de vulnerabilidade em que se encontrem, todos, igualmente, possuem a mesma chance de sofrerem com o processo de criminalização idealizado pelo

Estado de Direito, sendo, portanto, o sistema penal isonômico em sua dinâmica repressora.

Tal tese advém, consoante já esposado, da construção teórica da Dogmática Penal moderna que com seu tecnicismo jurídico pretende construir um sistema lógico-dedutivo racionalizador e garantidor da segurança jurídica de todos aqueles que se encontram submetidos ao julgo do Estado de Direito.

4 CORRENTES TEÓRICAS DESLEGITIMADORAS DO DIREITO PENAL MODERNO

A partir da década de 30 do século XX surgiram estudos sociológico-criminais nos Estados Unidos da América que questionavam criticamente todo o aparato teórico-metodológico da Dogmática Penal positivista hegemônica desde o final do século XIX.

Partindo da premissa de que o fenômeno do crime só pode ser compreendido a partir de análises situadas socialmente, segundo formações políticas específicas, estas teorias rompem com a homogeneidade de uma sociedade abstrata idealizada representativa do bem, onde o crime representa tão-somente o seu contraponto, o mal, e passa a trabalhar “com uma abstração determinada correspondente a específicas formações econômico-sociais e aos problemas e contradições que lhe são inerentes” (BARATTA, 2002, p. 48).

Ademais, as teóricas sociológico-criminais têm como ponto de partida em comum não o crime em si como um ente ontológico pré-constituído à reação social, mas o inverso, examinam o processo de criminalização e a conseqüência disso numa dada sociedade produtiva.

Essa direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam) e que, por isso, o status social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência (BARATTA, 2002, p. 86).

Estas correntes sociológico-criminais revelam-se como contraponto das teorias alicerçadas na ideologia da defesa social, tendo por premissa não mais as anomalias ou patologias criminógenas concernentes a alguns indivíduos, mas, diferentemente, parte do pressuposto que comportamentos criminosos encontram-se espalhados na sociedade de maneira muito mais difusa do que se imagina, sendo, entretanto, rotulados como criminosos apenas uma pequena quantidade de pessoas selecionadas pelo sistema penal.

4.1 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

A teoria do etiquetamento social, também conhecida como “teoria do *labeling approach*” ou da “reação social” foi constituída, segundo Baratta (2002) por duas correntes teóricas sociológicas americanas intrinsecamente ligadas entre si, a saber: o interacionismo simbólico de Mead e a etnometodologia de Alfred Schutz.

Ela assume uma posição de que a realidade social é construída a partir de interações concretas entre indivíduos, não havendo uma realidade objetiva, compartilhada universalmente, mas sempre produto de inter-relações subjetivas historicamente situadas.

Nesta concepção, o crime não existe de *per sí*, como um dado natural que deve ser observado, dissecado e analisado objetivamente, conforme faziam os criminólogos positivistas, mas é um produto de inter-subjetivações humanas, de construções espaços-temporais localizadas e, por isso, sempre sujeito a modificações.

Por isso a teoria do *labeling approach* propõe-se a estudar a criminalização em si, historicamente situada, desde o momento da sua identificação e seleção, visando compreender as conseqüências deste processo nunca determinada sociedade concreta, indagando:

quem é definido como desviante?” “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?” “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem? (BARATTA, 2002, p. 88).

Para responder tais perguntas, a teoria da rotulação social busca investigar o papel das agências de controle formal e informal, estas representadas pela escola, igreja, família, associações, etc. e, aquelas, pelo sistema penal legitimado pelo Estado (Poder Legislativo, Poder Judiciário e o Poder Executivo), bem como, a sinergia existente entre eles.

Este corte epistemológico fornecido pela ideologia da reação social alterou significativamente o olhar sobre o criminoso, que de animal atávico e preso ao seu determinismo biológico e social, passou a ser visto como um constructo social forjado pelas instâncias formais e informais de poder.

A teoria do etiquetamento social buscou demonstrar que o crime é um processo dinâmico que parte da criminalização primária (Poder Legislativo), passa pela criminalização secundária (polícia e Poder Judiciário) e deságua na criminalização terciária (penitenciária), tendo por finalidade a neutralização dos indesejáveis numa determinada sociedade.

Assumido que, em sociedades pluralistas, todos experimentam impulsos desviantes e realizam condutas exorbitantes dos parâmetros normativos, a teoria da rotulação constrói uma “concepção do mundo”, numa dupla perspectiva: das pessoas definidas (por outras) como desviantes e das pessoas que definem (os outros) como desviantes (SANTOS, 2008, p. 18).

Desta sorte, sua fundamentação gira em torno de dois conceitos fundamentais:

- 1) a existência do crime depende da natureza do ato (violação da norma) e da reação social contra o ato (rotulação): o crime “não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social (BECKER, 1963, p. 8 *apud* SANTOS, 2008, p. 19);
- 2) não é o crime que produz o controle social, mas (freqüentemente) o controle social que produz o crime: a) comportamento desviante é comportamento rotulado como desviante; b) um homem pode se tornar desviante porque uma infração inicial foi rotulada como desviante; c) os índices de crime (e desvio) são afetados pela atuação do controle social (LEMERT, 1964, *apud* SANTOS, 2008, p. 19).

A conseqüência dessa rotulação, conforme a teoria do *labeling approach*, é a adesão pelos etiquetados a aderir comportamentos condizentes com suas etiquetas, internalizando-as de tal modo que chegam a criar subculturas apartadas da ideologia central, com valores e regras próprias, dissociadas por completo da cultura dominante.

A percepção de igualdade entre os rotulados por meio da assunção de suas identidades construídas socialmente acabam por criar laços de solidariedade entre si, tendo por via de conseqüência a construção de carreiras criminosas, comportando-se exatamente como esperam àqueles que lhes puseram a etiqueta.

O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes conseqüências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados (SANTOS, 2008, p. 20).

O resultado disso é óbvio: rotulados, etiquetados e desviados do sistema, são punidos pelas agências de controle social, neutralizados e inocuidados de tal modo que ficam afastados completamente do nicho hegemônico representativo da sociedade, cuja consequência num modelo capitalista de produção é justamente a manutenção do *status quo* dominante.

A criminalidade vista por este prisma nada mais é do que

um bem negativo (etiquetamento) que a sociedade (controle social) reparte com o mesmo critério de distribuição de outros bens positivos (o status social e o papel das pessoas: fama, patrimônio, privilégios, etc.), mas em relação inversa e em prejuízo das classes sociais menos favorecidas. A criminalidade é o exato oposto dos bens positivos (do privilégio). E como tal é submetida a mecanismos de distribuição análogos, porém em sentido inverso a distribuição destes (ANDRADE, 2003, p. 278).

A utilidade da pena defendida pela Escola Positivista fica bastante questionada a partir das descobertas do *labeling approach*, uma vez que

antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinqüente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa (BARATTA, 2002, p. 90).

A pena pela perspectiva da teoria do etiquetamento social possui uma função diversa da oficialmente posta pelo sistema penal (repressão, prevenção geral e especial). Sua utilidade se dá na medida em que estigmatiza os desviados selecionados pelas agências de controle formais, marcando-os definitivamente de modo a segregá-los da classe social hegemônica.

A ideologia da reação social questionou arduamente os alicerces da Dogmática Penal positivista, refutando muitos de seus princípios, ensejando uma nova leitura do binômio crime/ criminoso, realizada a partir da criminologia crítica que, com pretensão unificadora científica tem por missão demonstrar a real influência da estrutura objetiva sobre a distribuição da criminalidade entre os atores sociais em estado de vulnerabilidade.

4.2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SEUS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Consoante Santos (2008, p. 5-6), um dos primeiros estudos da teoria crítica utilizando o método dialético foi o trabalho coletivo *The New Criminology* (Taylor, Walton e Young, 1973), que pretendeu desenvolver uma criminologia marxista, estudando o crime e o controle social numa perspectiva histórico-materialista, onde

a economia política – ou melhor, a estrutura econômica em que se articulam as relações sociais no capitalismo – surge como determinante primário da formação social, formalizado nas superestruturas jurídicas e políticas do Estado.

A análise da criminalidade pela perspectiva do materialismo histórico conduz a proposições teóricas adversas das difundidas pelo poder instituído, significando novo arcabouço teórico científico, a saber:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo da tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2002, p. 162).

A criminologia crítica buscou demonstrar que os crimes cometidos por pessoas influentes denominados “crimes de colarinho branco” não são representados nas estatísticas criminais ou, quando são, não retratam a realidade deste tipo de desvio, uma vez que as agências de controle social não punem ou, quando fazem, punem com menos rigor estes delitos, sendo seus sujeitos ativos tratados não como criminosos pelo sistema penal, mas como pessoas comuns, uma vez que não têm nenhum tipo de estigma ou etiqueta social que denotem os desvios por eles cometidos.

No âmbito da criminalização terciária a pena prisão é praticamente inexistente para os criminosos com prestígio social elevado que, no máximo, pagam por seus delitos com penas de multa, extinguindo a punibilidade de seus crimes sem sequer terem sua imagem associada a de um criminoso.

A criminalização secundária demonstrou, por sua vez, o enorme abismo que existe entre a quantidade real de criminosos de colarinho branco e suas respectivas punições pelo sistema penal, gerando a denominada cifra negra da criminalidade.

A atuação do Estado no tocante ao crime/ criminoso acaba por denotar que todo o seu aparato repressor fica, em realidade, concentrado apenas e tão-somente na camada mais vulnerável de uma sociedade de classes o que leva, inexoravelmente, a uma neutralização da classe hegemônica que, muitas vezes, não são representadas ou, se são, de maneira ínfima, nas estatísticas oficiais.

Aqueles que são registrados oficialmente como “criminosos” constituem apenas uma pequena parte dos envolvidos em eventos que legalmente permitem a criminalização. Entre eles, jovens das partes mais desfavorecidas da população são fortemente super-representados (HULSMAN, 1997, p. 195).

Percebe-se, portanto, que os crimes de massa são super-representados estatisticamente em detrimento dos crimes de colarinho branco, tendo impacto direto na reação social das pessoas que, com medo de sofrerem violências individuais exigem mais tipos penais e mais rigor nas penas, no afã de resolverem seus problemas de segurança pública.

Esta cultura de medo disseminada primordialmente pelos meios de comunicação de massa acaba por criar um estado de terror permanente nas pessoas que nunca tiveram nenhuma passagem pelas agências de controle formais, apartando-as daquelas que, por algum motivo, já se fizeram presente no sistema penal, formando, desta forma, um verdadeiro *apartheid* social entre pessoas representativas do bem e aquelas que encarnam o mal.

A criminologia crítica observou que a extensão do dano causado aos bens jurídicos não são mensurados pelas agências de controle formais para a sua efetiva punição, já que os criminosos de colarinho branco lesam uma quantidade indeterminada de pessoas, sendo seus crimes essencialmente de natureza supra-individual, sendo, por isso, bem mais grave para o corpo orgânico social do que os crimes individuais (de massa), mas, que a despeito disso, ficam imunes ao poder de punição estatal.

A teoria da criminologia crítica, dessa forma,

ao invés de centrar na figura/estereótipo do binômio do casal criminoso/ crime, passou para olhar para aquém e além dele: percebeu que o indivíduo dito criminoso encontra-se necessariamente inserido em um contexto social, propenso, portanto à estigmatização e etiquetamento. Observou o discurso da legitimação/ exclusão dos indivíduos, percebendo a maneira pela qual o sistema repressivo é construído/ forjado. Esse sistema, com seus discursos hegemônicos de paz e ordem, com maquiagem de homogeneidade, escamoteia o modelo de sociedade excludente que sustenta/ legitima (MORAIS, 2005, p. 41 *apud* SANTOS, 2006, p. 69).

Embasados em tais premissas alguns críticos se insurgiram, em maior ou menor grau, contra o sistema penal posto e defendido pelo poder hegemônico, conclamando novéis formas de controle social não reformadora, mas, ao contrário, transformadora do *modus operandi* dominante.

Conhecidas como correntes teóricas deslegitimadoras da pena, estas correntes representam

movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob o influxo de teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do controle (QUEIROZ, 2001, p. 90-91).

Apesar de possuírem a mesma base teórica, as correntes deslegitimadoras da pena são bifurcadas em duas vertentes, a saber: minimalismo e abolicionismo penal, guardando dinâmicas próprias e conseqüências, ao menos em curto prazo, diversas.

O minimalismo penal legitima a pena como *ultima ratio*, ou seja, quando nenhum outro ramo do ordenamento jurídico solucionar o conflito existente, o direito penal estará legitimado para intervir. Nas palavras de Queiroz (2001, p. 105-106):

diferentemente do abolicionismo, o minimalismo penal aqui tratado, embora partilhando, em geral, da crítica abolicionista, propõe, imediatamente, a máxima contração do âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o, assim, residualmente, e só mediatamente a abolição – a longo prazo – desse subsistema de controle social.

O abolicionismo, ao revés,

recusa consistência científica a todas as premissas sobre que descansa o direito penal, e propõe, por isso, não apenas a extinção da pena, nem do direito penal, mas a imediata abolição de todo o sistema de justiça penal (QUEIROZ, 2001, p. 92-93).

Hulsman (1997, p. 190), um dos principais representantes do abolicionismo penal defende que a terminologia punição é utilizada numa acepção errônea pela justiça criminal, uma vez que “é somente na relação entre o “punidor” e o “punido” que se encontra o caráter de punição”, revelando por meio desta lógica que o que ocorre nas agências de controle formais é, em realidade, violência, devido ao caráter estrutural sobre o qual o modelo penal encontra-se estatuído.

Chama um evento criminalizável pelo Estado de “situação-problemática” e reivindica que a mesma seja resolvida pelas pessoas envolvidas, perguntando-lhes

o que aconteceu, de que maneira eles se sentiram ou se sentem injustiçados por ele, a quem ou a qual “estado de coisas” eles atribuem responsabilidade pelo evento, o que desejam fazer a respeito dele e/ou o que eles querem que seja feito por outros (HULSMAN, 1997, p. 206-207).

Propõe uma maior aproximação do ofensor e do ofendido, de modo que a solução encontrada seja eficaz para ambos e não violenta para as partes envolvidas, o que acaba por deslegitimar todo o sistema punitivo na resolução de conflitos.

Revela que a estrutura do sistema repressor não oferece nenhuma aproximação entre a vítima e o seu ofensor ou, quando oferece, o faz muito timidamente. Ao mecanizar sua lógica de resolução de conflitos, principalmente por meio da divisão de trabalho dos profissionais que lá se encontram, acaba suprimindo possibilidades reais de interação entre as partes que poderiam ser bastante proveitosas e instalando, em seu lugar, resoluções pré-fabricadas nos moldes cartesianos para o término das situações-problemáticas o que, na prática, acaba sendo contraproducentes, uma vez que ocorre uma “pacificação artificial da violência sem que a satisfação tenha chegado aos que vivenciaram o problema” (SILVA, 1997, p. 216).

Assim, “ao invés do sistema penal resolver os problemas a que se propõe, ele cria novos, além de agravar os já existentes. [...] A abolição pressupõe a criatividade, deixando de lado o automatismo da subsunção do fato à norma” (SILVA, 1997, p. 215).

Por conta da própria idiossincrasia do sistema punitivo estatal os abolicionistas reivindicam a redução autoritária do Estado e uma maior amplitude de liberdade para a resolução de conflitos individuais, já que compartilham da idéia de serem mais eficientes no combate da criminalidade devido à interação proporcionada pela mediação e conciliação extra-estatal, além da menor exposição (publicidade) das pessoas envolvidas nestes eventos.

Hulsman, para reforçar seu argumento recorre, ainda, a existência da cifra negra já comprovada cientificamente pela criminologia crítica, realçando sua convicção científica de que boa parte das situações-problemáticas é resolvida sem conhecimento da justiça penal, o que faz com que este instrumento de controle social seja ainda mais ineficaz na sua função declarada de combate e prevenção da criminalidade.

Por outra via, a deslegitimação do sistema repressor se dá, para Hulsman (1997, p. 195-196), já no âmbito da criminalização primária, no momento da seleção do quê criminalizar e do *quantum* de pena proposta, uma vez que não há nenhuma lógica interna para explicar a atividade legislativa na tipificação de situações-problemáticas, pois

possuem propriedades separadas e nenhum denominador comum [...]; nenhuma estrutura comum pode ser encontrada na motivação daqueles que estão envolvidos em tais eventos [criminosos], nem na natureza das conseqüências, nem nas possibilidades de se lidar com eles [...]. Tudo o que estes eventos têm em comum é o fato de que o sistema judiciário está autorizado a tomar providências contra eles.

Denuncia, dessa forma, a arbitrariedade do sistema punitivo estatal, sua seletividade intrínseca, sua violência estrutural, reforçando sua tese abolicionista de todo o controle de justiça criminal.

Ademais, ao reconstruir o cenário do crime, o sistema penal acaba por criar personagens fictícios, secundarizando o papel da “vítima” ao mesmo tempo em que reflete seus holofotes sobre os “criminosos”, tendo por consequência a inconsistência da própria justiça criminal já que

a consistência da escala dentro do sistema leva necessariamente a inconsistências com as escalas daqueles diretamente envolvidos fora do sistema, já que valores e percepções numa sociedade não são uniformes (HULSMAN, 1997, p. 199).

Por fim, afirma que

a criminalização é injusta, já que, através de sua própria estrutura, nega as variedades existentes na vida social e os diferentes “significados” daí gerados, e porque ela é incapaz de percebê-los e lidar com eles. É injusta, também – em seus próprios termos – porque não consegue lidar igualmente com agressores e vítimas: a maioria deles nem mesmo aparece na justiça criminal (cifra negra); regra geral, são lidados em algum outro lugar de uma forma que não é sequer conhecida pela justiça criminal (HULSMAN, 1997, p. 206).

Neste mesmo diapasão afirma Silva (1997) ao revelar que quando levados para o sistema de justiça penal os fatos criminosos (minorias esmagadoras de situações-problemas) estes não são trabalhados em sua essência; o que é levado primordialmente para a resolução de conflitos na estrutura burocrática vigente é o procedimento que deve ser seguido rigorosamente sob o discurso legitimador de seguir os princípios garantistas do Estado Democrático de Direito como o devido processo legal, a segurança jurídica, dentre outros.

A punição do “culpado” vai servir como “exemplo” para a sociedade e para ele próprio, justificando-se pela intimidação que isto deveria causar aos outros e pela inibição que deveria inculcar no punido – efeitos que não consegue atingir. A “vítima”, por sua vez, assume a posição de testemunha e sua vontade se não é totalmente desmerecida, é relegada a um segundo plano. Tudo isso em nome do procedimento e da perpetuação da burocracia estatal (SILVA, 1997, p. 215).

Por tudo já exposto, Silva (1997, p. 216) afirma em total consonância com Hulsman que a proposta abolicionista é, antes de ser utópica, criativa “ao desmentir o que para muitos é natural e intocável: o sistema penal como única forma legítima de lidar com a violência”. E também propõe como alternativas ao sistema repressor estatal as possíveis respostas à violência social, tais como “a terapêutica – não enquanto corretivo moral -, a educativa e a compensatória, tendo como pressuposto a conciliação” (SILVA, 1997, p. 217).

Porém, para que estas novas propostas/ respostas de solução de conflito sejam aceitas no âmbito social são necessárias duas posturas concomitantes: o abolicionismo acadêmico que “ implica uma mudança conceitual e de linguagem, evitando a reconstrução ilegítima das situações-problema como meros fatos criminalizáveis que precisam de uma resposta punitiva” (SILVA, 1997, p. 217) e o abolicionismo como movimento social que “inicia-se com mudanças de percepções, atitudes e comportamentos, negando a centralização do poder e a verdade ditada pela lei” (SILVA, 1997, p. 217).

De todo o exposto, constata-se que se vive hoje, na contemporaneidade, um movimento penal inovador e questionador das bases epistemológicas do direito penal positivo, trazendo em seu bojo inúmeras afirmações que contradizem o discurso oficial do Estado no tocante a sua função declarada de garantir direitos individuais fundamentais de seus cidadãos frente ao arbítrio estatal.

Diferente disso, as correntes teóricas deslegitimadoras advindas de uma criminologia crítica demonstram que é justamente o Estado quem produz e alimenta a criminalidade por meio do uso de seu poder arbitrário, selecionando e rotulando àqueles que não participam ativamente da sociedade hegemônica central, estruturada nos moldes capitalista de produção.

5 COLETA DE DADOS NA VARA DE TÓXICOS DA CIDADE DE FEIRA DE SANTANA – BA E ANÁLISE DAS SENTENÇAS PENAIS

Este capítulo tem por objetivo analisar os gráficos e as tabelas geradas após a tabulação dos dados extraídos da pesquisa realizada na Vara de Tóxicos da Cidade de Feira de Santana, na Bahia, no período de outubro de 2011, visando verificar a veracidade ou não das premissas teóricas deslegitimadoras do Sistema Penal moderno, notadamente quanto à afirmação da existência de uma seletividade prévia dos criminosos por parte do sistema repressor estatal.

Até meado do século XX não era comum realizar pesquisa de campo no âmbito da ciência jurídica. Gustin e Dias (2006, p. 9) afirmam que

quando existia, a pesquisa quase sempre se restringia a consultas a manuais, a coletâneas de jurisprudência, a recortes de jornais, a anotações de revistas especializadas ou a simples levantamento de opiniões sobre determinado assunto ou tema específico.

O período pós-guerra, porém, trouxe mudanças paradigmáticas para as ciências sociais aplicadas, que precisaram reformular seus conceitos para acompanhar a complexidade da dinâmica social. Desta sorte, a ciência jurídica descobriu serem discursivas suas formas de produção de conhecimento “e seu conjunto de complexos argumentativos trabalha com a validade dos argumentos por sua relevância prática e sua capacidade de emancipação dos grupos sociais e dos indivíduos” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 11).

O modelo argumentativo apontado por Gustin e Dias (2006, p. 12), “sustenta a necessidade de convencimento, por meio da atribuição de validade aos argumentos utilizados e de legitimidade dos procedimentos decisórios e dos próprios argumentos”.

Por isso este foi o modelo escolhido para a elaboração da presente pesquisa, uma vez que se buscou aferir o grau de legitimidade dos argumentos apresentados pelas correntes teóricas do etiquetamento social e da criminologia crítica, de modo à obtenção do convencimento ou não de suas proposições.

Para tanto foi utilizado o raciocínio hipotético-dedutivo, partindo das hipóteses oriundas das teorias deslegitimadoras da Dogmática Penal, visando submetê-las à falseabilidade ou não de suas conclusões.

5.1 A DESCRIÇÃO DO CONTEXTO LOCAL

Feira de Santana é uma cidade situada no interior da Bahia, originada com a criação da vila em 13 de novembro de 1832. O Município e a Vila foram criados no dia 9 de maio de 1833, com a denominação de Villa do Arraial de Feira de Sant'Anna, com o território desmembrado de Cachoeira, constituídas pelas freguesias de São José das Itaporocas (sede), Sagrado Coração de Jesus do Perdão e Santana do Camisão, atual município de Ipirá.

A instalação do Município ocorreu em 18 de setembro do mesmo ano, quando foram empossados os primeiros vereadores. A lei provincial nº 1.320, de 16 de junho de 1873, elevou a vila à categoria de cidade. A partir daí, passou a ser chamada de Cidade Comercial de Feira de Santana. Os decretos estaduais 7.455 e 7.479, de 23 de junho e 8 de agosto de 1931, respectivamente, simplificaram o nome para Feira. O decreto estadual nº 11.089, de 30 de novembro de 1938, oficializou a denominação do município: Feira de Santana.

O crescente ritmo de desenvolvimento do povoado exigiu a construção de ruas largas, onde começaram a ser instaladas casas comerciais em grande quantidade, para atender à população que crescia somada a chegada de brasileiros e estrangeiros que adotaram Feira de Santana como moradia.

Esse acelerado ritmo de crescimento levou o povo a reivindicar a criação do município. Era o nascimento daquela que se transformaria na segunda cidade do Estado, 31ª do país e uma vocação para atrair gente de todas as partes do país pela sua localização geográfica, como o entroncamento que une o país, e a hospitalidade do seu povo.

Consoante o último censo realizado, em julho de 2006, a população feirense conta com 584.497 habitantes. Localizada na zona de planície entre o Recôncavo e os

tabuleiros semi-áridos do nordeste baiano, possui uma extensão territorial de 1.344 km² (sede municipal, 111 km²).

Com uma altitude de 324 metros acima do nível do mar (referência, Igreja Senhor dos Passos), possui clima quente e úmido. Faz limites com as seguintes cidades: no norte, com Santa Bárbara e Santanópolis; no sul, com Antonio Cardoso e São Gonçalo dos Campos; ao leste com Coração de Maria e a oeste, com Anguera e Serra Preta.

Segundo artigo produzido por universitários da UEFS, extraído do site <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaurbana/209.pdf>, a violência urbana da cidade de Feira de Santana aumenta a cada ano. Citando como fonte de pesquisa o Tribuna Feirense (2008), o artigo conclui que

as vítimas desta violência urbana são geralmente jovens do sexo masculino, o que pode inferir uma ligação entre violência e o tráfico de/ou uso de drogas. Assim como afirma em relação às ocorrências registradas em Feira de Santana relacionadas ao uso de drogas a delegada Dorean Soares afirma: “Acho que existe esta relação porque 95% dos adolescentes apreendidos por pequenos ou grandes ‘atos infracionais’ são usuários de crack, maconha ou cocaína” (TRIBUNA FEIRENSE, 2 de julho, 2008).

É justamente neste *locus* de efervescência das drogas onde a pesquisa teórica-prática da lei 11.343/2006 foi realizada, no intuito de extrair diagnósticos contundentes acerca da classificação da condição de usuário ou traficante feito pelo Juiz, correlacionando os dados obtidos com o referencial teórico advindo da criminologia crítica, sempre levando em consideração, para tanto, as circunstâncias judiciais balizadoras da lógica dogmático-penal positivista instituída pelo Estado brasileiro.

5.2 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

Batista (2003) faz um breve relato histórico da criminalização das drogas no Brasil, abrangendo um período que inicia em 1968 até 1988, quando da redemocratização no Brasil após a ditadura militar.

É interessante a observação realizada pela autora no que diz respeito à crescente curva de aumento do consumo e do tráfico de algumas drogas no país neste período, bem como a relação que faz com o modelo neoliberal econômico adotado pelo Brasil, demonstrando a relação de interdependência existente entre estas duas variáveis.

No ano de 1968 a autora pesquisou 33 processos oriundos do extinto arquivo do Juizado de Menores do Rio de Janeiro, quando ainda estava em vigor a redação original do art. 281 do Código Penal de 1940, que apenava apenas a conduta do tráfico de drogas e não do uso de substâncias entorpecentes, sendo esta conduta prevista apenas no Código de Menores.

A conclusão a que chega neste período é que de todos os processos analisados apenas 03 são relativos ao tráfico de drogas, sendo nos demais casos tomadas medidas de encaminhamento dos menores para internações na Funabem. Ademais, 90,9% dos envolvidos com drogas possuíam idade entre 15 e 17 anos e 75,75% eram jovens pobres, residentes em favelas e conjuntos habitacionais nas periferias.

Neste ano se pode observar, consoante a autora, que parte razoável dessas apreensões referem-se a drogas químicas lícitas, mas com uso restrito, como é o caso, por exemplo, de um vidro de prelude. Os demais casos, com exceção do tráfico, referem-se ao uso de maconha, não havendo, até então, nenhum processo sobre o uso de cocaína.

Como a opção metodológica da pesquisadora fora analisar processos num lapso temporal de 05 anos entre o período que data de 1968 até 1988, o seu próximo relato sobre o uso e tráfico de drogas no Brasil aparece em 1973, já apresentando características bastante diferentes das de 1968, principalmente por conta da elaboração da Lei nº 5.726 de 25 de outubro de 1971 que equiparou o uso pessoal e o comércio ilícito de drogas, bem como permitiu oferecimento da denúncia sem a necessidade do laudo toxicológico.

Ainda conforme Batista (2003, p. 88), esta lei “transpôs para o campo penal as cores sombrias da Lei de Segurança Nacional e a repressão sem limites que era imposta

aos brasileiros, no período mais agudo da ditadura militar”. Desta sorte a criminalização por drogas passou de 7% em 1968 para 12% em 1973, tendo a classe média também entrado nas estatísticas oficiais do Estado brasileiro. Ao todo foram 39 processos analisados, dos quais 17 eram relativos a jovens brancos, residentes na Zona Sul e Tijuca.

Porém, apesar de terem caído nas malhas do sistema penal, a autora afirma ser o tratamento diferenciado para esta classe de pessoas, uma vez que o estereótipo aplicado não é o criminal, mas o médico, “através da estratégia dos atestados médicos particulares que garantem a pena fora dos reformatórios” (BATISTA, 2003, p. 88).

O tráfico de drogas neste ano também sofre um incremento em sua taxa, passando de 9,1% no ano de 1968 para 17,9% em 1973, sendo comercializada além das drogas lícitas de uso restrito e maconha, também LSD e cocaína. A delação neste período é algo comum, por conta de sua previsão legal na Lei nº 5.726 de 1971, denotando o autoritarismo do Estado da ditadura militar.

No ano de 1978, já na vigência da lei nº 6.368 de 1976, que estabelece a distinção entre usuário e traficante de drogas no tocante ao *quantum* da pena privativa de liberdade, recuperando, ainda, a exigência do laudo toxicológico, do universo de processos analisados 24,2% referem-se a tráfico de drogas, já havendo a partir de então uma nítida divisão de trabalho, já que os próprios jovens envolvidos com a comercialização das drogas ilícitas já referem suas atividades como trabalho em seus depoimentos.

A pesquisadora afirma que neste ano de 1978 se percebe

nesses depoimentos não só uma explicação sem culpa do trabalho no tráfico como estratégia de sobrevivência, mas os indícios de um mercado de drogas já estruturado, altamente lucrativo, com clientela fixa (BATISTA, 2003, p. 92).

Juntamente com a divisão do trabalho, também aparece nos relatos o envolvimento com da “boca de fumo” armada. Ademais, a cocaína que não aparecia em 1968 já representa em 1978 15,2% dos casos de envolvimento com tráfico de drogas o que

leva a autora a afirmar que “a sua entrada no mercado é que determina esta estruturação, a partir de sua alta rentabilidade e do modelo recessivo que impacta a economia mundial” (BATISTA, 2003, p. 93).

Em 1983, dos 40 processos analisados, 47,5% são referentes ao tráfico de drogas, sendo a alta rentabilidade deste comércio atestado em vários dos depoimentos. Até este momento não há indícios de crime organizado ligado a esta comercialização ilícita, pelo contrário, o que se constata até então é um negócio desorganizado, “pulverizado em pequenas unidades nas favelas e conjuntos, recrutando seus jovens moradores para uma alternativa de trabalho certa e rápida” (BATISTA, 2003, p. 98).

Em 1988, Batista afirma ser o perfil dos adolescentes envolvidos com o comércio ilegal de drogas basicamente de jovens pobres, sendo 100% do universo analisado composto de jovens de 14 a 17 anos de idade. Outro dado que chama a atenção é a inversão estatística entre o uso e o tráfico de drogas. Se em 1968 existia um percentual de 9,1% relacionado ao tráfico e 84,8% ao consumo, em 1988 tem-se 28,6% no consumo e 65,7% envolvido com o tráfico de drogas, revelando, desta sorte, a alta lucratividade deste comércio ilegal.

Zaccone (2008) relata que no final dos anos 90 a população carcerária do Rio de Janeiro era representada por 60% de traficantes de drogas, constituídos por homens e mulheres pobres e com baixa escolaridade.

Esta política criminal perpetrada pelo Estado do Rio de Janeiro não é uma ação isolada e descontextualizada da política criminal mundial, haja vista ter o Brasil se comprometido perante a sociedade internacional a combater o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas por meio do Decreto nº 54.216 de 27 de agosto de 1964 que ratifica no plano interno a sua adesão à Convenção única de 1961 sobre entorpecentes.

Mais adiante, em 26 de junho de 1991, por meio de promulgação do Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, O Brasil ratificou no plano interno sua adesão à Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas concluída em 20 de dezembro de 1988.

Esta Convenção define entorpecente como toda a substância natural ou sintética, que figura na Lista I e na Lista II da Convenção Única de 1961 sobre entorpecentes, emendada pelo Protocolo de 1972, bem como, substâncias psicotrópicas qualquer substância, natural ou sintética, ou qualquer material natural, que figure nas listas I, II, III e IV na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 (listas anexas).

Em 23 de agosto de 2006, entrou em vigor a lei nº 11.343, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, além de definir crimes e dá outras providências.

5.3 AS IDIOSSINCRASIAS DO SISTEMA PENAL DESVELADO POR MEIO DA ANÁLISE DA LEI Nº 11.343/2006

A lei nº 11.343 de 26 de agosto de 2006, conforme supra-apresentado, não apenas criminalizou as condutas de uso e tráfico de drogas, mas também estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e deu outras providências.

Para o objetivo da presente dissertação, entretanto, não se trabalhará com todo este diploma legal, mas tão-somente com os artigos referentes ao uso e tráfico de drogas, haja vista ser este o objeto da pesquisa ora apresentada.

Consoante dispõe o art. 28 da lei em comento, usuário de droga é alguém que se encontra adquirindo, guardando, tendo em depósito, transportando ou trazendo consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Estas mesmas ações, além de outras (são, ao todo, dezessete tipos objetivos), são regulamentadas também no art. 33 do mesmo diploma repressivo, sendo que neste caso, não mais o sujeito responde na condição de usuário, mas de traficante.

O juiz, ao aplicar a pena no caso concreto, precisará de parâmetros legais para distinguir eficazmente se a conduta do sujeito se enquadra na modalidade de usuário ou de traficante. Para tanto, deverá levar em consideração o disposto no § 2º do art. 28, da lei 11.343/2006, *in verbis*:

§ 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.

A consequência da tipificação da conduta de usuário ou traficante é bastante relevante, uma vez que, como usuário, o sujeito não poderá ser preso, respondendo tão-somente com penas alternativas, previstas no próprio art. 28 da lei de drogas, nos incisos I – advertência sobre os efeitos das drogas, II – prestação de serviços à comunidade e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Enquanto traficante, porém, responderá com pena de reclusão que tem como pena-base o limite mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos, além do pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, conforme positivado no art. 33 da lei em comento.

Do exposto acima, pode-se inferir a enorme responsabilidade do magistrado quando do exercício de sua atividade de individualização da pena já que, por meio de sua sentença penal, a vida de uma pessoa sofrerá uma mudança sem precedentes, podendo ter sua liberdade restringida por um período de tempo considerável ou apenas ter alguns direitos, que não a liberdade, restringidos temporariamente.

Ressalte-se, ainda, que dentre as circunstâncias elencadas no § 2º do art. 28 da lei nº 11.343/2006, tem-se as de caráter objetivo e subjetivo, o que demanda ainda maior cuidado por parte do magistrado quando da tipificação da conduta delituosa. É preciso que o uso de sua discricionariedade, no tocante às avaliações das circunstâncias subjetivas seja imparcial, visando uma decisão justa e proporcional à culpabilidade do autor.

Para individualizar a pena é preciso que o juiz leve em consideração as circunstâncias judiciais constantes no artigo 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, visando aplicar uma pena adequada e suficiente para a repressão e prevenção do delito.

As conseqüências do crime, apesar de serem circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal, não foram analisadas nas sentenças extraídas da Vara de Tóxico de Feira de Santana, haja vista invariavelmente apresentar o mesmo resultado, a saber: “de gravidade elevada, ameaçando a sociedade, em especial, a saúde pública”.

Pelo mesmo motivo também não foi analisado o comportamento da vítima, uma vez que não há vítima determinada, pois é crime de “vitimização difusa”, devido à natureza supra-individual do delito de tráfico de drogas, uma vez que tem por objeto jurídico tutelado a saúde pública.

Além das circunstâncias judiciais inculpidas no art. 59 do CP, também foram analisadas as constantes no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/2006, determinantes para a classificação entre usuário e traficante de drogas, tais como análise da natureza e quantidade de drogas apreendidas; local do crime; circunstâncias que se desenvolveu a ação; circunstâncias sociais e pessoais, bem como, conduta e antecedentes dos agentes.

Ademais, foram ainda contemplados, como objeto da análise da presente pesquisa, outros aspectos não menos importantes para a conclusão deste trabalho dissertativo, ainda que não positivados em nenhum diploma legal do ordenamento jurídico vigente, como a qualificação, gênero e faixa etária dos agentes envolvidos com drogas, seja como usuário ou traficante.

5.3.1 ANÁLISE DA QUALIFICAÇÃO DO RÉU

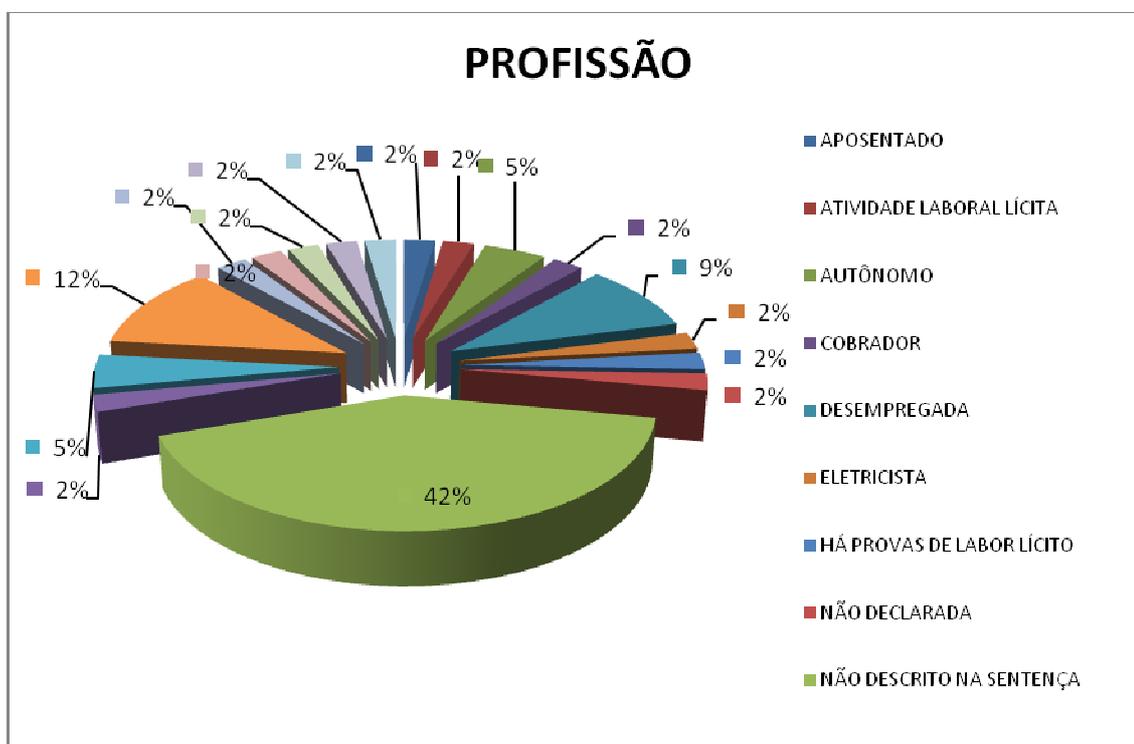


Gráfico 1 - Profissão

A qualificação do réu é um dado que nem sempre vem descrito na sentença de forma minuciosa (42% dos casos pesquisados este dado não aparece). Quando descrito pelo magistrado, num total de 58% dos casos pesquisados, percebe-se que 100% correspondem a pessoas com baixa escolaridade ou nenhuma, sendo inexistente o percentual de pessoas que respondem processo por tráfico de drogas com nível superior ou um grau de instrução escolar melhor.

Quando cruzados com outros dados contidos nestas sentenças, como, por exemplo, local que se depreendeu a ação da polícia, fica patente que também esses 42% não descritos nas sentenças são compostas por pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade social, logo, com baixa instrução escolar, devido aos locais periféricos afastados dos grandes centros urbanos em que se depreende a ação policial.

5.3.2 ANÁLISE DO GÊNERO DOS RÉUS

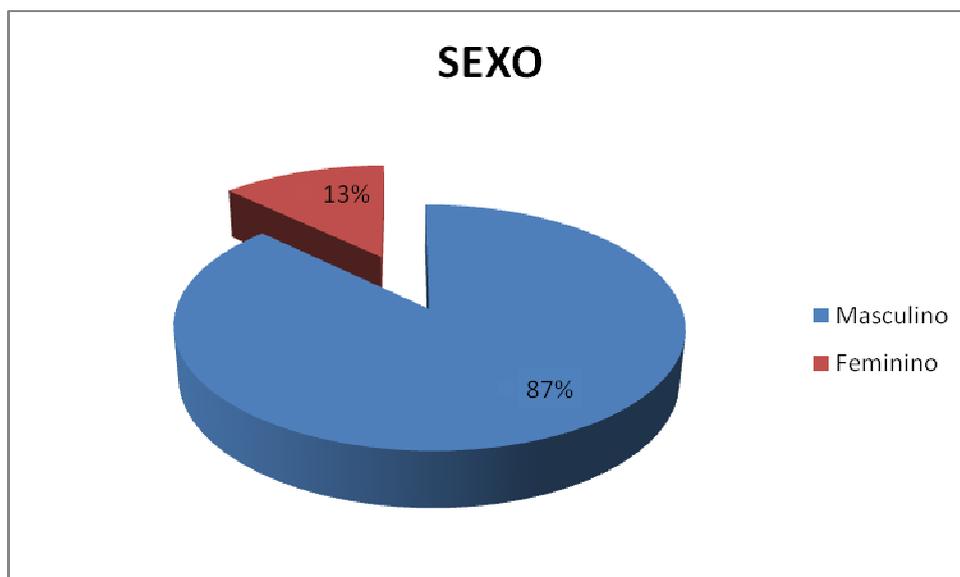


Gráfico 2 - Sexo

Pela informação acima gerada constata-se que 87% das pessoas envolvidas com o tráfico de drogas são do gênero masculino, sendo apenas 13% o envolvimento neste tipo de negócio o gênero feminino.

Quando cruzada esta informação com a análise anteriormente realizada, constata-se que a ação policial incide, basicamente, sobre pessoas do sexo masculino, de baixa escolaridade.

5.3.3 ANÁLISE DA FAIXA ETÁRIA DOS RÉUS

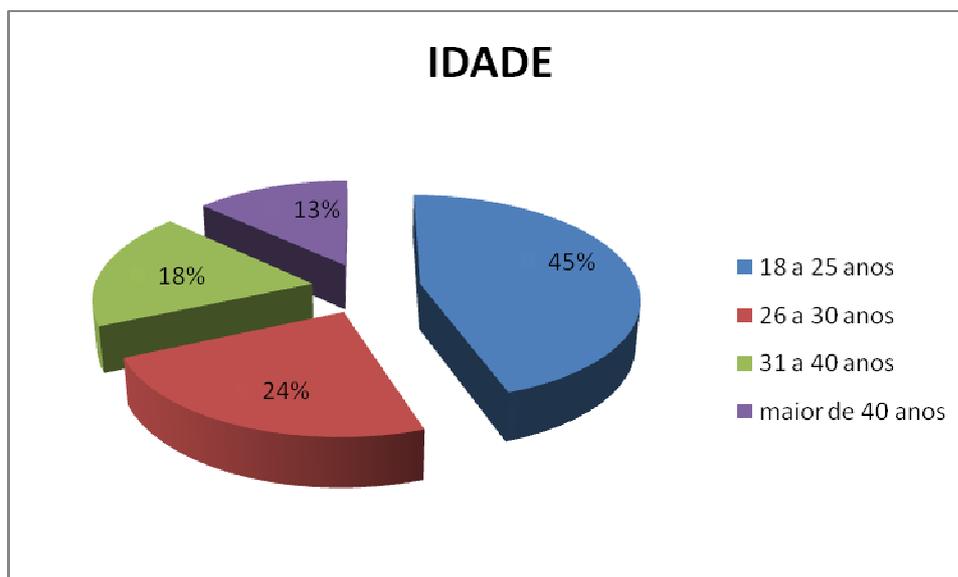


Gráfico 3 - Idade

Esta informação revela que 69% das pessoas envolvidas com o tráfico de drogas se encontram entre a faixa etária de 18 a 30 anos, sendo, portanto, constituído, em sua maioria, de jovens. Apenas 13% das pessoas envolvidas com o tráfico de drogas possuem mais de 40 anos de idade.

Cruzando as três informações supra-analisadas, percebe-se que os traficantes de drogas condenadas por sentença judicial na cidade de Feira de Santana, no interior da Bahia, são notadamente jovens, de sexo masculino e com baixa escolaridade.

5.3.4 ANÁLISE DA CULPABILIDADE

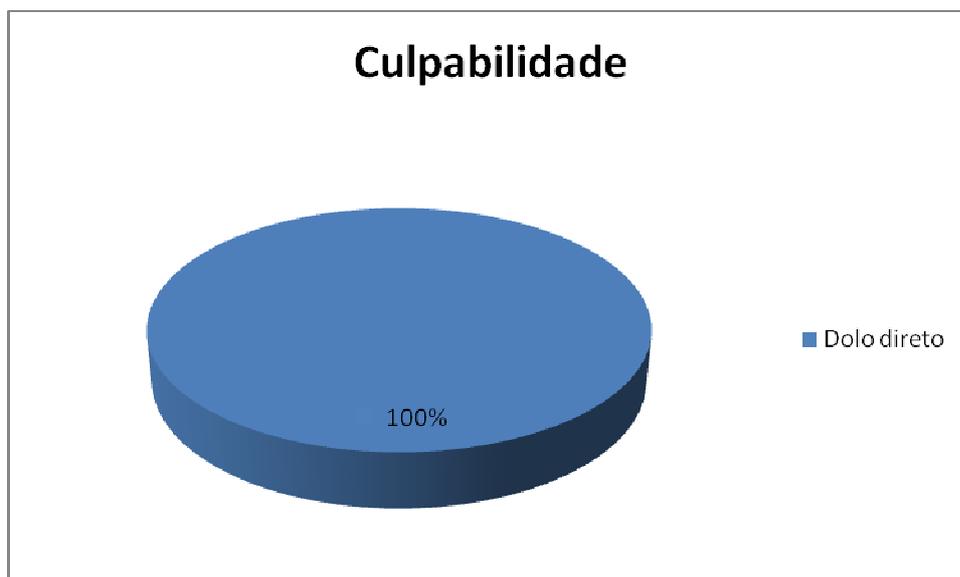


Gráfico 4 - Culpabilidade

A culpabilidade é um juízo de reprovação realizada pelo magistrado quanto à conduta do agente que, responsável penalmente e podendo agir em conformidade com a lei, opta em descumpri-la, merecendo, desta sorte, a reprimenda do Estado. No caso em tela, registra-se que 100% do universo pesquisado o infrator foi considerado culpado, haja vista ter agido com dolo direto, significando que sua ação foi consciente e desejada.

5.3.5 ANÁLISE DOS ANTECEDENTES

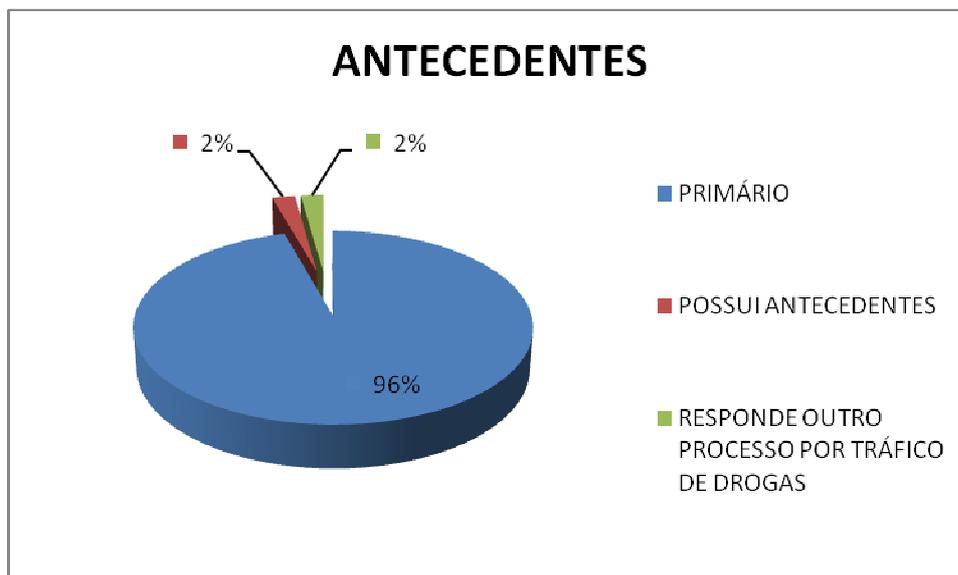


Gráfico 5 - Antecedentes

Para compreender este item é imprescindível fazer remissão aos arts. 63 e 64 do Código Penal, uma vez que o conceito de antecedente criminal encontra-se inexoravelmente ligado ao conceito de reincidência.

A reincidência verifica-se, consoante disposto no art. 63 do CP, “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Entretanto, “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos” (art. 64, CP), o que significa juridicamente falando que voltam a ser considerados primários, apesar de portadores de maus antecedentes.

Na pesquisa efetuada verifica-se que 100% dos envolvidos com o tráfico de drogas são tecnicamente primários, sendo apenas 2% possuidor de antecedentes criminais, portanto já processados e condenados por crimes cometidos, porém, há mais de 05 anos do cumprimento ou extinção da pena.

A pesquisa ainda demonstra que apenas 2% do universo pesquisado encontram-se respondendo outros processos por tráfico de drogas, o que aponta que a maioria esmagadora das pessoas envolvidas com esta atividade ilícita na cidade de Feira de Santana são, em sua maioria, clientes recentes do sistema penal, o que se justifica pelo fato de ser, consoante já apresentado, composto maciçamente por jovens.

5.3.6 ANÁLISE DA CONDUTA SOCIAL

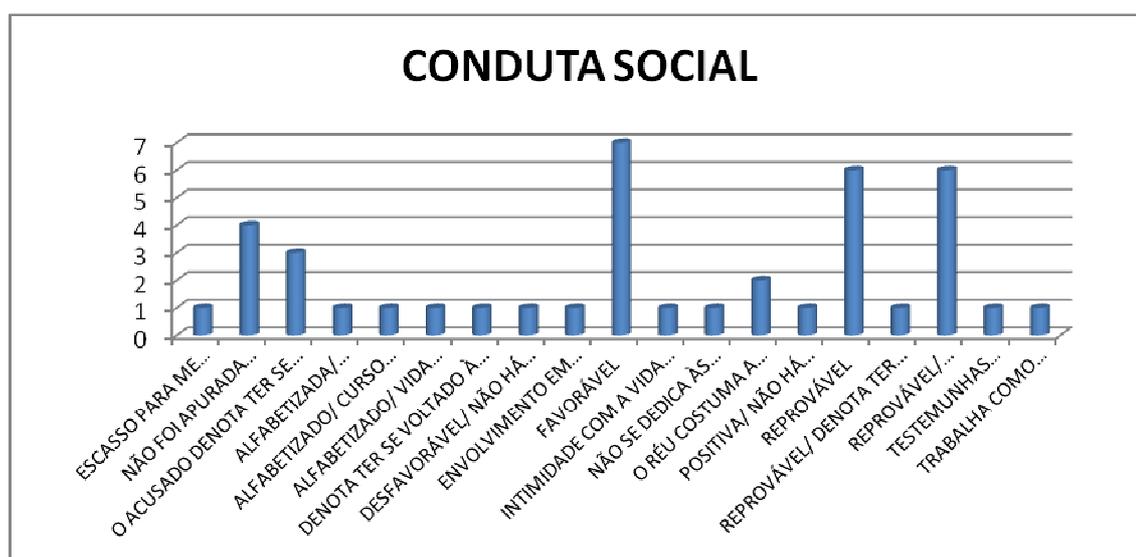


Gráfico 6 - Conduta social

CONDUTA SOCIAL	QTD
ESCASSO PARA ME PRONUNCIAR A RESPEITO DE TAL QUESITO	1
NÃO FOI APURADA DETALHADAMENTE DE MODO QUE DEIXO DE VALORÁ-LA	4
O ACUSADO DENOTA TER SE VOLTADO A PRÁTICA DELITIVA	3
ALFABETIZADA/ VENDEDORA AMBULANTE	1
ALFABETIZADO/ CURSO TÉCNICO	1
ALFABETIZADO/ VIDA PREGRESSA COM PRISÃO EM FLAGRANTE	1
DENOTA TER SE VOLTADO À PRÁTICA DELITIVA/ IDEM/ IDEM	1
DESFAVORÁVEL/ NÃO HÁ REGISTRO ATIVIDADE LABORAL + 02 PRISÕES EM FLAGRANTE	1
ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADE CRIMINOSA ORGANIZADA/ IDEM	1
FAVORÁVEL	7
INTIMIDADE COM A VIDA NO CRIME	1
NÃO SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS/ CONDUTA SOCIAL REPROVÁVEL	1
O RÉU COSTUMA A TRABALHAR	2
POSITIVA/ NÃO HÁ OCORRÊNCIAS POLICIAIS EM SEU DESFAVOR	1
REPROVÁVEL	6
REPROVÁVEL/ DENOTA TER RELAÇÃO INTRÍNSECA COM A PRÁTICA DO CRIME DE ENTORPECENTES	1
REPROVÁVEL/ ENVOLVIMENTO CRIME EQUIPARADO AO HEDIONDO	6
TESTEMUNHAS DESCONHECEM FATOS QUE DESABONE SUA CONDUTA/ IDEM/ IDEM	1
TRABALHA COMO VENDEDOR DE FRUTAS/ É VICIADO EM DROGAS	1

Tabela 1 - Conduta Social

Para melhor interpretação do gráfico foi elaborada uma tabela para se compreender este item, uma vez que como são frases extensas extraídas das sentenças, fica pouco inteligível apenas por meio dos gráficos a análise desta variável.

Por ser um fator extremamente subjetivo, os próprios magistrados não chegam a um consenso na análise deste item, pois, conforme se percebe, alguns magistrados associam a conduta social do agente com o labor; outros não se pronunciam sobre ele exatamente devido ao alto grau de subjetividade que ele demanda; outros, ainda, ligam ao fato de haver ou não ocorrências policiais, dentre outros aspectos.

De forma geral, entretanto, percebe-se que a maioria dos magistrados julga negativamente este item quando da sua avaliação na aplicação da pena, sendo apenas 07 dos agentes envolvidos com o tráfico de drogas considerados como uma

conduta social favorável, o que equivale a um percentual de 14,89% do total dos julgados.

5.3.7 ANÁLISE DOS MOTIVOS

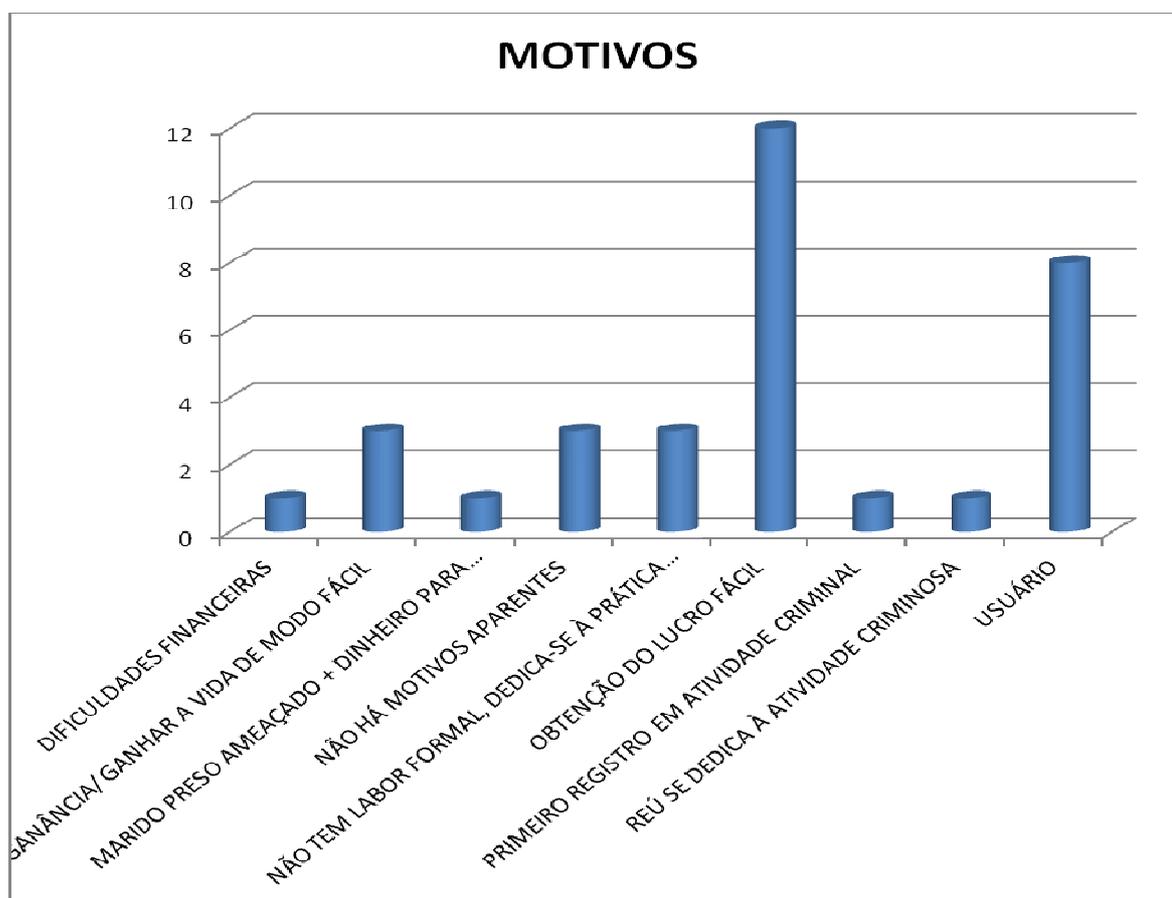


Gráfico 7 - Motivos

Os motivos que ensejam a prática do delito de tráfico de drogas, em sua maioria maciça, encontram-se relacionado à obtenção de lucro fácil, consoante análise do magistrado, confirmando uma das premissas postas pela criminologia crítica que estudo o fenômeno crime/ criminoso sob o viés da estrutura econômica social.

Esta variável pode significar, portanto, que no sistema capitalista de produção, cuja desigualdade social oxigena o seu sistema, o caminho para o tráfico de drogas acaba sendo uma das escolhas de sobrevivências das pessoas desprovidas sócio-economicamente, que vêem oportunidade rápida de ascender socialmente na vida.

5.3.8 ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS

AGENTE NA ESTAÇÃO RODOVIÁRIA DA CIDADE DE FEIRA DE SANTANA
DENOTAM QUE A DROGA ESTAVA GUARDADA PARA MERCÂNCIA (QTD DROGAS + EMBALAGEM)
DESFAVORÁVEIS/ DIFICULTANDO CUMPRIMENTO DE MANDADO
DESFAVORÁVEIS/ DIVERSIDADE DE DROGAS
DESFAVORÁVEIS/ FOI PRESA EFETUANDO VENDA DE DROGAS
DESFAVORÁVEIS/ O ACUSADO TENTOU EVADIR-SE NO MOMENTO DA PRISÃO
DESFAVORÁVEIS/ PRATICAVA COMÉRCIO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA QUE MORAVA COM SUA MÃE/ IDEM
DESFAVORÁVEIS/ QTD DE DROGA + TENTOU EVADIR-SE APÓS FLAGRADO
DESFAVORÁVEIS/ QTD GRANDE DE DROGAS
DESFAVORÁVEIS/ QTD GRANDE DE DROGAS
DESFAVORÁVEIS/ QTD GRANDE DE DROGAS
DESFAVORÁVEIS/ QTD GRANDE DE DROGAS/ IDEM
DESFAVORÁVEIS/ TENTOU EVADIR-SE NO MOMENTO DA PRISÃO
DIVERSIDADE DE DROGAS, APESAR DE NÃO EXPRESSIVA A QUANTIDADE
DROGA APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO
DROGA APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO
DROGA GUARDADA PARA CONSUMO
DROGA GUARDADA PARA SE DESTINAR À MERCÂNCIA
DROGA GUARDADA PARA SE DESTINAR À MERCÂNCIA
ESTAVA NO QUARTO DE HOTEL/ PRESO EM FLAGRANTE
FAVORÁVEIS/ PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA
FOI APREENDIDA SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS
GRAVES PELO COMETIMENTO DE CRIME DE VITIMIZAÇÃO DIFUSA
GRAVES PELO COMETIMENTO DE CRIME DE VITIMIZAÇÃO DIFUSA
INDÍCIOS CLAROS E EVIDENTES DA FINALIDADE DA MERCÂNCIA
MERECEM CENSURA/ EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS
MERECEM CENSURA/ EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS
NÃO HÁ PROVA DE INDÍCIOS DE TRÁFICO, SEJA PELA QTD APREENDIDA, SEJA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO
PRESO EM FLAGRANTE NUM BAR
QTD DROGA E POTENCIAL LESIVO DESTA
QTD DROGAS + FORMA DE EMBALAGEM, INDICAM O USO
QTD DROGAS + FORMA DE EMBALAGEM, INDICAM O USO
QTD DROGAS + GRANDE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NÃO COADUNAM COM SITUAÇÃO FINANCEIRA DA RÉ
QTD DROGAS + GRANDE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NÃO COADUNAM COM SITUAÇÃO FINANCEIRA DO RÉU
QTD DROGAS + GRANDE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NÃO COADUNAM COM SITUAÇÃO FINANCEIRA DO RÉU
QTD DROGAS INDICIAM SUA COLABORAÇÃO EFETIVA A ATIVIDADE CRIMINOSA ORGANIZADA
REVISTA PESSOAL DO RÉU EMPREENDIDA PELA POLÍCIA
SEM AGRAVANTES E ATENUANTE CONSTANTE NO ART. 65, III, d, CP

Tabela 2 Análise das circunstâncias

Assim como se deu na análise da conduta social, também as circunstâncias do crime são difíceis de serem analisadas objetivamente, devido à ausência numérica deste item. Por isso, optou-se realizar também uma tabela em detrimento de gráficos, para poder extrair o máximo de informações relevantes possíveis.

Consoante se depreende da tabela acima, as circunstâncias se mostram desfavoráveis, em sua maioria, quando o agente é pego com uma quantidade grande de drogas. Ressalte-se, porém, que este item quando analisado pelo magistrado não possui um consenso, algo já pré-definido, mostrando claramente a subjetividade aqui presente.

Enquanto a maioria liga este aspecto à quantidade de drogas apreendidas, outros utilizam critérios totalmente diferentes quando, por exemplo, indicam o local em que se depreendeu a ação da polícia: “agente na estação rodoviária na cidade de Feira de Santana”, ou, ainda, “desfavoráveis/ dificultando o cumprimento do mandado”, dentre outras análises realizadas pelos juízes.

Assim como a conduta social, as circunstâncias são elementos judiciais contidos no art. 59 do Código Penal para a correta observância da aplicação da pena, no tocante à repressão e prevenção dos delitos. Quando muito subjetivo, dá margem ao questionamento da tão propalada segurança jurídica dos réus, no Estado garantista, que podem ter seus direitos humanos fundamentais violados, por conta desta extrema discricionariedade do magistrado.

5.3.9 ANÁLISE DO LOCAL DE APREENSÃO DA DROGA

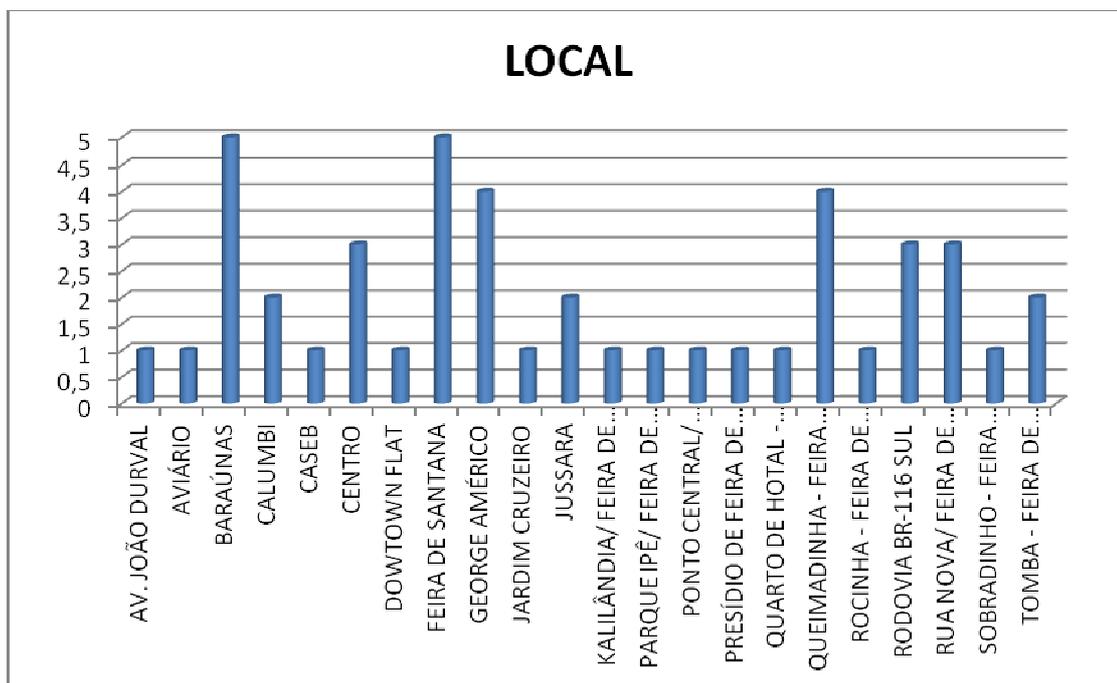


Gráfico 8 - Local

Apesar de esta variável ser significativa para a tipificação da conduta do usuário de droga, consoante positivado pelo § 2º do art. 28 da lei nº 11.343/2006, este item muitas vezes não aparece nas sentenças prolatadas pelo juiz, contrariando inclusive o princípio da legalidade norteador da Dogmática Penal positiva.

Quando existente nas sentenças, percebe-se que grande parte dos locais em que houve apreensão de drogas são periféricos, longe dos centros urbanos, notadamente bairros pobres, povoados por pessoas com baixo grau de escolaridade e baixo rendimento financeiro, é o caso, por exemplo, dos bairros Baraúnas e George Américo.

Quando omissa, o juiz menciona apenas a cidade de Feira de Santana, sem, entretanto, esmiuçar o bairro onde houve a apreensão da droga, conforme se pode constatar no gráfico.

5.3.10 ANÁLISE DAS CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO

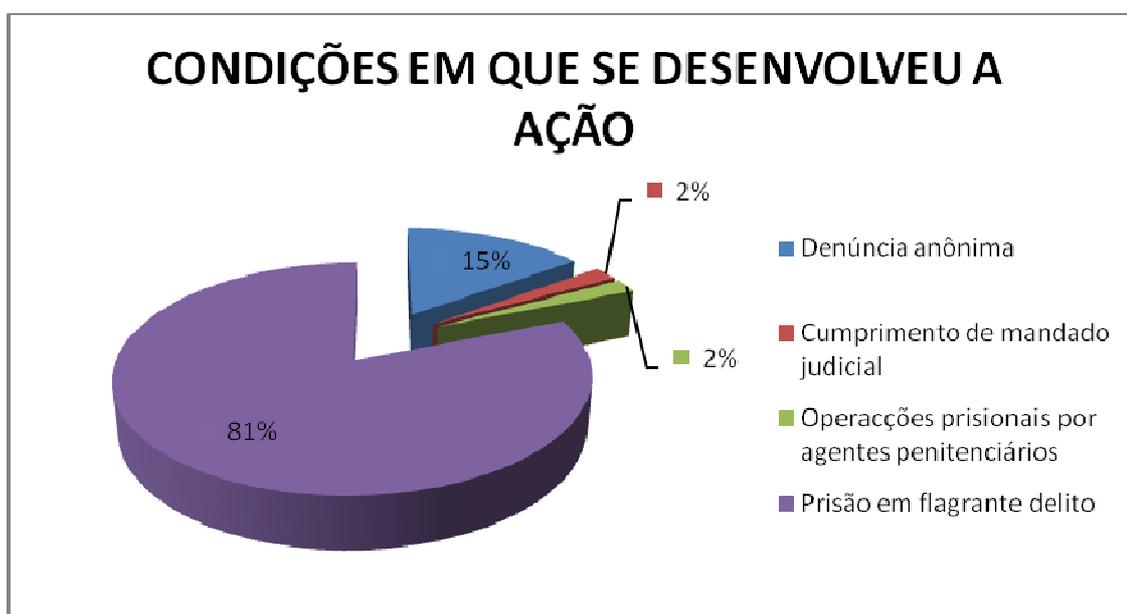


Gráfico 9 - Condições em que se desenvolveu a ação

A partir da análise acima do gráfico constata-se que 81% das prisões realizadas foram em flagrante delito e 15% por meio de denúncia anônima, sendo apenas 2% das prisões oriundas de cumprimento de mandado judicial e outros 2% dos casos refletidos em operações de agentes penitenciários em sistemas prisionais.

Este dado, juntamente com a análise do local de apreensão da droga, revela que a flagrância, decorrente da ação policial, concentra-se em bairros pobres, escolhidos pela polícia judiciária para efetuarem as rondas. Mais uma vez ratifica-se uma das premissas postas pela teoria do etiquetamento social e da criminologia crítica, que afirmam ser o sistema judicial seletivo e estigmatizante, escolhendo previamente o *locus* de atuação do sistema repressivo estatal.

5.3.11 ANÁLISE DA NATUREZA, QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA x RESULTADO DA SENTENÇA

JUIZ	RESULTADO DA SENTENÇA	NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (9,55 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (393,58 g)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (126,28 g)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 04 ANOS (REGIME FECHADO) + 400 DIAS-MULTA	MACONHA (2 KILOS E 991 GRAMAS)
1	ART. 28 DA LEI 11.343/2006 (ADVERTÊNCIA)	CRACK (5,8 GRAMAS)
1	ABSOLVIÇÃO	MACONHA (30,05 GRAMAS)
1	ABSOLVIÇÃO	MACONHA (23,58 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 06 ANOS E 04 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (4 KILOS E 0,83 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 06 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (02 TABLETES)
1	ART. 28 DA LEI 11.343/2006	CRACK (1,46 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 02 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (249,59 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 02 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (6,76 GRAMAS) + MACONHA (4,31 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 01 ANO E 08 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (128,55 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS E 11 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (99,44 GRAMAS) + MACONHA (40 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 07 ANOS (REGIME FECHADO) + 1.000 DIAS-MULTA	CRACK (12 KILOS E 354 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 02 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA + COCAÍNA (06 TROXAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 06 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (5 KILOS E 379 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 02 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (71 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 08 ANOS E 09 MESES (REGIME FECHADO) + 687 DIAS-MULTA	COCAÍNA (1 KILO E 430 GRAMAS) + CRACK (188,02 GRAMAS)
1	ART. 28 DA LEI 11.343/2006	MACONHA (56,96 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 04 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (136,54 GRAMAS)

1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 02 ANOS E 09 MESES (REGIME FECHADO) + 300 DIAS-MULTA	CRACK (50,28 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 04 MESES (REGIME FECHADO) + 334 DIAS-MULTA	CRACK (13,38 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 02 ANOS E 09 MESES (REGIME FECHADO) + 300 DIAS-MULTA	CRACK (88,52 GRAMAS)
1	ABSOLVIÇÃO	COCAÍNA (183 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 08 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (70 PEDRAS) + COCAÍNA (28,75 GRAMAS) + MACONHA (8,82 GRAMAS)
2	ART. 28 DA LEI 11.343/2006	CRACK (04 PEDRAS)
2	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 06 ANOS E 03 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (45 TROUPAS + 35 PEDRAS)
2	ART. 28 DA LEI 11.343/2006	BALAS DE HAXIXE (5,23 GRAMAS) + MACONHA (52,07 GRAMAS) + CRACK (3,26 GRAMAS) + COCAÍNA (1,92 GRAMAS)
3	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 04 ANOS E 07 MESES (REGIME FECHADO) + 450 DIAS-MULTA	MACONHA (6 KILOS E 327,90 GRAMAS) + COCAÍNA (39,60 GRAMAS)
3	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 04 MESES (REGIME FECHADO) + 550 DIAS-MULTA	COCAÍNA (612,43 GRAMAS)
3	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (07 DOLÕES) + CRACK (22 PEDRAS) + COCAÍNA (02 PETECAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 04 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (51,68 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 02 ANOS E 10 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (126,11 GRAMAS) + CRACK (2 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (17 KILOS E 76 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	MACONHA (335 GRAMAS) + COCAÍNA (90 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 04 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (12,65 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 04 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (124,8 GRAMAS)
1	ART. 28 DA LEI 11.343/2006	MACONHA (75,66 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 04 ANOS E 02 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	COCAÍNA (38 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 08 ANOS E 09 MESES (REGIME FECHADO) + 1000 DIAS-MULTA	COCAÍNA (1 KILO E 475 GRAMAS)
2	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 09 ANOS (REGIME FECHADO) + 1230 DIAS-MULTA	CRACK (05 PACOTES) + COCAÍNA (2 KILOS E 800 GRAMAS)
1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ 05 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	CRACK (79 PEDRINHAS)
2	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 08 ANOS (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	COCAÍNA (74 KILOS E 176 GRAMAS)

1	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 07 ANOS E 03 MESES (REGIME FECHADO) + 500 DIAS-MULTA	COCAÍNA (15 KILOS) + MACONHA (02 TROUXAS)
3	ART. 33 DA LEI 11.343/2006/ RECLUSÃO DE 03 ANOS E 04 MESES (REGIME FECHADO) + 334 DIAS-MULTA	MACONHA (78,05 GRAMAS) + CRACK (83,60 GRAMAS)
1	ART. 28 DA LEI 11.343/2006 (ADVERTÊNCIA)	CRACK (314,33 GRAMAS) + COCAÍNA (199,04 GRAMAS)

Tabela 3 - Natureza, quantidade da droga apreendida x resultado da sentença

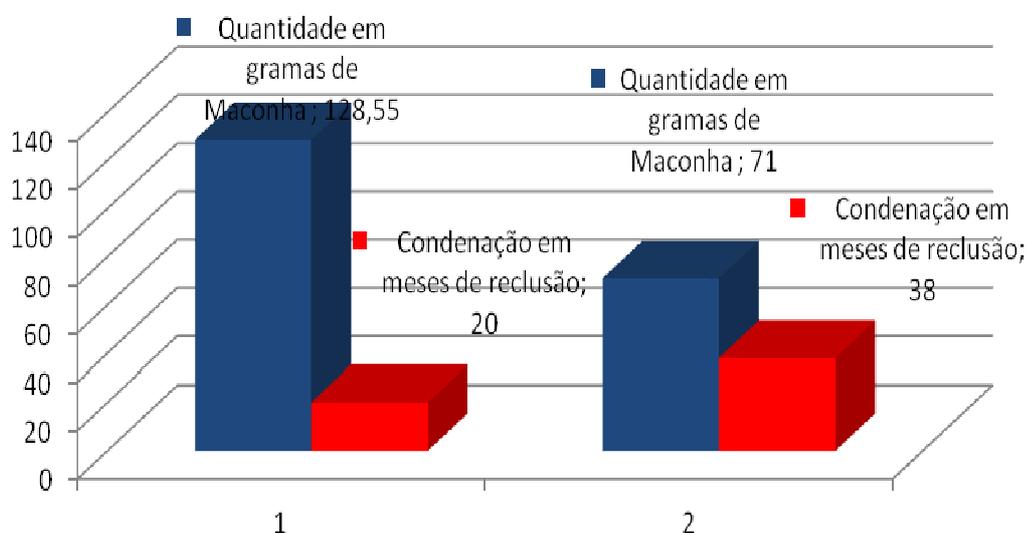
Consoante se depreende da análise supra-apresentada, do universo total analisado - 47 sentenças -, percebe-se que houve absolvição em 03 processos (6,38%), desclassificação de traficante para usuário em 07 processos (14,89%) e condenação por tráfico de drogas em 37 processos (78,73%), o que por si só não revela nenhuma distorção do sistema penal, mas, ao contrário, demonstra que nem todas as denúncias oferecidas pelo Ministério Público logram êxito, existindo situações em que a tese da defesa prevalece.

Ocorre que, quando comparada apenas as variáveis natureza e quantidade da droga apreendida com os resultados imputados aos réus, percebe-se algumas incongruências nos julgados, vez que, em alguns casos (**ressaltados em amarelo**), natureza e quantidade de droga mais grave são agraciados com absolvição, desclassificação ou mesmo imputação de pena menos gravosa, necessitando tais informações serem complementadas por outras variáveis previstas no § 2º do art. 28 da lei nº 11.343/2006, tais como local, condições que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e os antecedentes do agente, o que é feito a seguir.

5.4 ANÁLISE PORMENORIZADA DE ALGUMAS SENTENÇAS

5.4.1 MESMA SUBSTÂNCIA: MACONHA

Caso 1	128,55 gr	Condenação de 01 ano e 08 meses de reclusão (20 meses)
Caso 2	71 gr	Condenação de 03 anos e 02 meses de reclusão (38 meses)



CONCLUSÃO: Mesma substância, menor quantidade de droga e cômputo de pena de reclusão 18 meses a mais

Gráfico 10 - Mesma Substância: Maconha (a)

O réu que trazia consigo a quantidade de 128,55 gramas de maconha foi preso em flagrante em um bar num bairro periférico da cidade de Feira de Santana. Consta na sentença conduta social reprovável por conta da comoção popular, apesar de provas nos autos de labor lícito. Personalidade, segundo a juíza, não voltada para atividade criminal, cedendo a esta por dificuldades financeiras. Réu primário, de bons antecedentes e boa conduta social.

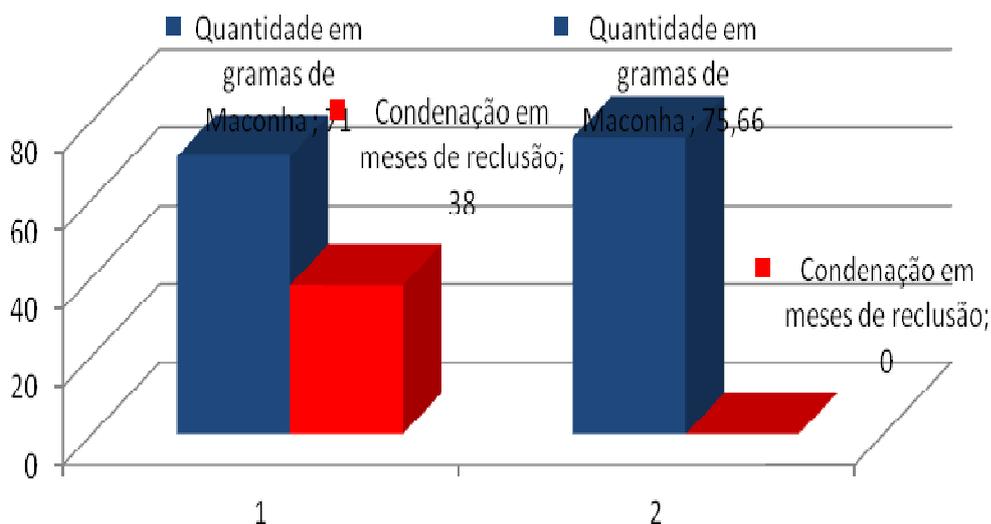
No tocante a apreensão das 71 gramas de maconha, encontra-se narrado na denúncia que o réu tinha em depósito esta quantidade em sua residência para comercialização, descoberta graças a uma denúncia anônima. Quanto aos

antecedentes criminais não há notícia nos autos do indiciamento do réu em outros delitos, havendo, entretanto, reprovabilidade quanto à conduta social e personalidade do mesmo, vez que denota-se ter se voltado à prática delitiva, visto que nos autos não há prova de labor lícito, o que faz concluir que o réu se dedica à atividade criminosa.

Verifica-se, dessa sorte, que a justificativa para o resultado encontrado se encontra na análise subjetiva da magistrada, notadamente quanto à ausência de comprovação de labor lícito nos autos, que faz presumir inclinação do réu a prática de atividade criminosa e conduta social e personalidade reprováveis, merecendo, assim, maior reprimenda.

5.4.2 MESMA SUBSTÂNCIA: MACONHA

Caso 1	71 gr	Condenação de 03 anos e 02 meses de reclusão (48 meses)
Caso 2	75,66 gr	Desclassificação para usuário (Despenalização) (0 meses)



CONCLUSÃO: Mesma substância, quantidade maior de droga e despenalização; quantidade menor de droga e condenação por tráfico.

Gráfico 11 - Mesma Substância: Maconha(b)

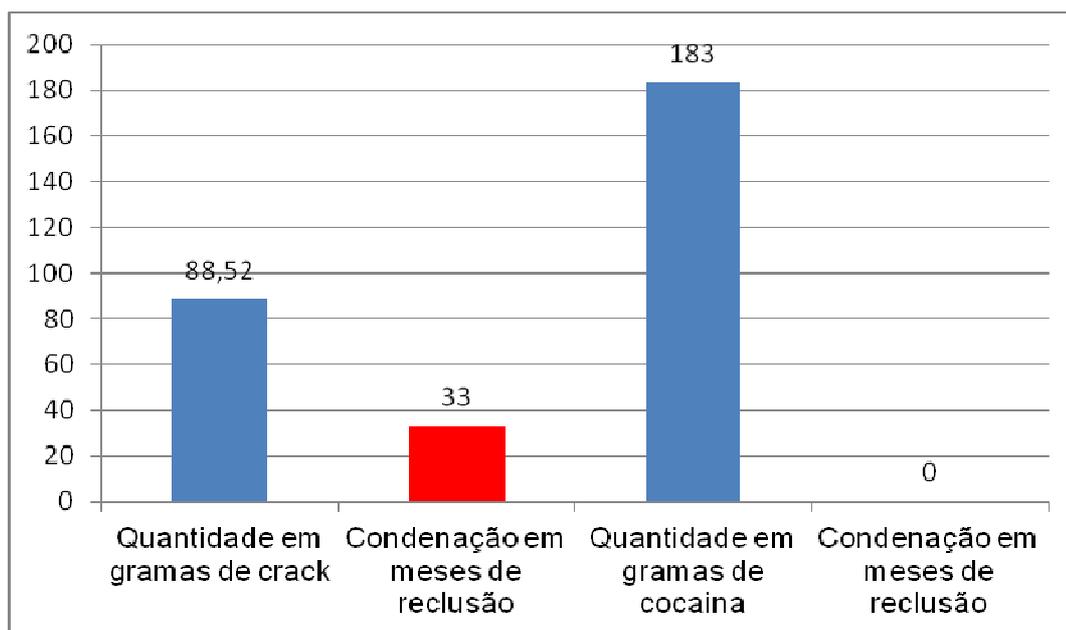
No tocante a apreensão das 71 gramas de maconha, encontra-se narrado na denúncia que o réu tinha em depósito esta quantidade em sua residência para comercialização, descoberta graças a uma denúncia anônima. Quanto aos antecedentes criminais não há notícia nos autos do indiciamento do réu em outros delitos, havendo, entretanto, reprovabilidade quanto à conduta social e personalidade do mesmo, vez que denota-se ter se voltado à prática delitiva, visto que nos autos não há prova de labor lícito, o que faz concluir, consoante a magistrada, que o réu se dedica à atividade criminosa.

No tocante as 75,66 gramas de maconha que o réu trazia consigo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, após encerrar a instrução criminal a magistrada entendeu que os fatos descritos na denúncia não restaram *quantum satis* evidenciados de modo a lastrear um decreto condenatório nos termos do pedido condenatório. Ressaltou que a quantidade da droga apreendida e a forma de acondicionamento, desacompanhada de outros elementos que façam o juízo inferir o comércio de drogas não podem conduzir a condenação do réu no delito previsto no art. 33 da lei 11.343/2006, sendo a desclassificação a única medida cabível em tela.

Pela justificativa adotada pela magistrada na sentença representativa da apreensão das 75,66 gramas, não há como compreender o resultado comparativo dos dois julgados ora analisados, uma vez que faltam elementos caracterizadores da motivação da mesma. Quando evidencia apenas e tão-somente que a quantidade de droga e a forma de acondicionamento não justificam, por si só, o comércio de drogas, devendo ocorrer, assim, a desclassificação para usuário, a distorção do resultado se torna ainda mais grave, uma vez que a condenação a 3 anos e 2 meses de reclusão por tráfico se deu com uma quantidade de droga menor, 71 gramas, apesar de ser a mesma a natureza da substância ilícita.

5.4.3 DROGAS DISTINTAS, MAS DERIVADAS DA MESMA PLANTA: COCA.

Caso 1	88,52 gr Crack	Condenação de 02 anos e 09 meses de reclusão (33 meses)
Caso 2	183 gr Cocaina	Absolvição (0 meses)



CONCLUSÃO: Menor quantidade apreendida e condenação por tráfico; quantidade bem maior (dobro) tem absolvição.

Gráfico 12 - Drogas distintas, mas derivadas da mesma planta: coca

A ré foi encontrada em uma favela por policiais militares comercializando 88,52 gramas de crack, conforme narrado na denúncia, sendo a mesma presa em flagrante. Não há nos autos notícias de antecedentes maculados, sendo a ré primária, sendo apontado como motivo pela prática delituosa a obtenção de lucro fácil. A conduta social da ré foi valorada positivamente, apesar de não haver nenhuma justificativa para tanto na sentença. Não há, por parte da magistrada, análise quanto a personalidade da ré.

No tocante as 183 gramas de cocaína consta nos autos que, após uma denúncia anônima, policiais se dirigiram a um bairro periférico de Feira de Santana,

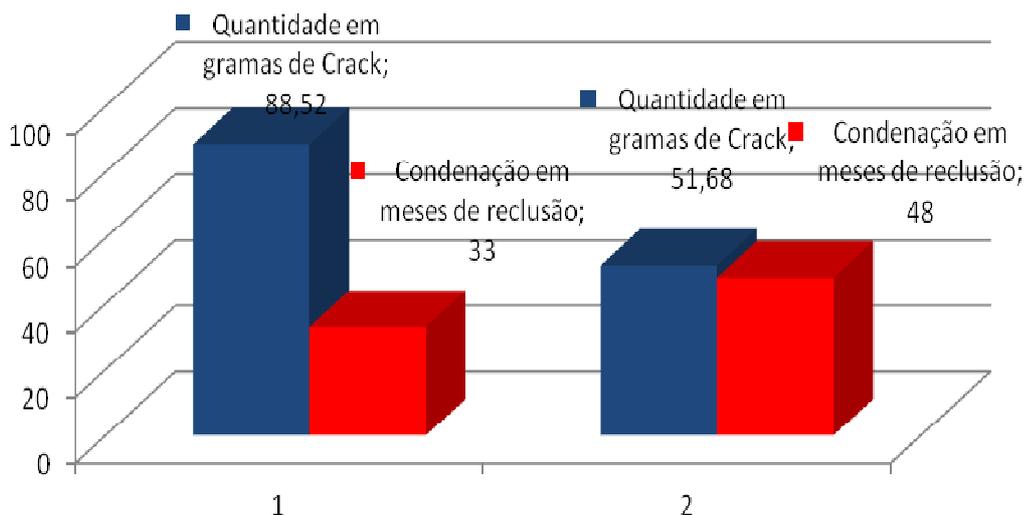
empreendendo uma campanha no local, momento em que um casal apareceu numa motocicleta. Ato contínuo, os policiais abordaram os denunciados, encontrando em posse da mulher a substância apreendida. Ao dirigirem-se para a casa do casal, foi encontrada, além da droga, uma balança de precisão e R\$ 2.195,00 (dois mil, cento e noventa e cinco reais) em dinheiro. A denunciada faleceu, consoante atestado de óbito protocolizado pela defesa, extinguindo, por isso, a punibilidade da mesma.

No tocante ao denunciado pelo Ministério Público, a magistrada entendeu que, apesar de provada a materialidade do delito previsto no art. 33 da lei nº 11.343/2006, não ficou evidenciado, de forma estreme de dúvidas, ter o mesmo envolvimento com o tráfico de drogas, apesar de a droga ter sido encontrada na residência do casal, porém em local escondido.

No caso em tela, não é encontrado na sentença nenhuma referência às circunstâncias subjetivas do denunciado, demonstrando que não houve análise, por parte da magistrada, dessas variáveis, apesar de previstas no § 2º do art. 28 da lei de drogas, de sorte que não há como inferir justificações acerca das discrepâncias dos resultados encontrados.

5.4.4 MESMA SUBSTÂNCIA: CRACK

Caso 1	88,52 gr	Condenação de 02 anos e 09 meses de reclusão (33 meses)
Caso 2	51,68 gr	Condenação de 04 anos (48 meses)



CONCLUSÃO: Quantidade menor da mesma substância e pena 15 meses a mais

Gráfico 13 - mesma substância: crack(a)

A ré foi encontrada em uma favela por policiais militares comercializando 88,52 gramas de crack, conforme narrado na denúncia, sendo a mesma presa em flagrante. Não há nos autos notícias de antecedentes maculados, sendo a ré primária, sendo apontado como motivo pela prática delituosa a obtenção de lucro fácil. A conduta social da ré foi valorada positivamente, apesar de não haver nenhuma justificativa para tanto na sentença. Não há, por parte da magistrada, análise quanto a personalidade da ré.

Quanto a apreensão de 51,68 gramas de crack se deu em flagrante delito, num bairro periférico da cidade de Feira de Santana. Consta nos autos que o réu é primário e possui bons antecedentes, possuindo, entretanto, conduta social reprovável dado o seu envolvimento em crime equiparado ao hediondo – tráfico

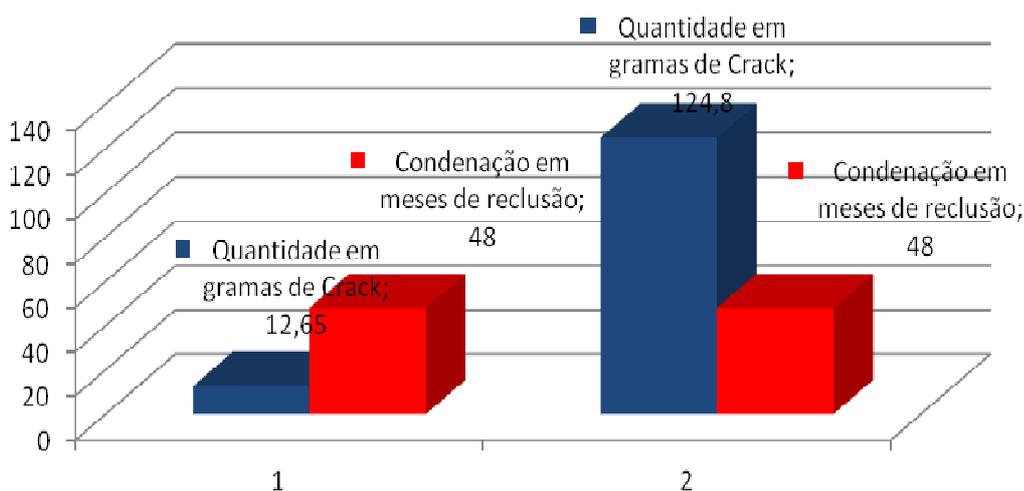
ilícito de entorpecentes, apesar de haver provas nos autos de labor lícito do acusado.

Analisando o resultado destas duas sentenças visando justificar as distorções apresentadas, pode-se extrair em comum o fato de ambos os réus serem primários e de bons antecedentes, sendo a circunstância da prisão a mesma, a saber: em flagrante delito. Ocorre que o réu que é encontrado com uma quantidade da mesma substância menor tem em seu desfavor uma conduta social reprovável, sem nenhuma análise concreta demonstrada nos autos para tanto, enquanto que a ré presa em flagrante com uma quantidade de droga maior não tem essa variável valorada negativamente, sem, também, nenhuma fundamentação da magistrada para tanto.

Percebe-se que as diferenças quantitativas das penas apresentadas (15 meses a mais de pena, apesar do réu ter sido preso em flagrante com 36,84 gramas a menos da mesma substância) encontram-se justificativas apenas e tão-somente na variável da conduta social, valorada positivamente em uma sentença e negativamente em outra, apesar de completa ausência de parâmetro legal apontado para tanto.

5.4.5 MESMA SUBSTÂNCIA: CRACK

Caso 1	12,65 gr	Condenação de 04 anos (48 meses)
Caso 2	124,8 gr	Condenação de 04 anos (48 meses)



CONCLUSÃO: Mesma substância apreendida; quantidade dez vezes maior, mesma pena.

Gráfico 14 - mesma substância: crack(b)

Consta na denúncia que os 12,65 gramas de crack foram apreendidos em domicílio do réu, em bairro periférico da cidade de Feira de Santana, por motivo de prepostos da Polícia Militar conhecer a contumaz prática de tráfico ilícito de entorpecentes do acusado. Segundo a magistrada, a droga estava sendo guardada para se destinar a mercancia. Não há nos autos prova de antecedentes maculados, mas há processo crime em seu desfavor, com condenação anterior, mas sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Conduta social reprovável dada o envolvimento do réu com crime equiparado ao hediondo – tráfico ilícito de entorpecentes. Não há prova nos autos de labor lícito do acusado, apesar do mesmo declinar trabalho como cobrador em transporte alternativo. Quanto à sua personalidade, consta nos autos que não há dados a se inferir, mas tem condenação por crime de porte de arma de fogo na 3ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana.

O réu que trazia consigo 124,8 gramas de crack foi preso em flagrante num bairro classe média da cidade de Feira de Santana. Não há nos autos notícias de antecedentes maculados, mas há processo crime em seu desfavor. A conduta social foi valorada negativamente, dada o envolvimento com crime equiparado ao hediondo - tráfico ilícito de entorpecentes. Há prova de labor lícito do acusado nos autos e quanto à personalidade do agente não há dados para se inferir, mas tem entrada na polícia e processo em curso na Vara de Tóxicos com igual imputação.

Constata-se que ambos os réus possuem em comuns bons antecedentes, bem como processos-crimes em desfavor. A conduta social e personalidade foram valoradas igualmente, ambas negativamente, tendo como diferença apenas prova de labor lícito nos autos em uma sentença, e em outra apenas um depoimento do acusado afirmando trabalhar como cobrador em serviço de transporte alternativo, sem, entretanto, comprovação deste fato, o que por si só não pode justificar a imposição de uma mesma pena, haja vista a quantidade de droga encontrada ser dez vezes maior.

A diferença real que existe, quando da análise das duas sentenças penais condenatórias e uma mesma dosimetria de pena, para quantidades de drogas apreendidas absurdamente diferentes, consoante já salientado, a saber: dez vezes a mais, é quanto a variável "local da droga encontrada". Apesar de ser a mesma a natureza da substância apreendida, a quantidade de 124,8 gramas encontrava-se em um bairro de classe média, enquanto que as 12,65 gramas em um bairro periférico.

Não quer com isso afirmar-se, peremptoriamente, a segregação de classe realizada pelo sistema penal, porém pode-se considerar esta variável, constante no § 2º do art.28 da lei nº 11.343/2006, como um forte indício de discriminação no caso ora analisado, devido a ausência de justificações legais, ainda que subjetivas, por parte da magistrada, conforme já supra-exposto.

5.4.6 MESMA SUBSTÂNCIA: COCAÍNA

Caso 1	183 gr	Absolvição
Caso 2	38 gr	Condenação de 04 anos (50 meses)

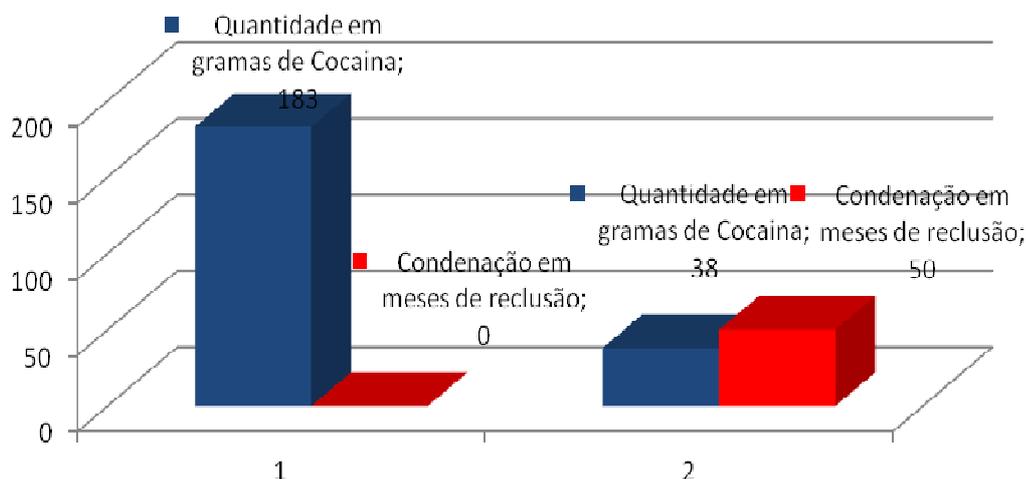


Gráfico 15 - mesma substância: cocaína(a)

CONCLUSÃO: Mesma substância; quantidade maior (04 vezes mais) absolvição, enquanto bem menos quantidade houve condenação por tráfico de drogas.

Quanto as 183 gramas de cocaína consta na denúncia que, após uma denúncia anônima, policiais se dirigiram a um bairro periférico de Feira de Santana, empreendendo uma campanha no local, momento em que um casal apareceu numa motocicleta. Ato contínuo, os policiais abordaram os denunciados, encontrando em posse da mulher a substância apreendida. Ao dirigirem-se para a casa do casal, foi encontrada, além da droga, uma balança de precisão e R\$ 2.195,00 (dois mil, cento e noventa e cinco reais) em dinheiro. A denunciada faleceu, consoante atestado de óbito protocolizado pela defesa, extinguindo, por isso, a punibilidade da mesma.

No tocante ao denunciado pelo Ministério Público, a magistrada entendeu que, apesar de provada a materialidade do delito previsto no art. 33 da lei nº 11.343/2006, não ficou evidenciado, de forma estreme de dúvidas, ter o mesmo envolvimento com

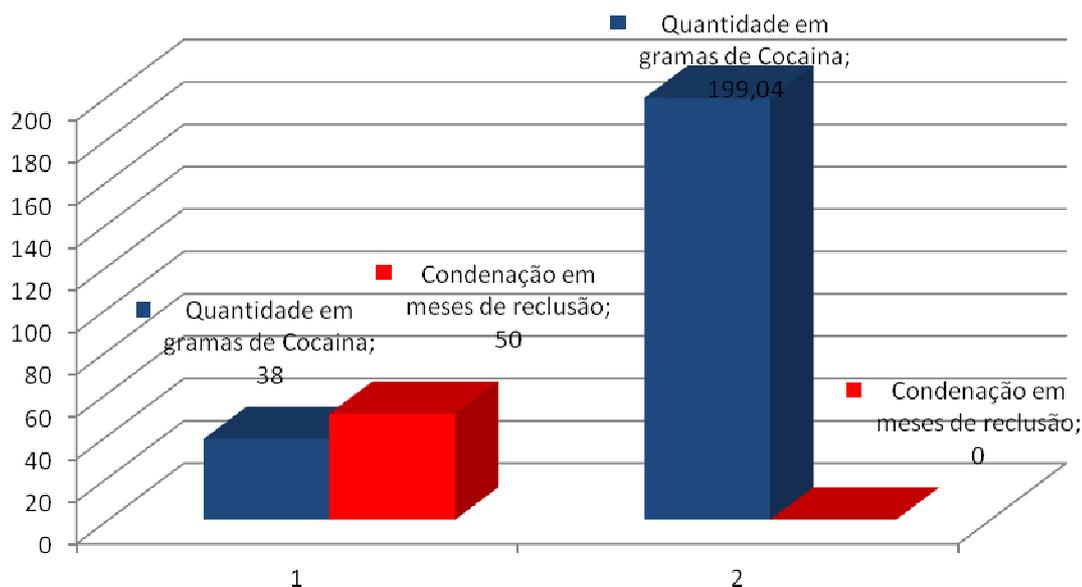
o tráfico de drogas, apesar de a droga ter sido encontrada na residência do casal, porém em local escondido.

Quanto as 38 gramas de cocaína apreendida, constata-se na denúncia que o réu tinha em depósito em sua residência, situado num bairro periférico, em Feira de Santana. A diligência policial foi determinada em cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar. Segundo análise da magistrada, a condição de usuário do condenado não exclui a sua condição de comerciante de drogas. Não há nos autos notícia de antecedentes maculados, nem processo crime em seu desfavor. Conduta social reprovável devido o seu envolvimento com crime equiparado ao hediondo – tráfico ilícito de drogas, sendo preso em flagrante delitos em outras oportunidades. Não há prova nos autos de labor lícito, apesar de constar que já trabalhou em comércio no seu próprio imóvel. Possui personalidade não voltada para a atividade criminal.

Constata-se que em ambos os casos a cocaína fora apreendida em residência dos réus (mesmas circunstâncias), sendo que, apesar de em maior quantidade (quatro vezes mais), a magistrada entendeu que não ficou evidenciado o envolvimento do réu com o tráfico de drogas, uma vez que a droga estava escondida. As demais variáveis subjetivas não podem ser comparadas por falta de fundamentação da juíza na sentença absolutória, não havendo inferências a fazer no tocante às distorções apresentadas nos julgados.

5.4.7 MESMA SUBSTÂNCIA: COCAÍNA

Caso 1	38 gr	Condenação de 04 anos (50 meses)
Caso 2	199,04 gr	Desclassificação Para Usuário (Despenalização) (0 meses)



CONCLUSÃO: Mesma substância; quantidade maior (05 vezes mais) desclassificação, enquanto menor quantidade condenação por tráfico de drogas.

Gráfico 16 - mesma substância: cocaína(b)

Quanto as 38 gramas de cocaína apreendida, constata-se na denúncia que o réu tinha em depósito em sua residência, situado num bairro periférico, em Feira de Santana. A diligência policial foi determinada em cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar. Segundo análise da magistrada, a condição de usuário do condenado não exclui a sua condição de comerciante de drogas. Não há nos autos notícia de antecedentes maculados, nem processo crime em seu desfavor. Conduta social reprovável devido o seu envolvimento com crime equiparado ao hediondo – tráfico ilícito de drogas, sendo preso em flagrante delitos em outras oportunidades. Não há prova nos autos de labor lícito, apesar de constar

que já trabalhou em comércio no seu próprio imóvel. Possui personalidade não voltada para a atividade criminal.

A quantidade de 199,04 gramas de cocaína foi encontrada na residência do acusado, preso em flagrante após uma denúncia anônima. Entretanto, apesar deste fato, a magistrada entendeu que não restou *quantum satis* evidenciado de modo a lastrear um decreto condenatório nos moldes requerido pela denúncia, uma vez que não restou comprovada ser a droga de propriedade do réu e sim de seu irmão. Chegou a esta conclusão, consoante evidenciado na sentença, devido a vida laboral lícita do acusado, corroborado pela prova de vida estudantil ativa, apesar de confirmada a sua condição de usuário de droga. Assim, justificou a desclassificação de traficante para usuário, sem mencionar acerca das circunstâncias subjetivas constantes no § 2º do art. 28 da lei nº 11.343/2006.

Na análise comparativa das duas sentenças supra-apresentadas não há como estabelecer inferências acerca das distorções dos resultados dos julgados, uma vez que a magistrada não motivou suficientemente a sentença que desclassifica o tráfico para uso, sendo ressaltada apenas a natureza e quantidade da droga apreendida, dados que por si só não revelam a justificativa para a desclassificação.

6 CONCLUSÃO

A Modernidade inaugurou um novo paradigma no Direito Penal, quando declarou um discurso garantista dos direitos individuais frente a arbítrios do Estado, em contraposição a uma época anterior, despótica absolutista, quando a pena era basicamente composta de suplícios corporais para o restabelecimento da ordem afrontada pelo crime que, no regime político vigente, representava afronta à própria realeza.

Mergulhados neste espírito humanitário, surgiram algumas escolas penais estimuladas pelo espírito iluminista da época Moderna, dentre as quais, podem-se destacar a Escola Clássica, Positiva, Técnico-Jurídica Italiana e a Moderna Alemã, que influenciaram sobremaneira a construção científica do Sistema Penal hodierno.

Sucintamente observa-se que a Escola clássica preocupava-se bastante com a defesa do indivíduo frente o Estado, motivada humanitariamente na defesa dos direitos e garantias individuais, utilizando, para tanto, de princípios norteadores da aplicação da pena, a exemplo de Beccaria, que com seu livro “Dos Delitos e das Penas”, escrito em 1764, propugna pela imperiosa necessidade da existência de uma proporcionalidade entre a pena perpetrada pelo Estado e a gravidade do delito, sob pena da mesma ser tirânica.

Essa justificativa político-criminal se dava principalmente por ser esta Escola a representante dos anseios iluministas da época, por se encontrar atrelada ao espírito democrático, norteador do Estado de Direito, em contraposição às arbitrariedades perpetradas pelo soberano em tempos de absolutismo.

Amparados no pacto social, esta escola criminológico-penal considerava o criminoso possuidor de igualdade jurídica perante a lei como qualquer outro cidadão que, utilizando mal de seu livre-arbítrio, acabava contrariando o contrato social a que houvera se submetido espontaneamente, sendo lógico, portanto, que a este fosse aplicada uma pena, numa visão eminentemente retribucionista, uma vez que considerado como traidor da ordem jurídica constituída.

Porém, por utilizar o método lógico-dedutivo, desprovido de análises experimentais, paradigmático à época, a Escola Clássica foi arduamente questionada pela Escola Positiva que, apropriando-se do método empírico, indutivo, buscou estudar o criminoso em manicômios judiciários e presídios, visando compreender a etiologia do crime.

Das experiências realizadas, generalizaram-se conclusões no sentido de ser o criminoso um ser patologicamente diferente dos demais, cuja inferioridade biológica e social estava representada em estigmas que lhe delatavam e, por isso, sempre propensa a cometimento de delitos, inaugurando, desta sorte, um determinismo sem precedentes.

Baseados nestas teorias, a Escola Positiva preconizava que era preciso inocuizar estes criminosos natos por representarem uma ameaça à ordem social, de modo que crimes fossem prevenidos, priorizando os interesses coletivos em detrimento dos direitos individuais, numa visão contrária da escola que a antecederia.

Porém, apesar de prioridades diferentes (direitos individuais *versus* direitos coletivos), ambas utilizam a ideologia da defesa social para sustentarem suas teses, devendo a pena ser aplicada ou para retribuir o mal causado com a quebra do contrato social, ou para prevenir a ocorrência de delitos, seja no âmbito geral ou especial.

Até estas duas Escolas penais não havia uma nítida diferença entre Criminologia e Direito penal, pois ambas eram permeadas por disciplinas alienígenas ao direito propriamente dito, tendo contribuições fecundas advindas da antropologia criminal, da sociologia criminal, da psicologia criminal, da estatística criminal, dentre outras.

Visando por fim a esta anomalia e afirmar a Dogmática Penal em sua autonomia científica, surge na Itália a Escola técnico-jurídica, cuja pretensão era apartar o Direito Penal da Criminologia, estabelecendo um objeto de estudo e métodos específicos para a ciência jurídica penal, nos moldes kelseniano do século XIX.

Estabeleceu-se, então, uma metodologia própria para a Dogmática Penal moderna que, consoante Arturo Rocco, seria dividida em três etapas: a exegese, que representava a interpretação do texto legislativo; a dogmática, que buscava descrever os princípios e os conceitos para construir logicamente o sistema penal e, por fim, a crítica, que visava investigar o Direito Penal ideal.

Fruto deste mesmo positivismo jurídico na Itália foi também a Escola Moderna Alemã, que jamais trabalhou com este sincretismo metodológico entre criminologia e positivismo, sendo por isso considerado o marco para a Dogmática Penal, uma vez que foi lá que se desenvolveram as principais teses acerca desta ciência, cujo objeto de estudo é a norma penal, cabendo a doutrina descrevê-las e construir um sistema jurídico harmônico e completo, capaz de orientar na administração da justiça.

Tem-se desta forma a atuação conjunta dos três poderes do Estado para o auxílio da justiça penal, cada qual com suas funções específicas, a saber: o Poder Legislativo, atuando na criminalização primária, quando da criação das normas penais; o Poder Judiciário atuante na criminalização secundária, na persecução do crime e da aplicação da pena e, por fim, o Poder Executivo, responsável pela criminalização terciária, qual seja, a execução da pena.

Todo este aparato tecnocrático encontra-se a serviço do Estado de Direito que consoante seu discurso oficial tem por missão tutelar direitos humanos fundamentais, garantindo interesses individuais frente ao arbítrio estatal quando da aplicação da pena. Esta, apesar de representar uma violência do Estado contra o indivíduo, é justificada pela sua utilidade social, uma vez que tem por função reprimir e prevenir delitos, imprescindíveis na defesa da sociedade.

A partir da década de 30 do século XX, entretanto, este discurso propalado pelo Estado é arduamente questionado por uma corrente sociológica norte-americana denominada de *labeling approach* ou teoria do etiquetamento social que, ao analisar a criminalidade de colarinho branco, acaba por chegar a conclusões diametralmente opostas às oficialmente divulgadas, notadamente pela descoberta das cifras negras.

As cifras negras representam o percentual de crimes que não chegam sequer ao conhecimento da justiça penal, seja pela não apresentação da queixa pela vítima, seja pela inércia da justiça, seja pela ausência de vontade política na persecução dos delitos.

Os crimes de colarinho branco, por exemplo, perpetrado por pessoas com prestígio social elevado e alto poder aquisitivo, fazem parte das estatísticas oficiais de crimes divulgadas pelo Estado de maneira muito tímida, sendo a expressiva parcela das estatísticas criminais representada pelos crimes de massa, cometidos pelo estrato social mais vulnerável sócio-economicamente.

Desta feita, a teoria do etiquetamento social acaba por dar outro rumo ao estudo do crime, retirando o foco sobre o criminoso como outrora, e lançando luz sobre as agências de controles formais e suas estratégias de atuação. Assim sendo, o criminoso deixa de ser o ponto de partida da investigação científica, tornando-se uma construção social de uma realidade forjada pelo poder dominante, visando à manutenção de seu *status quo*.

O delito, nesta acepção, não mais é visto como ente ontológico, natural, mas como uma criação das agências de controles formais, notadamente, do Poder Legislativo, que traça uma programação a ser cumprida pelo Poder Judiciário, visando afastar os indesejáveis, os consumidores mais frágeis da sociedade central, haja vista não contribuir para a sustentação do modelo econômico vigente.

Os criminosos etiquetados pelo sistema jurídico-penal acabam por assumir seus rótulos sociais e a comportar-se segundo este estigma, construindo verdadeiras carreiras criminosas, sendo expurgados de vez da sociedade capitalista de produção.

Como consequência, surge um novo arcabouço teórico científico posto pela criminologia crítica, erguido sob novéis premissas, a saber: que o sistema penal não é igual para todos, havendo uma seletividade que se dá pela perspectiva sócio-econômica no controle do Estado quando da persecução de crimes, bem como, que

os bens jurídicos protegidos penalmente não são relevantes para todos, mas apenas para alguns que se encontram em posição privilegiada no Estado classista.

Baseadas nestas premissas do direito penal aparecem duas vertentes teóricas que buscam deslegitimar a pena, por entenderem que ela não cumpre com a função declarada pelo Estado, a saber: prevenção de delitos. Chamados de abolicionistas e minimalistas penais, estes teóricos advogam a favor da substituição do direito penal por algo melhor, mais justo e mais humano para a resolução de conflitos e pacificação social.

Os abolicionistas defendem a tese de abolição total de todo o aparato penal, acreditando que este é um mal social que produz a criminalidade em vez de solucioná-la, enquanto que os minimalistas entendem ser o direito penal necessário como forma de controle social, mas apenas e tão-somente como *ultima ratio*. Em longo prazo conseguem ainda defender a abolição do sistema penal, mas não de imediato consoante desejam os abolicionistas.

Verifica-se desta forma que as correntes teóricas deslegitimadoras da pena questionam o Direito Penal posto pela Modernidade na atual sociedade capitalista de produção, guardando, obviamente, a proporcionalidade das críticas, entendendo ser esta forma de controle social maléfica à dignidade da pessoa humana, notadamente quando revela que a missão posta por este ramo do ordenamento jurídico não reflete a operacionalidade do sistema.

As teorias da pena, relativas à prevenção geral e especial, acabam por não concretizar no mundo fático as suas promessas teóricas, de modo a não intimidar pessoas ao cometimento de crimes, haja vista a crescente onda de violência que assola o Brasil, apesar de ser este o quarto país que mais encarcera no planeta (perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia, nesta ordem), bem como não cumpre eficientemente sua função ressocializadora, a se verificar pelos índices de reincidência sempre presentes nas estatísticas criminais.

Visando testar as premissas postas pela teoria do etiquetamento social e da criminologia crítica, notadamente quanto à seletividade do sistema penal e da lógica

operativa das agências de controle formal, foi realizada uma coleta de dados na Vara de Tóxicos da cidade de Feira de Santana, maior interior da Bahia com, aproximadamente, 600.000 habitantes, buscando analisar os parâmetros utilizados pelo magistrado para a tipificação da conduta de usuário ou traficante, daqueles que são alvos do sistema de repressão estatal.

Para tanto, extraiu-se das sentenças elementos balizadores da individualização da pena, notadamente os constantes no rol do art. 59 do Código Penal, bem como no § 2º do art. 28 da lei nº 11.343/2006, utilizando-se de parâmetros legais positivados pelo Estado.

Foram gerados 12 gráficos e/ ou tabelas, analisando a qualificação, gênero e faixa etária do réu denunciado pela prática de tráfico de drogas, bem como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, motivo e circunstâncias do crime, bem como o local, as circunstâncias, a quantidade e natureza da droga apreendida.

Por conta de algumas incongruências encontradas nos resultados de algumas sentenças, passou-se a análise mais detalhada delas, visando encontrar parâmetros legais que justificassem algumas anomalias, demonstradas, por exemplo, quando da comparação entre julgados que beneficiam drogas de natureza mais pesada e quantidade maior, em detrimento de outros que agravam situações mais amenas, levando em consideração o bem jurídico tutelado pela lei nº 11.343/2006, a saber: a saúde pública.

O resultado geral da pesquisa revelou que 78,73% dos processos criminais que tramitavam na Vara de Tóxicos tiveram condenação por tráfico de drogas, ocorrendo absolvição em 6,38% dos casos e desclassificação para usuário em 14,89%. Também mostrou que as pessoas mais recorrentes deste tipo de delito são constituídas de homens jovens, em condições de vulnerabilidade sócio-econômica, motivados preponderantemente pela obtenção de lucro fácil.

De certa forma pode-se inferir que este resultado reflete a concentração da ação policial em bairros periféricos, onde há mais liberdade de atuação sem mandados judiciais, comprovados pela análise da variável das circunstâncias que se

desenvolveu a ação, sendo 96% dos casos pesquisados compostos por prisões em flagrante ou denúncia anônima; apenas 2% oriundas de mandados judiciais e os outros 2% referentes a ações dos agentes penitenciários nos sistemas prisionais.

Desta sorte, constata-se que existe, de fato, uma seletividade por parte da ação da Polícia Judiciária, que privilegia determinados *locus* de atuação em detrimento de outros, sendo a clientela do sistema penal previamente determinada consoante premissas das teorias críticas deslegitimadoras do Sistema Penal moderno.

Quanto à classificação das condutas de usuário e traficante realizada pelo magistrado, percebe-se que inexistente uma prática legal uniforme, sendo a subjetividade comum na praxe judiciária advinda, muitas vezes, da própria lacuna do Direito positivo, uma vez que inexistente parâmetro normativo para especificar a quantidade de drogas que represente significativamente uma prisão por tráfico.

Além da lacuna normativa das circunstâncias objetivas também colaboram para as distorções salientadas as circunstâncias subjetivas, positivadas pela própria lei de drogas e pelas circunstâncias judiciais oriundas do Código Penal, notadamente quanto ao aspecto conduta social e pessoal, exercida com ampla discricionariedade, pelo juiz.

Esta ausência de balizas de natureza subjetiva acaba por perpetrar verdadeiras anomalias nesta fase de criminalização secundária do sistema penal, sendo responsável em grande parte pelas idiosincrasias dos resultados encontrados na coleta de dados da única Vara de Tóxicos da cidade de Feira de Santana.

Assim sendo, não se pode afirmar, ao certo, que existe seletividade prévia por parte do magistrado ao prolatar suas sentenças. A seletividade posta pelas teorias críticas deslegitimadoras da Dogmática Penal moderna não podem aqui ser ratificada nem refutada, por inexistir parâmetros seguros quanto aos resultados encontrados.

Poder-se-ia refutar com base no percentual das sentenças absolutórias ou desclassificatórias do tráfico de drogas, uma vez que corresponde a 21,27% dos casos, percentual significativo para inferir que inexistente prévia seleção do juiz para

condenar pessoas sócio-economicamente vulneráveis, sendo estas julgadas em conformidade com o Direito positivo vigente.

Porém, por conta das distorções encontradas em algumas sentenças e individualmente apresentadas - sete gráficos ao todo -, também não se pode afirmar que inexistente uma carga valorativa preconceituosa do magistrado, quando da análise de algumas circunstâncias subjetivas, principalmente quando não é acostado aos autos prova de labor lícito ou vida estudantil regular, levando muitas vezes ao mesmo inferir que o réu possui envolvimento em atividade criminosa, a despeito de ser notório que emprego no mercado formal no Brasil encontra-se difícil, principalmente para quem não tem instrução escolar técnica ou superior.

Por isso, neste item, o mais sensato é não estabelecer conclusões apressadas acerca da seletividade ou não dos magistrados quando do julgamento dos processos criminais, salientando, ainda, a imprescindibilidade do Sistema Penal moderno a despeito das teorias críticas deste instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ANÁLISE ESPACIAL DA VIOLÊNCIA URBANA NO MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA – BAHIA. Disponível em <
<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaurbana/209.pdf>>. Acesso em 12/11/2011

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 7 ed. desenv. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1951

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da defini o   aplica o dos princípios jurídicos. 10 ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdu o   sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Renavan: 2002

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis**: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Crêterios de Aplica o**. 5 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir?** Teoria Geral da Pena. São Paulo: Saraiva, 2010

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral.v. 1, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constitui o (1988)**. Constitui o da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum acad mico de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**: promulgado em 07 de dezembro de 1940. Vade mecum acadêmico de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. **Lei nº 11.343**: promulgada em 23 de agosto de 2006. Vade mecum acadêmico de direito. Organização da Editora Saraiva. 9 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral (Tomo I). Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Coimbra Editora, 2004.

FEIRA DE SANTANA. **Cidade**. Disponível em <<http://www.feiradesantana.ba.gov.br/conteudo.asp?id=6>>. Acesso em 12/11/2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 35 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008

GOFFMAN, Erving. Manicômicos, **Prisões e Conventos**. 8 ed. São Paulo: Perspectiva, 2008

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**. 2 ed. ver. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

HULSMAN, Louk. **Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal**. In: PASSETTI, Edson e SILVA, Roberto B. Dias da Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. PUC/SP: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 189-213

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos e Teoría de La Imputacion. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MACHADO, Beatriz Piffer. **Punição e ordem social**. Considerações acerca das penalizações ao longo da história. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11841>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

MELOSSI; Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6 ed. ref. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MORAES, Vinícius. **Concepções lusfilosóficas do Direito Penal do Inimigo**: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Gunther Jakobs.

OLIVEIRA, Salete Magda de. **Um Desafio à Dissuasão Penal**. In: Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. (Organizadores

Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva). PUC/SP: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 236-240

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

_____. **Direito Penal**: parte geral. 6 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general (Tomo I). Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito. 2 ed. Editorial Civitas S.A, 1997

SANTOS, Ana Carolina Elaine dos. **A Criminalidade de Colarinho Branco como Expressão da Desigualdade no Direito Penal Brasileiro à Luz da Criminologia**. 2006. 142 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2006. Orientador: Prof. Dr. Zenildo Bodnar

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia e Política Criminal**. In: BITTAR, Walter Barbosa. A Criminologia do Século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 109-118

_____. **A Criminologia Radical**. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2008.

_____. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito, 2010

SCHEERER, Sebastian. **Um Desafio para o Abolicionismo**. In PASSETTI, Edson e SILVA, Roberto B. Dias da Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. PUC/SP: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 219-235

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Abolicionismo, Criatividade e Satisfação**. In: PASSETTI, Edson e SILVA, Roberto B. Dias da Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. PUC/SP: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 214-217

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do Nada**: quem são os traficantes de drogas. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008