



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

**MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA, JUSTIÇA
E CIDADANIA**

ARMANDO DUARTE MESQUITA JUNIOR

QUANDO A BALANÇA FERRE
**ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS EM CRIMES DE TRÁFICO DE
DROGAS**

Salvador, Bahia
2016

ARMANDO DUARTE MESQUITA JUNIOR

QUANDO A BALANÇA FERE:
ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS EM CRIMES DE TRÁFICO DE
DROGAS

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Segurança Pública.

Orientador: Dr. Riccardo Cappi

Salvador, Bahia
2016

M582

Mesquita Júnior, Armando Duarte,
Quando a balança fere: análise de decisões judiciais em crimes de tráfico
de drogas / por Armando Duarte Mesquita Júnior. – 2016.
112 f.

Orientador: Doutor Riccardo Cappi.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, 2016.

1. Drogas. 2. Argumentação Jurídica. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 345.0277

ARMANDO DUARTE MESQUITA JUNIOR

QUANDO A BALANÇA FERE
ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS EM CRIMES DE TRÁFICO DE
DROGAS

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública Justiça, e Cidadania, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Segurança Pública.

Área de Concentração: Segurança Pública
Linha de Pesquisa: Vitimização e criminalidade

Aprovada em de de 2016

BANCA EXAMINADORA

Dr. Riccardo Cappi - orientador _____
Doutor em Criminologia
Université Catholique de Louvain da Bélgica

Dr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior _____
Doutor em Direito
Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro

Dr. Orlando Zaccone D'Elia Filho _____
Doutor em Ciência Política
Universidade Cândido Mendes

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Dr. Riccardo Cappi, pela amizade, atenção, dedicação e pelo despertar criminológico que me proporcionou, em especial nas questões juvenis e de drogas. A orientação foi fundamental para o desenvolvimento e à conclusão da pesquisa e, principalmente, mudou o meu olhar sobre as substâncias psicoativas e as práticas judiciais que envolvem os julgamentos criminais.

À Beatriz Vargas, Luciana Boiteaux, Maria Lúcia Karam, Orlando Zaccone e Salo de Carvalho, que me permitiram ingressar no “mundo das drogas” de forma não problemática e sem vícios.

Aos amigos Marco Aurélio e Gerivaldo Neiva, colegas da AJD e da LEAP Brasil, pelo auxílio e incentivo nos momentos mais angustiantes da pesquisa. Magistrados que envergam a bandeira do antiproibicionismo com vigor e de forma madura. As lições que vocês transmitem são indeléveis.

Aos amigos Eduardo Santana, Jonny Maikel e Ricardo Netto, que, a seu modo, ainda confiam em uma magistratura democrática e comprometida com o princípio republicano, para que seja rompido o paradigma de agente de conservação do poder.

Aos colegas do mestrado pelo convívio semanal de discussões envolvendo a segurança pública.

Às secretárias Roni e Jamile e aos demais professores do programa que, com despreendimento, acreditam nesse pioneiro curso.

Aos servidores e estagiários do poder judiciário. Sem eles, é inimaginável a construção de uma instituição ativa e com bases democráticas.

Aos advogados criminais e aos defensores públicos que exercem responsável e incansavelmente a defesa dos selecionados pelo sistema de justiça criminal.

Aos meus alunos, sobretudo os que compõem o *seleto* Clube do Charuto, pelo carinho, compreensão e oportunidade de muitas discussões profícuas e outras um tanto infrutíferas.

Em especial, aos meus pais Armando e Alba, início de tudo, e aos meus irmãos Ricardo e Isabella. A cumplicidade e a amizade consolidam o nosso amor.

À minha família: Elza, Neto e Dudu que administraram minhas constantes ausências e o meu mau humor com maestria. A vocês devo tudo, por serem minha fonte inspiradora. Por vocês sempre farei o que for possível.

MESQUITA JUNIOR, Armando Duarte. QUANDO A BALANÇA FERRE: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS EM CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS. 119 f. il. 2016. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, Bahia.

RESUMO

Esta pesquisa, contextualizada na abordagem crítica da política criminal das drogas, propõe uma análise qualitativa dos argumentos contidos nas decisões judiciais referentes aos crimes da lei de drogas. Após as considerações do paradigma da reação social e da criminologia crítica, o estudo desvela as origens do proibicionismo e a política criminal de drogas. Na sequência, abre uma discussão importante para destacar a real função do poder judiciário sob uma perspectiva garantista, para contextualizar, também, as raízes legais que levaram à criação da vara criminal especializada de Feira de Santana. No corpo empírico da pesquisa propõe-se uma minuciosa análise crítica dos argumentos decisórios, adotando-se uma metodologia que possibilitou a identificação de perfis de magistrados que exerceram a judicatura na unidade judiciária.

Palavras-chave: drogas; proibicionismo; política criminal; argumentação jurídico-penal; Vara de tóxicos de Feira de Santana.

ABSTRACT

This research, contextualized in the critical approach of criminal policy of drugs, proposes a qualitative analysis of arguments in judicial decisions concerning crimes related to Drug Law. After considerations of the paradigm of social reaction and critical criminology, the study unveils the origins of prohibition and criminal policy of drugs. Following, it opens an important discussion to highlight the real role of the Judiciary in a perspective of guarantee, also contextualizing the legal roots which led to creation of the Special Criminal Court of Feira de Santana. For the research, a detailed critical analysis of decision arguments was carried out, adopting a methodology which made possible the identification of profiles of the judges who act in the judiciary unit.

Keywords: drugs; prohibition, criminal policy, penal-judicial argumentation, Feira de Santana Drug Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 CRIMINOLOGIA, PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL, SELETIVIDADE E CRIMINALIZAÇÃO.....	14
3 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E A LEI 11.343/2006.....	25
3.1 AS POLÍTICAS DE DROGAS NO MUNDO.....	25
3.2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	33
3.3 O NARCOTRAFICANTE E O USUÁRIO DE DROGAS: O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA.....	36
4 O PODER JUDICIÁRIO: QUESTÕES GERAIS E CONFIGURAÇÃO LOCAL.....	49
4.1 A JURISDIÇÃO CRIMINAL E O CONTRAMAJORITARISMO.....	50
4.2 A VARA ESPECIALIZADA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS E ACIDENTES DE VEÍCULOS DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA.....	55
5 ANÁLISE DAS DECISÕES PARADIGMAS PROLATADAS PELA VARA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA.....	58
5.1 METODOLOGIA.....	59
5.2 DECISÕES, ARGUMENTOS JUDICIAIS E CRÍTICAS	62
5.3 O TEOR DOS ARGUMENTOS: ASPECTOS EMBLEMÁTICOS E CONTRADITÓRIOS DO CONTEÚDO DECISÓRIO.....	76
5.3.1 Direitos humanos e a severidade judicial.....	76
5.3.2 Quantidade e categoria de usuário.....	79
5.3.3 A seletividade e punitividade expressadas nos argumentos.....	81
5.3.4 O valor da prova oral acusatória.....	89
5.3.5 Arbítrio judicial, senso comum, moralismo e discriminação.....	91
5.3.6 O difícil caminho para redução da pressão punitiva.....	95
6 CONCLUSÃO.....	98
7 REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

*Tenho de tudo para ver e acreditar
Para prevenir ou não acreditar
E muitas vezes me encontro solitário
Chorando no princípio da vida
(La colina de la vida, Leon Gieco, tradução livre)*

O ingresso na magistratura estadual foi um sonho que me acompanhou durante toda a graduação concluída na Universidade da Amazônia no ano de 1998. A atmosfera judiciária seduziu o estudante que sempre estagiou no âmbito do poder judiciário, em gabinetes ou em cartórios judiciais. Após a graduação, já exercendo a assessoria em câmaras criminais no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, houve uma certa familiaridade com as decisões judiciais de natureza penal.

Na magistratura baiana, em 2002, utilizando a *expertise*, este autor passou a atuar em diversas varas criminais, na crença de que o direito penal seria um aliado fundamental no combate à criminalidade. O juiz deveria ser o agente público incumbido de tentar promover a paz social, impondo a lei penal, naturalmente severa, sobretudo quando se tratava de crimes previstos na lei de drogas.

No desenvolvimento da jurisdição criminal em Chorrochó e Abaré, ambas integrantes de uma região cognominada de polígono da maconha, situada nos limites dos Estados de Pernambuco e Bahia, foram prolatadas diversas decisões na vigência da Lei nº6.368, de 1976. Elas continham argumentação excessivamente repressiva e de cunho aprisionador, sem qualquer repercussão no plantio de drogas que, a cada ano, só aumentava.

Muitos argumentos utilizados eram fornecidos por *Manuais* tradicionais de doutrina processual penal e reiterados por decisões oriundas dos tribunais superiores. Para aferir a condição de traficante do acusado era suficiente a subsunção da conduta à norma incriminadora. Evitava-se qualquer atividade com maior teor crítico na decisão com a menção, como argumento de autoridade, aos tradicionais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Ignorava-se nas decisões uma realidade de completa ausência estatal na região e, por conta disso, de um incentivo implícito ao cultivo ilícito. As sentenças possuíram sintonia absoluta à política criminal de guerra às drogas. Com o advento da Lei nº11.343/2006 seria

possível imaginar a “suavização” dos contornos aflitivos que eram evidentes na lei anterior. A nova legislação foi concebida em período pós constituição de 1988, edificada em um momento político sensível do Brasil, que em tese significaria o rompimento com o autoritarismo, em certa medida, presente nas decisões judiciais.

Divulgava-se que, enfim, o usuário e o dependente não estariam mais sujeitos à pena de prisão. Entretanto, ao lado dessa novidade, elevou-se a pena mínima do crime de tráfico para cinco anos. A consequência em termos prisionais foi desastrosa e revelou um significativo aumento da população encarcerada. Segundo dados oficiais, em 2006, tínhamos 47.472 presos por tráfico no Brasil, o equivalente a 14% da população carcerária. Em 2013 houve um salto para 138.366 presos. Um incremento de quase 300%.

Esses efeitos legislativos que importaram em hipertrofia da população prisional seguem acompanhando as convenções internacionais de controle de drogas. Esses instrumentos seriam a pedra angular dos esforços internacionais para prevenir a produção ilícita, fabricação, tráfico e abuso de drogas enquanto ao mesmo tempo assegura que as drogas lícitas estejam disponíveis para propósitos médicos e científicos¹.

Vislumbrou-se, portanto, que, a par do discurso do combate às drogas, o efeito mais sentido com a legislação foi o aumento da repressão. E esse aumento não trouxe qualquer consequência no sentido de diminuição do uso de drogas, aflorando uma angústia com esse quadro que pode denotar um aparente fracasso da política de drogas.

Dessa maneira, atentando-se aos limites e alcance do programa de mestrado profissional, surgiu a necessidade de compreender como os argumentos judiciais, explanados nas decisões, são mobilizados para tratar da situação das pessoas investigadas ou efetivamente processadas por tráfico de drogas.

Quais os argumentos utilizados nas decisões judiciais? Tais argumentos possuem um conteúdo mais aflitivo e/ou assumem um cariz garantista², preservador das garantias fundamentais? Os atos judiciais possuem fundamentações idôneas, montadas em base empírica razoável? Em havendo seletividade nas decisões judiciais, como ela se expressa? Essas decisões contribuem para o fortalecimento da política globalizada de guerra às drogas? Existem movimentos judiciais que possam sugerir alguma resistência a tal política? Pode-se

¹Informação disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/07/06-junta-internacional-de-control-de-narcoticos-lamenta-la-denuncia-de-bolivia-de-la-convencion-unica-de-estupefacientes.html>>. Acesso 10 fev.2016.

²Podemos utilizar os conceitos de Ferrajoli (2014, p.786), que expôs que o garantismo “sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos” (p.786).

propor uma alteração de paradigmas da análise judicial? A pesquisa teve a intenção justamente de responder esses questionamentos.

Para viabilização da pesquisa foram tomados alguns rumos que devem ser explicitados. Inicialmente, partiu-se do marco teórico da criminologia crítica. Esse paradigma criminológico foi exaustivamente estudado por Baratta (2013), na sua obra “Criminologia crítica e crítica do direito penal”³.

O estabelecimento desse marco teórico advém da necessidade de serem estudados os processos de criminalização no âmbito da lei de drogas, a rotulação e a seletividade que caracteriza aqueles processos. De certa forma, a dinâmica do sistema de justiça criminal demonstra que a rotulação é um fator que irá ser decisivo para a indicação do indivíduo selecionado.

Parte-se, portanto, de uma realidade macro (a seletividade do sistema punitivo), para uma menor, restrita ao uso e à circulação de drogas psicoativas e sua posterior criminalização, tanto no aspecto primário, como no secundário.

As decisões judiciais prolatadas pela Vara de Tóxicos de Feira de Santana serão o objeto de pesquisa desse trabalho, desde a sua criação em 2011. Nesse sentido, os atos judiciais serão analisados, de modo a serem extraídos os argumentos que embasarão posicionamentos de acordo com categorizações explicadas posteriormente.

Após, será feita a análise crítica desses argumentos, que, em certa medida, já são conhecidos pelo pesquisador, pois utilizados frequentemente nas decisões judiciais. Como o pesquisador é juiz, integrando o campo jurídico, é crível que já tenha uma proximidade com os termos usados que, contudo, é reelaborada à luz dos requisitos de uma análise rigorosa e sistemática.

As decisões escolhidas foram agrupadas por juiz (em um universo de onze magistrados), analisadas uma a uma, com o propósito de serem conhecidos e analisados os argumentos. Foram elaboradas três tipologias de juízes no que diz respeito a suas linhas argumentativas, úteis para categorizar os tipos de argumentos adotados.

Em uma terceira operação, concluir-se-á o resultado da pesquisa: os juízes que usam argumentos extralegais mobilizam argumentos que indicam uma tendência garantista? Os legais moderados apresentarão fundamentação para afligir em maior grau a condição do traficante? Os preponderantemente legais escolhem esses argumentos para sacrificar a liberdade do acusado, com temperos garantistas?

³ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. reimpressa. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Convém ressaltar que essa metodologia é baseada na abordagem conhecida como Teorização Fundamentada nos Dados (TFD). Essa modalidade foi apresentada por Glaser e Strauss (1967) como uma metodologia de pesquisa que permite elaborar conhecimentos teóricos, mesmo a título de hipóteses, a partir da observação dos dados (Cappi, 2014, p.12).

Cappi (2014) arremata:

Assim, a TFD constitui uma metodologia de cunho prevalentemente indutivo, uma vez que prevê uma inversão dialógica tradicional da pesquisa hipotético-dedutiva: nesta, o quadro teórico é previamente construído ou adotado, antes da aproximação aos dados empíricos, para que estes sejam observados a partir daquele, isto é, para que a hipótese inicial seja, ou não, confirmada. O resultado desta inversão proposta pela TFD é a possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, isto é, emergindo da observação (p. 13).

O caráter empírico da pesquisa é voltado para a análise das práticas judiciárias, consubstanciadas nas decisões judiciárias em matéria de drogas. O estudo empírico permitirá lançar um “espelho autorreflexivo sobre o Judiciário e suas tradições” (LIMA; BAPTISTA, 2010). Expondo sobre a importância da pesquisa empírica em direito, os mesmos autores exclamam:

A prática da pesquisa empírica como método de construção do conhecimento é um instrumento que nos parece eficaz para a (re) construção de um Judiciário mais democrático, entendendo-se a ideia de democracia, nesse contexto, como o caminho ou o espaço necessário de interlocução e de aproximação entre as partes, no caso o Tribunal e a sociedade, nas formas de administração institucional de seus conflitos (LIMA; BAPTISTA, 2010, p. 05).

O presente estudo apresenta um enfoque qualitativo. As decisões judiciais foram escolhidas depois de longa e exaustiva leitura dos arquivos judiciais da Vara, e diante do critério da saturação, separadas as que poderiam representar o pensamento individual de cada julgador sobre a temática das drogas.

Esse percurso permitiu que fossem encontradas diversas linhas argumentativas inseridas nas decisões, reveladoras de diversos modos de seletividade exercidos pela instância judicial. A interpretação levada a cabo pelos magistrados nem sempre encontra guarida na legislação e tampouco na Constituição Federal. Por vezes, apoiam-se em fundamentos extralegais, que criaram um amálgama entre a manifestação exercida pela polícia, o posicionamento do Ministério Público e a própria atuação da justiça.

A quantidade de juízes que exerceu a judicatura na unidade judicial possibilitou altas variações decisórias no que tange à quantidade de drogas apreendidas. O que um entendeu como expressivo, outro entendeu como inexpressivo. E, em algumas situações, o mesmo juiz

entendeu ser significativa a quantidade apreendida em um caso, e noutro, com aproximadamente o mesmo peso, considerou que seria hábil à configuração do uso.

Registre-se que o foco da pesquisa foi evidenciar, na prática, a construção argumentativa que imporá maior severidade repressiva ou não à pessoa investigada/acusada. Abriu-se a porta para a apresentação de críticas.

O estudo está estruturado em quatro capítulos. O capítulo 1 traz uma reflexão acerca da justificativa da adoção do marco teórico da criminologia crítica, descrevendo a dinâmica do sistema punitivo sob essa ótica. O capítulo 2 desenvolve a história do proibicionismo que vem ditando a política criminal de drogas no mundo e no Brasil. Discorre sobre a modelagem da figura do traficante como inimigo social e a contribuição que a mídia exerce sobre a opinião popular quanto a isso. No capítulo 3, se discute a jurisdição criminal e o seu papel contramajoritário que deve ser assumido. Nele se questiona se é função de o juiz criminal atuar como órgão de segurança pública e descreve a unidade judiciária em que se limitou a pesquisa. Por fim, no capítulo 4, foram apresentados os casos e os resultados da investigação empírica, expondo à crítica os argumentos detectados nos atos judiciais. Foram identificados, ainda, determinados perfis aos juízes que fizeram parte da pesquisa.

2 CRIMINOLOGIA, PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL, SELETIVIDADE E CRIMINALIZAÇÃO

A criminologia, como ciência “do ser” (SHECAIRA,2013, p.39), empírica e interdisciplinar se caracteriza pela observação e análise da realidade. A criminologia surge com os estudos de Cesare Lombroso, com a publicação da obra *O Homem Delinquente*, em 1876, um século depois que Cesare Bonesana - o Marquês de Beccaria -, em 1764, fez publicar seu *Dos delitos e das Penas*, que, para alguns, representou a inauguração da escola clássica do direito penal.

Levando-se em consideração aspectos biopsicológicos e sociais, as escolas clássica e positivista da criminologia foram hegemônicas por largo decurso temporal.

Segundo Shecaira, a

Escola Clássica enraíza suas ideias exclusivamente na razão iluminista e a Escola Positivista, na exacerbação da razão confirmada por meio da experimentação. Clássicos focaram seus olhares no fenômeno e encontraram o crime; positivistas fincaram suas reflexões nos autores desse fenômeno, encontrando o criminoso. Clássicos e positivistas, na realidade, são distintas faces da moeda iluminista, tese e antítese que não podem superar essa relação de oposição senão quando produzem a síntese; e esta é muito diferente dos autores que lhe deram origem (2013, p. 72-73).

Proeminentes da Escola Clássica, Cesare Beccaria e Francesco Carrara inspirados pelo pensamento iluminista, defendiam a mudança do caráter da pena: afasta-se o suplício, em caminho à humanização da pena, sempre sob o pretexto da busca do bem comum e da defesa social, inaugurando o direito penal do fato.

Neste particular, Vera Regina Pereira de Andrade assevera:

No ponto de partida da nova estratégia punitiva, radica então o projeto político de classificar exatamente as ilegalidades, de generalizar a função punitiva e de delimitar, para controlá-lo, o poder de punir. Enquanto isso a objetivação (criminológica) do criminoso não passa ainda de uma virtualidade, de uma linha de fuga em suspenso (Foucault, 1987, p.93), e o homem criminoso, embora objeto de uma latente objetivação, ainda não coincide com o anormal, mas simplesmente com o violador consciente do pacto (2003, p. 243).

A Escola Positivista, assentada no paradigma etiológico, por sua vez, arreda-se da análise do crime, para debruçar-se sobre a figura do criminoso. O delito, para este segmento doutrinário, seria produzido por motivos biopsicológicos, físicos e sociais, com viés explicativo claramente determinista, se constituindo em um acontecimento humano e social, ensejando a construção de uma política criminal baseada no controle social repressivo, sob a

seguinte dicotomia: a preservação da sociedade seria um bem a ser alcançado, sacrificando o desvio criminal, considerado como objeto a ser corrigido ou eliminado.

Enquanto Lombroso procurou identificar “anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas [...] vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinquente” (ANDRADE, 2003, p. 64), Ferri, outro expoente da Escola Positivista, apontou que, além de motivações orgânicas e psíquicas, causas físicas e sociais implicariam na formação do criminoso.

Assumiu-se, assim, o paradigma etiológico da criminologia, destacando-se como figura principal da análise a pessoa do criminoso.

A partir da década de 1960, rompendo-se com o panorama anterior, surge o paradigma da reação social⁴, desconstruindo-se a direção predominantemente etiológica seguida pelas escolas anteriores⁵, estudiosos da Universidade de Berkeley (Califórnia, EUA) criaram a Union of Radical Criminologists (URC), ao passo que criminólogos ingleses edificaram a National Deviance Conference, liderados por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young

Sobre os novéis passos da criminologia, Jock Young assume:

Tenho a convicção de que os últimos vinte anos testemunharam a mais profunda transformação na criminologia. Anunciada pela “explosão” da teoria do novo desvio no final da década de 1960 e começo da de 70 e com a *The New Criminology* [A nova criminologia] (Taylor et al. 1973) como marco apropriado, nós experimentamos a fragmentação do mundo aparentemente monolítico da modernidade recente, em que as regras básicas de certeza que davam suporte ao nosso tema tornaram-se obscuras, contestadas, ambíguas e permanentemente discutíveis. As mudanças ocorreram no âmbito do crime, do controle da criminalidade e da própria criminologia (YOUNG, 2002, p.55).

Vigiar e Punir, de Michel Foucault (2012)⁶, também integra o marco teórico para a crítica sociológica à teoria de base etiológica, fomentadora do direito penal do autor, inimigo predestinado da sociedade.

⁴ Sem olvidar a obra *Punição e estrutura social* de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, integrantes da “Escola de Frankfurt”, que SHECAIRA (2013, p. 79) apontada como origem mediata da teoria crítica, cuja republicação em 1967 (a publicação original remonta ao ano de 1939) teria deflagrado os novos rumos da criminologia.

⁵ Vera Malaguti Batista anota que Rusche desponta como primeiro pensador de orientação marxista a sistematizar a questão criminal e a analisar historicamente as relações entre condições sociais, mercados de trabalho e sistemas penais, demonstrando o caráter histórico dos sistemas penais através de suas diferenças em relação às diferentes fases do processo de acumulação de capital (BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan. 2. ed. 2012, p.91).

⁶ De acordo com Vera Malaguti Batista, “uma de suas principais contribuições é a compreensão do caráter simbólico na rígida hierarquia de castigos da França, desde a ordenação de 1970 até a Revolução. Para ele, o suplício era uma técnica que repousa na arte quantitativa do sofrimento, um ritual organizado para marcar o poder no corpo do condenado. Essa manifestação de força não tinha sentido de justiça, mas sim de uma função jurídico-política, um cerimonial de reconstituição da soberania lesada” (2003, p. 94).

O movimento da teoria crítica, para além das teorias clássico-positivistas, adere ao paradigma da reação social, sustentando, segundo Alessandro Baratta (2011), o seguinte:

a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é [...] um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (2011, p.161).

Tal tendência criminológica, consoante Nilo Batista (2011), busca verificar o desempenho prático do sistema penal, investigando a missão que lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos de controle social, cabendo-lhe demonstrar o *invisível*.

Conforme Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (2011), a criminologia crítica possui “orientação materialista (não idealista), ou mesmo marxista, que entende o fenômeno do crime (desvio criminal) e o movimento do sistema punitivo (agências de controle penal) em relação às estruturas de poder, numa perspectiva macrosociológica”.

A teoria do labelling approach representou o primeiro contraponto ao modelo etiológico da criminologia (que investiga as causas da criminalidade, segundo seu método experimental), propiciando, conseqüentemente, a mudança de paradigma.

Segundo esta teoria, para a melhor compreensão da criminalidade faz-se necessário o estudo do desempenho do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, ministério público, juízes, instituições penitenciárias que aplicam).

A orientação sociológica do labelling é baseada no interacionismo simbólico de Charles Cooley e George H. Mead e na etnometodologia, de Alfred Shutz.

Dias e Andrade (apud ANDRADE, p.204) afirmam que o ponto de encontro entre o interacionismo simbólico e o labelling é a rejeição do pensamento determinista e dos modelos estruturais estáticos, tanto na abordagem do comportamento, como na compreensão da própria identidade individual.

Para a etnometodologia - fornecendo base teórica à teoria do labelling approach -, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente, mas o produto de uma construção social, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos.

A teoria do labelling approach, ao contrário da criminologia tradicional, ocupa-se em questionar como, por quem, e para que o sujeito é definido como *desviante*. Mais pertinente ao tema da pesquisa, estudando os efeitos da estigmatização na formação do status social de desviante dos fumadores de maconha nos Estados Unidos, Howard S. Becker mostrou que a importante consequência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de desviante (BECKER apud BARATTA, 2013, p. 89).

Shecaira (2013), acerca da teoria interacionista, leciona:

chega-se à conclusão que o cometimento de um delito - a chamada desviação - não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social; conclui-se, também, que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre, particularmente aquela decorrente do recolhimento às chamadas instituições totais, em especial a prisão (2013, p.315).

Com efeito um traço indissociável do labelling é a rotulação (ou etiquetamento) impingida a determinados indivíduos, como consequência de uma reação social, decorrentes de uma criminalização discricionária efetuada por seção social dominante.

A criminologia crítica aparece para tentar colmatar os flancos deixados pelo labelling approach. Com base materialista, dedica-se ao aprofundamento da análise da dimensão do poder e as razões que conduzem à criminalização de condutas.

Andrade indica que a

Criminologia crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas e estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos do desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade do colarinho branco, dos detentores do poder econômico, a criminalidade organizada etc.) (ANDRADE, 2013, p. 217).

Descortina-se, portanto, que, enquanto a criminologia tradicional estuda a criminalidade como realidade ontológica, apurada pelo determinismo focado em critérios biopsicológicos, culturais e sociais, a criminologia sob o viés crítico debruça-se na investigação da criminalização ocorrida, de sua seletividade, seja na construção social do comportamento delituoso, seja na criminalização dos indivíduos, com a função subjacente de assegurar o status quo político, econômico e social.

É fundamental mencionar a importância de Alessandro Baratta para a teorização da criminologia crítica. Tal teoria espalhou-se para os estados alemão e italiano, além da inegável contribuição para a sua adoção na América Latina, de acordo com as particularidades de cada território.

Segundo Baratta (2016):

A relação entre Criminologia crítica na Europa e Criminologia crítica na América Latina sempre foi, do meu ponto de vista e minha experiência pessoal, uma relação de troca de experiência e não de subordinação de uma área à outra. Parece-me evidente que hoje a Criminologia crítica na América Latina não tem menos para ensinar à europeia e norte-americana daquilo que estas podem ensinar à primeira. A transferência de experiências e ferramentas conceituais, em relação cm problemas específicos da área originária para outra área, somente é possível se não se perder de vista a especificidade histórica e política das diversas áreas, o mesmo que a relação das ideias com a realidade e os problemas regionais nas quais elas surgem. Com esta advertência, é certamente desejável o enriquecimento recíproco, o intercâmbio cultural entre a criminologia latino-americana e a europeia. Considero que alguns princípios metodológicos podem ser comuns a ambas as áreas. Nesse sentido, a consciência histórica e a reflexão epistemológica representam um antídoto válido contra formas de transculturação científica que têm sido frequentes no relacionamento e a América Latina e devem ser criticadas e evitadas também no campo da Criminologia crítica (2016, p. 64).

Destaca-se, como característica dessa observação criminológica, a seletividade. Não bastasse a lição alhures levada a efeito por Baratta (2012), em tema de seletividade Rogério Greco (2005), revelando a tendência crítica, aduz:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado (2005, p. 158).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1991) registra que a

seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais (1991, p. 15).

Induvidosamente essa seletividade é fator que traduz controle social. Neste sentido, Lola Aniyar de Castro adverte:

Entendemos o controle social, portanto, como “o conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica e direito - este último entendido em todos os seus ramos, na medida em que exercem esse controle reprodutor, mas especialmente no campo penal; em seus conteúdos como em seus não-conteúdos) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores do sistema de dominação: o que por motivos inerentes aos potenciais

tipos de conduta dissonante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem (CASTRO, 2005, p. 55).

Sob outro prisma, referentemente à criação da *cifra obscura*, Orlando Zaccone D'Elia Filho pondera que “não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, opta entre o caminho da inatividade ou da seleção” (D'ELIA FILHO, 2004, p.184).

A respeito da cifra obscura, que corresponde aos crimes não alcançados pelo aparato estatal, ou seja, são reflexos da escolha seletiva das agências do sistema de justiça criminal, Lola Aniyar de Castro esclarece que

entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina de cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta. A diferença entre a criminalidade real e a aparente seria, pois, dada pela cifra negra (CASTRO, 1983, p.68).

Bem por isso, diante dessa disfunção do sistema, cujo rigor punitivo é vocacionado tão somente para alguns, Baratta (2012) desconstrói o postulado da igualdade - identificado por ele como mito -, considerado o alicerce da ideologia penal da defesa social. O raciocínio de Baratta (2012) é sedimentado no fato de que o direito penal não tutela todos os bens essenciais, e, quando pune, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; o status de criminoso é distribuído desigualmente entre os atores sociais; e, o grau de tutela e do status de criminoso independe da danosidade social da ação e/ou da gravidade das infrações à lei.

Como corolário dessa seletividade, é compreensível admitir que o comportamento rotulado como criminoso é uma construção sócio estatal, que sucede à existência da própria sociedade, na medida em que os tipos penais são edificados por quem é protagonista do palco socioeconômico, garantindo a manutenção do *status quo*, mesmo que baseado no discurso da doutrina da defesa social (função declarada) (FRAGOSO, 2004). Nesse sentido, Nilo Batista (1990) registra que o crime é uma criação, reservando-se ao Estado a tarefa de originá-lo e combatê-lo, de forma aparentemente paradoxal.

E como é operacionalizada a seletividade?

A escolha dos bens jurídicos tutelados e a identificação do criminoso ocorrem por intermédio das agências oficiais do sistema penal. É o que se denomina de criminalização.

A criminalização ocorre em três fases: a criminalização primária, inerente ao processo legislativo indo até a aprovação da lei, ostentando, ainda, caráter abstrato e aparentemente genérico, tratando-se de autêntico programa punitivo a ser aplicado pelas demais agências.

Por seu turno, na sequência, incide a criminalização secundária, que inicia desde a abordagem policial, passa pelo Ministério Público, e finda na atuação do Poder Judiciário. Verifica-se, ainda, a criminalização terciária, pertinente à execução penal, realizada pelo Poder Judiciário e demais órgãos de execução da pena.

Logo, ressalte-se que o sistema de justiça criminal não repousa, ao menos para os fins de análise do processo criminalizador, tão somente na figura do Poder Judiciário, mas sim no conjunto de agências envolvidas no processo punitivo, contando aquelas do controle social informal.

David Garland (2008), tentando demonstrar a relação entre o controle formal e o informal, obtempera:

Este campo de controle do crime é caracterizado por dois eixos de ação entrelaçados e mutuamente condicionados: os controles formais exercidos pelas agências estatais do sistema penal e os controles sociais informais, que se estribam nas atividades cotidianas e nas interações da sociedade civil. As instituições formais do controle tendem a ser reativas e adaptáveis. Elas operam buscando complementar os controles sociais da vida comum, apesar de muitas vezes interferirem nesses controles sociais, prejudicando sua efetividade (p. 47-48).

Zaffaroni (2003) caracteriza o sistema penal:

Por sistema penal entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção. Dentro desse entendimento, referimo-nos a sistema no sentido elementar de conjunto de entes, de suas relações recíprocas e de suas relações com o exterior (o ambiente) e nunca no símil biológico de órgãos do mesmo tecido que realizam uma função, de vez que estas agências não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques, ou seja, cada uma de acordo com seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controle de qualidade. O resultado de seu funcionamento conjunto não passa de uma referência discursiva na hora de patentear suas funções manifestas ou proclamadas [...] (2003, p. 60).

O pórtico da criminalização secundária é aberto pela agência policial, a quem caberá, conquanto inicialmente, aferir, por meio de seus códigos (código ideológico ou *seconde code*), a prática de um crime.

O código ideológico é utilizado para selecionar o ingresso dos mais vulneráveis no sistema penal, já estigmatizados, fazendo com que a clientela daquele seja composta majoritariamente por pobres. Sobre o uso de estereótipos, pertinente o comentário de Jorge Dias e Manuel de Andrade:

A coerência intrínseca dos estereótipos ajuda a explicar que as instâncias formais de resposta - de controle e de tratamento - recrutem preferencialmente os seus clientes entre os respectivos estigmas. Como ajuda outrossim a explicar o carácter reprodutivo de todos os processos formais de

resposta à desconformidade. Com efeito, o recurso ao estereótipo não vale apenas como homenagem à realidade. Este recurso desencadeia também o efeito *feedback* sobre a realidade, racionalizando e potencializando as razões que geram os estereótipos e as diferenças de oportunidade que eles exprimem. Deste modo, o estereótipo surge simultaneamente como mecanismo de seleção e reprodução, funcionando como estabilizador entre a sociedade e os seus criminosos (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 389).

Becker (2008) traça a relação da rotulação com a posterior assunção pela agência estatal do pensamento que implicará na seleção do indivíduo estereotipado por tempo indefinido:

Para ser rotulado de criminoso só é necessário cometer um único crime, isso é tudo a que o termo formalmente se refere. No entanto a palavra traz consigo muitas conotações que especificam os traços auxiliares característicos de qualquer pessoa que carregue o rótulo. Presume-se que um homem condenado por arrombamento, e por isso rotulado de criminoso, seja alguém que irá assaltar outras casas; a polícia ao recolher delinquentes conhecidos para investigação após um crime, opera com base na mesma premissa. Além disso, considera-se provável que ele também cometa outros tipos de crime, porque se revelou uma pessoa “sem respeito pela lei”. Assim, a detenção por um ato desviante expõe uma pessoa à probabilidade de vir a ser encarada como desviante ou indesejável em outros aspectos (BECKER, 2008, p. 43).

Essa intervenção inicial é feita pela agência que inequivocamente detém o maior poder para identificar, de acordo com suas convicções, o crime e o criminoso, ou, como mencionado por Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (2011), de selecionar o *desvio* e o *desviante*.

Frise que o fato de deter o maior poder para selecionar, não significa que a polícia ostente o maior capital simbólico do sistema penal. Este, na verdade, é reservado ao magistrado⁷.

A polícia, como cediço, é integrada, em sua grande parte, por membros originados do mesmo estrato social dos *desviantes*, são os mais mal remunerados, e sobre ela recai grande peso da ineficiência da máquina repressora.

⁷ Para Bourdieu “A posição de um determinado agente no espaço social pode assim ser definida pela posição que ele ocupa nos diferentes campos, quer dizer, na distribuição dos poderes que atuam em cada um deles, seja, sobretudo, o capital econômico – nas suas diferentes espécies -, o capital cultural e o capital social e também o capital simbólico, geralmente chamado prestígio, reputação, fama etc.. que é a forma percebida e reconhecida como legítima das diferentes espécies de capita. Pode-se assim construir um modelo simplificado do campo social no seu conjunto que permite pensar a posição de cada agente em todos os espaços de jogo possíveis (dando-se por entendido que, se cada campo tem a sua lógica própria e a sua hierarquia própria, a hierarquia que se estabelece entre as espécies do capital e a ligação estatística existente entre os diferentes haveres fazem com que o campo econômico tenda a impor a sua estrutura aos outros campos)” (BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa: Difel, 1989, p. 134-135).

Desse primeiro encontro estatal, advirão efeitos para as demais agências, muitas vezes excessivamente deletérios, haja vista as repercussões ocasionadas pela má interpretação da agência.

Saliente-se que a clientela do sistema punitivo “coincidentalmente” será sempre a mesma, oriunda da base da pirâmide socioeconômica, fazendo crer no inconsciente popular que se trata de segmento social voltado para criminalidade.

Baratta (2013), em sede de seletividade, esclareceu:

Considerando, enfim, o uso de sanções pecuniárias e sanções detentivas, nos casos em que são previstas, os critérios de escolha funcionam nitidamente em desfavor dos marginalizados e do subproletariado, no sentido de que prevalece a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada, no seu caso, porque é menos comprometedora para o seu status social já baixo, e porque entra na imagem normal de que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais, enquanto, ao contrário, para reportar as palavras de um juiz pertencente a um grupo sobre o qual foi dirigida uma pesquisa, “um acadêmico na prisão ... é para nós, uma realidade inimaginável. Assim, as sanções que mais incidem sobre o status social são usadas, com preferência, contra aqueles cujo status social é mais baixo (p. 178).

Assumindo a sua vocação crítica, Vera Regina Pereira de Andrade pontua:

A correção fundamental desta distribuição estatística e explicação etiológica da criminalidade é a de que a criminalidade, além de ser uma conduta majoritária, é ubíqua, ou seja, presente em todos os estratos sociais. O que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência delinquir, mas sim a serem criminalizados. De modo que à minoria criminal da Criminologia positivista opõe-se a equação maioria criminal x minoria pobre regularmente criminalizada (ANDRADE, 2003, p. 256).

Encerrada a fase policial, o Ministério Público passa a atuar, em nosso sistema notadamente como titular da ação penal pública, nos termos do art.129, I, da Constituição Federal. Consoante José Frederico Marques, “por ter banido a figura do juiz inquisitivo, o Código de Processo Penal fez do Ministério Público o dominus litis na ação penal pública. Houve, dessa forma, cabal separação entre acusação e jurisdição, conforme se vê do art.28 do Código de Processo Penal” (MARQUES, 2000, p. 373).

Em seguida, com as limitações próprias do sistema acusatório, cuja adoção pela Constituição Federal vigente é inequívoca, atuará o órgão judiciário, a quem competirá “dizer o direito”, expressão do poder jurisdicional, imanente à soberania estatal, detendo, assim, o maior capital simbólico, como frisado anteriormente. Incumbirá, ainda, a esta agência, a execução penal (criminalização terciária).

Vale dizer que embora a atividade do magistrado deva revestir-se de imparcialidade, não se cogita que tal desempenho se dê com neutralidade, de forma apática e tímida, a traduzir alienação. O juiz é ser humano formado por um complexo de informações ideológicas, políticas e sociais que não são insuscetíveis de desconsideração no momento da elaboração do ato judiciário.

Neste sentido, Rodolfo Pamplona Filho (2001) afirma:

é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio "raciocínio" das máquinas computadorizadas (p. 03).

Como relatado, as agências atuarão de acordo com seus interesses e baseadas nos estereótipos sociais produzidos desde a criminalização primária e este percurso, inexoravelmente, reproduz o *fluxo da justiça criminal*.

Contrapõe-se à seletividade, entranhada no discurso que subjaz à carga legitimadora do Direito Penal, a sua função declarada, qual seja a de *prevenir e punir o crime*, tutelando direitos fundamentais. Roberta Duboc Pedrinha e Maria Adriana Fernandes, descrevendo a função do direito penal, aduzem:

Segundo Nilo Batista, o direito penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins, tendo, portanto, uma missão política, que os autores identificam, em linhas gerais, na garantia das “condições de vida em sociedade”, como Mestieri, ou na “finalidade combater o crime”, como Damásio, ou na “preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social”, como Heleno Fragoso (PEDRINHA; FERNANDES, 2014, p.251-252.).

Juarez Cirino dos Santos leciona sobre o tema:

Os objetivos declarados do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos - ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena. Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito: realidades ou potencialidades necessárias ou úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano [...].

A definição dos objetivos reais do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da vida material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho - ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados -, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado

devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social (SANTOS, 2008, p. 06).

Esses conceitos antitéticos, os fins declarados e não declarados, com prevalência do segundo, abrem margem para a seletividade, especialmente no processo de criminalização efetuado pelo sistema de justiça criminal.

Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p.293-294), apoiando-se nos objetivos não declarados do direito penal, alude à *eficácia invertida* do sistema de justiça criminal, sustentando que ela significa que a função latente e real não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça), quebrando a promessa declarada do direito penal, fundamentada na igualdade.

3. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E A LEI 11.343/2006

A pretexto de combater o uso e o comércio de drogas maléficas à saúde, foi elaborada uma política de drogas de amplitude mundial, com consequências práticas que se estenderam ao Brasil. A grande marca dessa política é o proibicionismo e a extrema repressividade do poder punitivo, que vem se mostrando refratário a mudanças. Deve ser questionado se essa estratégia vem surtindo os efeitos que à exaustão proclama. Havendo a resposta negativa, como se proceder para saídas fecundas para esse problema mundial.

Registra-se, de início, que a história do proibicionismo é relativamente recente, havendo, até então, consumo e circulação toleradas pela sociedade, para os mais diversos fins: terapêuticos/saúde, religiosos e mesmo hedonistas⁸. A coca, o ópio (extraído do suco das cápsulas da papoula) e a maconha integravam o cotidiano social.

Na prática, atualmente vem se observando um resultado de seletividade da dinâmica punitiva no tocante ao uso e à circulação de drogas psicoativas. A intervenção estatal, por meio do sistema penal, vem gerando, inclusive, uma explosão da população carcerária.

3.1 AS POLÍTICAS DE DROGAS NO MUNDO

Existem notícias que a utilização de plantas com propriedades psicoativas e alucinógenas eram usadas pelos habitantes nativos, seja na Europa, seja na América, descrevendo os antropólogos que “a questão do uso de drogas pode ser considerada universal, uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos” (GAUER, 1990, p. 60).

Eduardo Galeano (2010), por exemplo, aponta a afinidade e o interesse da Igreja Católica e dos espanhóis exploradores na circulação, comércio e no uso da coca durante o início da colonização da América Latina pelos europeus:

Os turistas adoram fotografar os indígenas do altiplano vestidos com suas roupas típicas. Mas ignoram que a atual vestimenta indígena foi imposta por Carlos III em fins do século XVIII. Os trajes femininos que os espanhóis obrigaram às índias a usarem eram calcados nos vestidos regionais das camponesas da Estremadura, Andaluzia e País Basco, e o mesmo ocorre com os penteados das indígenas, repartidos no meio, impostos pelo vice-rei Toledo. Não acontece o mesmo, em troca, com o consumo de coca, que não nasceu com os espanhóis; já existia nos tempos dos incas. A coca se

⁸ Rosa Del Olmo informa que “as drogas sempre existiram. O que variou foi o papel que desempenharam e o uso que se fez delas. O ser humano utilizou com fins mágicos, religiosos, afrodisíacos, medicinais, bélicos etc.”. DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 7, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 65.

distribuía, entretanto, com moderação; o governo incaico tinha o monopólio e só permitia seu uso com fins rituais ou para o duro trabalho nas minas. Os espanhóis estimularam intensamente o consumo de coca. Era um negócio esplêndido. No século XVI, gastava-se tanto, em Potosí, em roupa europeia para os opressores como e coca para os índios oprimidos. Quatrocentos mercadores espanhóis viviam, em Cuzco, do tráfico de coca; nas minas de Potosí, entravam anualmente cem mil cestos, com um milhão de quilos de folha de coca. A Igreja cobrava impostos sobre a droga. O inca Garcilaso de la Vega, em seus “comentários reais”, que a maior parte da renda do bispo, dos cônegos e demais ministros da igreja de Cuzco provinha dos dízimos sobre a coca, e que o transporte e a venda deste produto enriqueciam a muitos espanhóis. Com as escassas moedas que obtinham em troca de seu trabalho, os índios compravam folhas de coca em lugar de comida; mastigando-as, podiam suportar melhor, ao preço de abreviar a própria vida, as tarefas mortais que lhes eram impostas. Além da coca, os indígenas consumiam aguardente, e seus proprietários se queixavam da propagação dos “vícios maléficos”. A esta altura do século XX, os índios de Potosí continuam mascando coca para matar a fome e matar-se e continuam queimando as tripas com álcool puro. São as estéreis vinganças dos condenados. Nas minas bolivianas, os operários ainda chamam de mita a seu salário, como nos velhos tempos (GALEANO, 2010, p. 18).

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2009), citando David T. Courtwright, afirma que “ao contrário do que muitos pensam, o consumo de drogas não é algo novo, um mal contemporâneo, mas o uso da droga sempre acompanhou a história da humanidade, assim como a busca do prazer e da necessidade de satisfação de instintos” (p. 29).

Na verdade, o comércio de drogas, por gerar riquezas, era expressivamente estimulado, assumindo relevância por ocasião da expansão comercial, oportunidade em que seu consumo, para os fins anteriormente gizados, foi incrementado substancialmente. Em razão disso, atentando-se aos parâmetros históricos, o termo *droga* derivaria de *droog*, que, na língua holandesa, significa *especiaria*.

Segundo Rodrigues (2009), com o retorno do comércio entre o Oriente e o Ocidente, o ópio, originado da Índia e da China, foi reintroduzido no cotidiano ocidental. Rui Ribeiro de Campos (2014), a respeito do ópio e a subsequente ocorrência do monopólio estatal de sua comercialização, destaca:

O ópio, tirado da papoula (uma planta anual herbácea, adaptada aos climas quentes), certamente no início produzido entre o Mediterrâneo Ocidental e a Ásia Menor, era apreciado na antiguidade pelos egípcios, chineses, gregos (Hipócrates descreveu seus efeitos medicinais), romanos (chegou a ser receitada para gladiadores) e outros, em virtude de suas qualidades calmantes, soníferas e anestésicas. Com o desenvolvimento de redes comerciais árabes, estes fizeram com que o ópio ficasse conhecido em regiões distantes, como Índia, a partir do século IX e após a invasão dos árabes e persas islamizados. Do século XVI ao XVIII, com o apogeu do reino dos mongóis na Índia, a cultura de papoula e o comércio do ópio se tornaram monopólio do Estado.

Na Europa, no início do século XVI, seu uso era difundido, mas não progrediu em razão de a Igreja Católica controlar os remédios. Mas foi nessa época que o suíço Paracelso (1493 - 1541) elaborou um concentrado de seu suco: o láudano que, diziam, curava diversas doenças e até rejuvenescia. Com a expansão das rotas comerciais, o ópio foi se mundializando [...] (CAMPOS, 2014, p.31).

Já a *cannabis sativa*, ou simplesmente maconha como é conhecida no território nacional, é conhecida desde tempos remotos (2000 a.C.), em especial na Índia, China e no Egito. Graças a facilidade de adaptação, a planta é cultivada em larga escala mundial, em diversos territórios, e, conseqüentemente, se sobressai como a substância ilícita mais consumida, havendo referência de que cresce em estado selvagem em uma região situada entre o Cazaquistão e Quirguistão (CAMPOS, 2014, p. 36). Suas fibras foram largamente utilizadas para o fabrico de cordas.

No Brasil, de acordo com Luciana Rodrigues (2009), é especulado que o hábito de fumar maconha teria sido trazido pelos primeiros escravos oriundos da África, os quais trouxeram consigo a substância para plantio.

A coca é uma planta encontrada na região andina, notadamente no Peru, sendo usada por seus habitantes para fins medicinais, rituais e de alimentação, já que possui considerável valor nutricional (ARBEX JUNIOR, 1993). Também é usada para atenuar os efeitos orgânicos da altitude. Por outro lado, a cocaína, descoberta por volta de 1855, é um alcaloide, extraído das folhas de coca, utilizado na forma de cloridrato, que cristaliza em pequenas agulhas, assumindo o aspecto de pó amorfo (RODRIGUES, 2009, p.30).

O seu uso recreativo e terapêutico é transcrito por Rui Campos (2014), envolvendo personalidades científicas, da arte e da religião, e que resultou em um produto de notável valor simbólico para o capitalismo:

Sigmund Freud (1856-1939) elogiou os “efeitos benéficos” da cocaína, chegando a recomendar seu uso para diversos males desde a ama até o debilitamento psíquico. Entretanto, o grande sucesso da coca no século XIX foi devido ao comerciante corso Ângelo Mariani que desenvolveu, em 1863, um “licor” à base da cocaína (além de chá, doces e balas). Seu licor era consumido por [...] Júlio Verne (1828-1905) e Alexandre Dumas (1802-1870) e até por papas, como Leão XIII (ARBEX JR, 1993). A partir da ideia utilizada por Mariani para fazer seu licor, o farmacêutico John Styth Pemberton, em 1886 em Atlanta (USA), lançou um refresco chamado Coca-Cola. No começo do século XX, quando aumentaram as pressões moralistas contra o uso de determinadas drogas, a produtora do refrigerante incluiu em seu rótulo uma garantia de que não utilizava coca; em 1985 informou que mudara sua fórmula (certamente eliminando o uso de coca); mas a fórmula permanece sendo um segredo industrial (ARBEX JR, 1993, 19).

Embora contestada por parte dos pesquisadores, a indústria farmacêutica foi utilizando a cocaína de forma de gradativa - com crescimento exponencial, levando, por exemplo, o Laboratório Merck a alavancar o seu emprego de 0,4 quilos em 1883 para 83.343 quilos em 1885, tornando a substância em um dos principais insumos farmacêuticos na Europa e nos Estados Unidos (RODRIGUES, 2009, p.31).

Posteriormente, diversas outras drogas, inclusive sintéticas, foram descobertas e o seu consumo disseminado, ainda que a maioria dos Estados soberanos tenha aderido à ideologia *the war on drugs*.

Cronologicamente, o primeiro grande conflito de que se tem notícia envolvendo o uso e a circulação de drogas foi a Guerra do Ópio. Gerada pela disputa geopolítica-econômica entre os impérios britânicos e chinês, a proibição do consumo do ópio na China ensejou a guerra entre aqueles povos.

A substância era consumida livremente em território chinês até que atos governamentais proibiram sucessivamente a sua importação, produção interna e, em 1813, o fumo do ópio naquele país, em absoluto choque de interesses com a Coroa Britânica, vez que os ingleses dominavam o comércio mundial do ópio, cultivado no sudeste asiático, e possuía como expressivo mercado consumidor o povo chinês, cujo uso ocorria como forma de lutar contra o tédio e o *stress* vivenciados por aquela população (RODRIGUES, 2009, p. 33).

Embora proibido, o consumo do ópio subsistiu em locais clandestinos, abertos ao público, com a utilização de uma cadeia complexa de distribuidores, propiciando a radicalização de seu combate: em 1838 foi banido o comércio do ópio, com o fechamento de fábricas estrangeiras, destruição de ópio cru, com a determinação para que os ingleses entregassem o ópio armazenado em seus navios, sem contrapartida pecuniária.

Acerca da motivação do conflito, Rodrigues (2009) narra:

Diante do quadro [...], não se mostra surpreendente a reação inglesa às intensas atividades repressivas chinesas, que culminou com a primeira Guerra do Ópio. A proibição do comércio do entorpecente pelo Imperador, que acreditava ser aquele um problema puramente doméstico, levou os ingleses a responderem com o uso da força, e a desafiar o Império Chinês, o que acabou levando à guerra e à imposição de um tratado entre os dois países, assinado em 1842, beneficiando a Inglaterra em seu comércio com o Oriente (p. 73).

D'Elia Filho (2007) sintetizou o momento histórico, as causas e a consequência imediata do proibicionismo radical promovido pelo Império Chinês:

Os ingleses realizavam grandes lucros com o fomento da produção de ópio na costa oriental da Índia e, especialmente, com a exportação do produto para a China, onde cerca de dois milhões de pessoas chegaram a se tornar

opiómanas e as vendas do ópio, promovidas pela East India Company, chegaram a representar a sexta parte do total das rendas da Índia Britânica. Isto sem falar nos "opiários", espécie de botequins do século XIX, disseminados nas principais cidades da Europa, onde as pessoas consumiam livremente o ópio. Todavia, na história ocorre sempre o inesperado. O imperador chinês LinTso-Siu decidiu, provavelmente em nome da saúde pública chinesa, apreender e destruir um carregamento de 1.360 toneladas de ópio, que resultou na primeira declaração de guerra da Inglaterra à China, sob o fundamento do "livre comércio". A rainha da Inglaterra considerou uma "injustiça" contra os seus súditos e o Parlamento inglês autorizou o envio de tropas para obter "reparações", culminando com a guerra vencida pela Inglaterra, que obtém, além de uma indenização, a cessão de Hong-Kong, para ali instalar sua base naval e comercial, embora a maior vitória tenha sido "a sobrevivência do Estado-devedor e dos consumidores de ópio que haviam criado aquele mercado aparentemente infinito" (p. 41).

A lógica da guerra, portanto, foi a conservação do relevante mercado consumidor chinês, ameaçado pela retração, em virtude da adoção de política proibicionista contundente promovida pelo governo chinês, que restou derrotado no embate, advindo o Tratado de Nanquim.

Posteriormente, em 1856 eclodiu a segunda Guerra do Ópio, ocasião em que, mais uma vez, as potências imperialistas - agora sob o argumento de descumprimento do Tratado firmado alhures -, tentariam submeter a China ao domínio imperialista.

Campos (2014) esclarece que “nesse segundo conflito as tropas anglo-francesas conseguiram tomar Pequim; como consequência da derrota, o governo da China foi obrigado a assinar (Tratado de Yien Tsin) um 'acordo' pelo qual a importação do ópio foi legalizada” (p. 33).

No âmbito mundial, certamente provocados pela disputa da hegemonia política, diversos debates no plano internacional foram realizados, tendo na Conferência de Xangai, em 1909, prevalecido a vontade dos Estados Unidos, permanecendo lícito o negócio do ópio para fins medicinais, sem qualquer resultado prático no contexto mundial, mormente porque os europeus sofreram pressões das indústrias Bayer e Merck.

Sob a roupagem do *puritanismo protestante*, o desejo americano de fomentar o combate às drogas pelo proibicionismo proporcionou a 1ª Convenção sobre Ópio, em 1912, que

Explicitamente exigia a limitação da produção e venda de ópio e opiláceos (morfina), incluindo pela primeira vez a cocaína, que eram as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e europeia do início do século XX. Estabeleceu-se a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos, restringindo-se seu uso lúdico, apenas permitindo o uso médico (RODRIGUES, 2009, p. 38).

A par da aparente motivação religiosa, a evolução do proibicionismo, sobretudo o norte-americano, derivou de causas subjacentes, ligadas principalmente às questões econômicas.

Aqui reside a análise crítica: a construção histórica do proibicionismo possui bases seletivas, com o objetivo precípuo de criminalizar os *marginais* sociais, estigmatizados e estereotipados, como bem aponta o paradigma da reação social.

O caso do ópio revela-se bastante esclarecedor. A imigração chinesa na Califórnia estava sendo encarada como problemática, haja vista a sua dispensabilidade após a construção das estradas de ferro. Como elemento inibidor de alegada convulsão social, criminalizou-se a conduta do imigrante que se tornou inconveniente.

D'Elia Filho (2007) descreveu o pretexto oculto do agravamento do tratamento legal ao usuário de ópio:

A Liga das Nações - embrião da atual ONU (Organização das Nações Unidas) - convoca uma reunião para a formação da Comissão de Xangai para tratar da questão do ópio em 1909, sendo que as resoluções acordadas se referiam, especialmente, ao ópio fumado, sendo que os alcalóides dele derivados, tais como a heroína, a morfina e a codeína, permaneciam fora das recomendações restritivas. A política de proibição, desde o início, já revelava as condicionantes socioeconômicas da reação ao uso e comércio de algumas drogas. O criminólogo alemão Sebastian Sheerer nos demonstra, por exemplo, em seu interessante trabalho sobre a história do ópio nos Estados Unidos, como seus distintos modos de consumo - fumá-lo, comê-lo ou injetá-lo - foram objeto de uma criminalização diferenciada (leia-se proibição) [...] "O tipo menos perigoso de consumo em termos de saúde, isto é fumá-lo, foi rapidamente sujeito à criminalização, enquanto o mais perigoso (injetar-se heroína) foi o último a ser definido publicamente como problema social". A explicação é muito clara neste caso: era preciso deslocar a mão-de-obra chinesa - únicos fumadores da época - quando se tornou ameaçadora sua competição no mercado de trabalho. Assim observamos como para a sua criminalização predominou o interesse econômico sobre os médicos (D'ELIA FILHO, 2007, p. 79).

Sebastian Scheerer (1993), referido por D'Elia Filho, arremata que "Não era intenção dos americanos ir além do ópio e, se possível, seus derivados" (1993, p. 172).

O mesmo tratamento se repetiu no tocante à maconha, o álcool e a cocaína. Vera Batista (2003) desenhou o quadro descortinado pelo início do proibicionismo nos Estados Unidos, baseado no discurso religioso-sanitário declarado, mas que apresentava em suas entranhas razões de ordem político-social:

Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação a imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão-de-obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação. O medo do negro drogado coincidiu com o auge dos linchamentos e da segregação social legalizada. Estes três grupos étnicos

disputavam o mercado de trabalho nos Estados Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos (BATISTA, 2003, p. 81).

Idêntico raciocínio foi exposto por Thiago Rodrigues (2008), que acrescentou que o mecanismo de controle socioeconômico como fundamento do proibicionismo também foi utilizado pelas nações europeias:

As assustadoras hordas de pobres, imigrantes e negros faziam, supostamente, uso imoderado de drogas psicoativas, o que revelava sua degenerescência moral e física, e aumentava o perigo que representavam. Desse modo, era recorrente, nas primeiras décadas do século XX, entre grupos proibicionistas, na mídia e nos discursos governamentais nos Estados Unidos, a associação direta de negros à cocaína, hispânicos à maconha, irlandeses ao álcool, chineses ao ópio (Szasz, 1993). O despontar de associações moralistas contra psicoativos e da vinculação entre minorias e drogas não foi exclusividade dos estadunidenses, sendo localizável em outros países das Américas e da Europa (LABATE, 2008, p. 95).

Vislumbra-se, nessa perspectiva, a construção da figura do inimigo, para justificar o controle social da minoria, que se tornou a práxis da política criminal do combate às drogas.

Exemplo de fracasso do proibicionismo foi a edição da “Lei Seca” - na verdade se cuidou da Emenda à constituição - que teve vida curta (treze anos), após a expansão da *máfia* no período de sua vigência. Não custa enfatizar que a argumentação oficial para a liberação foi a geração de mais empregos, e a conseqüente elevação da economia e aumento a arrecadação de impostos.

Nem por isso houve a mesma atenção às demais substâncias consideradas drogas ilícitas. Pelo contrário, o vigor proibicionista, estruturado em normas de direito internacional, vem apresentado intenso crescimento, irradiando-se mundialmente de forma praticamente compulsória, como corolário da guerra contra as drogas (*war on drugs*) patrocinada pelos Estados Unidos.

Não sendo objeto desta pesquisa a análise histórica profunda do proibicionismo em sede de direito internacional e nacional - mesmo que por diversos momentos seja inevitável a sua abordagem -, com o passar dos anos, ele foi assumindo um caráter marcante em todas as convenções e tratados internacionais sobre drogas consideradas ilícitas, expandindo a quantidade de drogas e as formas estatais reagentes à circulação e ao consumidor de tais substâncias.

Expressão do controle internacional, sob as luzes inspiradoras do *desafio global* e da *necessidade de cooperação internacional*, a Convenção da ONU de 1988, promulgada no Brasil em 1991 e ainda em vigor, se constitui em um instrumento repressivo que pretende combater as organizações de traficantes, através da ampliação das hipóteses de extradição,

cooperação internacional e do confisco de ativos financeiros dos traficantes, unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes, consolidando a ideologia da guerra às drogas (RODRIGUES, 2009, p. 41).

Obviamente, os seus signatários se comprometeram a seguir os ditames do instrumento normativo, que fixou como meta a erradicação do cultivo de plantas narcóticas e, dentre os esforços contra a produção ilícita, buscou-se o monitoramento e o controle de substâncias químicas usadas no preparo e manufatura de drogas ilícitas, com a finalidade de dedicada fiscalização aos produtores andinos da coca (RODRIGUES, 2009, p. 42).

Houve a necessidade de identificação de um inimigo, objetivando o aumento da repressão penal e militar, agora viabilizada por meio de tratados e convenções, justificando a intervenção armada no território hostil, com interferências na soberania dos países da periferia, os quais, premidos pela situação econômica, não ousam resistir aos interesses políticos econômicos norte-americanos.

O discurso punitivista, fomentado por meio da *war on drugs*, com sustentáculo na ideologia da defesa social (RODRIGUES, 2009, p. 56), serviu para incrementar e consolidar a política internacional, e, portanto, os controles da dominação externa⁹.

Luciana Rodrigues anota que “a repressão aos entorpecentes integra a política exterior dos EUA, que são o maior mercado consumidor de drogas no mundo, e impõem aos países produtores meta de redução e de erradicação das culturas proibidas. Para isso, não poupa esforços nem dinheiro, e ameaça com cortes de ajuda militar e econômica aos países em desenvolvimento que não se amoldem à sua política de drogas” (RODRIGUES, 2009, p.56).

Reflexos punitivos, como consequências da Convenção, foram evidentes, e ignoraram realidades territoriais e socioculturais, na medida em que nações foram obrigadas, pelas regras do direito internacional, a adotar medidas que contemplassem a guerra contra às drogas, preconizada pelos Estados Unidos. Registre-se que em 1998, em Sessão Especial, a Assembleia Geral da ONU caminhou a passos lentos para a adoção da política de redução de danos, conquanto continuasse firme em seu pensamento proibicionista.

Neste diapasão, pertinente a conclusão de Rodrigues:

O discurso punitivo que fundamenta o modelo considera a proibição como única opção para se lidar com os malefícios da droga. Trata-se de uma escolha simples em teoria, mas extremamente difícil na prática, pois se presume, sem nenhuma base empírica, que a interdição da lei penal, sob

⁹A criminóloga venezuelana complementa que o argumento da doutrina proibicionista radical “serviu para culpar nossa população de um problema que não lhe pertencia, fazendo, fazendo-a aceitar as medidas econômicas internas como uma penitência, e desviando sua atenção de problemas mais centrais do país. Serviu para iniciar uma etapa autoritária dentro da democracia” (CASTRO, 1983, p. 196).

ameaça de pena, fará as pessoas mudarem seus hábitos, gostos e escolhas e deixar de consumir determinadas substâncias, apenas pelo fato de serem ilícitas. Destaca-se aqui claramente a influência do direito penal simbólico nas justificas da proibição, discurso mais nítido a partir da década de 90 (RODRIGUES, 2006, p. 47).

3.2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, após a vigência de alguns diplomas normativos, com variações punitivas, editou-se a Lei nº11.343/2006, que seguiu o modelo proibicionista imposto mundialmente, e que vem sendo mitigado gradualmente, por países como Portugal, Espanha e Itália e Holanda, com efeitos satisfatórios.

O *combate* às drogas no território nacional iniciou de forma mais intensa sob os auspícios da classe médica, através de um sistema cognominado por Nilo Batista como médico-policia (BATISTA, 1998, p. 81), sendo interessante ressaltar que João de Deus Lacerda Menna Barreto, sob a égide da Lei n. 6.368/1976, dando suporte teórico ao proibicionismo em *terra brasilis*, no livro *Lei de Tóxicos: Comentários por artigo*, elencou o *decálogo contra a liberação ou discriminação das drogas* (BARRETO, 1996). Não se pode olvidar, como notícia histórica, que o aludido doutrinador, na época magistrado no TJRJ, por indicação do então Ministro da Justiça Armando Falcão, integrou o grupo de trabalho que elaborou o anteprojeto da referida legislação.

Esta pesquisa, vale ressaltar, parte da premissa teórica, fundada pela criminologia crítica, que as normas penais - tal como a Lei de Tóxicos - configuram elementos de controle social, a partir da escolha proposital dos comportamentos criminosos e, muitas vezes por via de consequência, dos clientes preferenciais do sistema penal.

Variados trabalhos nacionais de natureza empírica revelam essa realidade: Batista (2003); Rodrigues (2006); Oberling, (2011); Rezende, (2011); D'Elia (2011) e Helpes (2014), todos utilizados como referências bibliográficas da vertente pesquisa.

As conclusões alcançadas por essas obras científicas sinalizam que há, em certa medida, tendência das agências formais de controle em associar a figura do traficante à pessoa perigosa, temida pela sociedade, enquanto ao consumidor se destina o paradigma terapêutico, pois é considerado um doente. Ainda, como resultado da reação social, os indivíduos *surpreendidos* pelas instâncias estatais, nas mesmas condicionantes fáticas, ora são identificados como *traficantes*, a merecerem gravosa reprimenda estatal, se pertencerem à estratificação social mais marginalizada, ora qualificados como *usuários*, dependentes,

necessitando de soluções médicas, caso integrem a camada social que domina a estrutura do poder.

A legislação nacional em curso, prestigiadora da *war on drugs* e sem negar o seu vínculo com a ideologia da diferenciação¹⁰, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes (art.1º)¹¹.

Sobre a lei em vigor, Salo de Carvalho (2010) conclui:

É possível afirmar que a base ideológica da Lei n.11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.3668/76, reforçando-o. Neste sentido, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 70 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores) moldados a partir das políticas públicas de redução de danos.

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada por condutas abstinências (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas (2010, p. 68-69).

Salta aos olhos o critério legal seletivo sobre a distinção da condição de usuário e do status de traficante, sendo de bom alvitre mencionar, desde logo, que o tangenciamento normativo acerca da definição sujeito meramente consumidor, para além de uma visão penalista (que predominantemente não considera o uso de drogas como crime, visto que o verbo, isoladamente, não se encontra tipificado no art. 28 da Lei nº11.343/2006 - porte para consumo pessoal), não prejudicará o foco deste trabalho, considerando que, sem dúvida, o porte, regra geral, é conduta que precede o uso.

¹⁰ Segundo Rosa Del Olmo, esse “duplo discurso sobre a droga [...] pode ser conceituado como modelo médico-jurídico, tentando estabelecer ideologia de diferenciação”, que possui como característica principal a distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinqüente. O primeiro, em razão de sua condição social, estaria absorvido pelo discurso médico, consolidado pelo modelo médico-sanitário em voga desde a década de cinquenta, que representava o estereótipo da dependência, enquanto que o traficante era o criminoso, o corruptor da sociedade” (DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34).

¹¹BRASIL. Lei n. 11.343, de 4 de maio de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 ago. 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 1 abr. 2015.

A Lei nº11.343/2006 emprega respostas estatais diversas ao usuário e ao traficante, conquanto o bem jurídico tutelado pela norma - declarado - seja o mesmo: a saúde pública. Prevê o seu artigo 28:

Art. 28. 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.

Em que pese os convincentes movimentos pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal (KARAM, 191, p. 126), baseados, sobretudo, na ofensa aos princípios da intervenção mínima e da alteridade (FAVORETTO, 2012, p. 137-147), o Supremo Tribunal Federal considerou que as condutas nele referidas não restaram descriminalizadas, mas, tão somente, foram despenalizadas¹².

Por outro lado, com a tão criticada multiplicidade de verbos, preconiza o artigo 33:

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[...].

Ambos os tipos retratam crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, configurando-se o tráfico ilícito de drogas quando realizada uma das condutas imediatamente acima descritas, quase que inviabilizando a caracterização de crime tentado.

Nesse sentido explicam Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

A lei elencou 18 verbos no art. 33, caput, 14 verbos no seu § 1º, bem como vários outros nos diversos tipos penais, procurando com isso cercar todas as possibilidades de condutas relacionadas a drogas para considerá-la típica. Por outro lado, é preciso compreender que, mesmo realizando o agente vários comportamentos descritos nos tipos, num único contexto fático, incidirá apenas uma vez na lei repressiva, visto que o bem jurídico lesado é o mesmo: a saúde pública. Exemplificando: o agente que for flagrado na rua vendendo cocaína e que também traz consigo maconha e haxixe, bem como ainda guarda em casa certa quantidade de LSD, na verdade, praticou várias condutas típicas, mas sofrerá sanção única pela infringência ao art. 33, porque o crime é contra a saúde pública e não contra um número indiscriminado de pessoas (THUMS; PACHECO, 2010, p. 48).

Para a classificação da conduta dos *agentes*, o aparato estatal deverá levar em conta o quanto prescrito no artigo 28, §2º, da Lei nº11.343/2006:

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 430105 QO, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, p. 69.

Art. 28 [...]

§ 2º Para determinar se a droga se destinava 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.

Neste ponto, a seletividade realizada pela criminalização primária é palmar e impulsiona a criminalização secundária, estimulando a formulação de juízos a partir de *second codes*, baseados em preconceitos e estereótipos. Ora, desde o primeiro contato da instância formal, por meio da polícia, será direcionado pelo *local, circunstâncias sociais* e aos *antecedentes do agente*.

Portanto, exige-se a seguinte reflexão: é legítimo que a prática das condutas previstas no artigo 33 e em outros tipos legais equiparados, conjugada com o local da apreensão da droga, às circunstâncias sociais e à existência de decisão condenatória traga para o resto da vida do traficante o estigma negativo atribuído pela sociedade/legislação?

Pelo visto, nesse contexto, o Estado pouco ou nada se importa na produção de políticas públicas ou mesmo com a sua mora social, deixando de reconhecer, à guisa de exemplo, sua co-culpabilidade¹³ pela reimersão do sujeito no mundo do crime, trajando-lhe, novamente, as vestes do inimigo declarado do Estado.

3.3 O NARCOTRAFICANTE E O USUÁRIO DE DROGAS: O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA

A lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, tratou de forma bastante distinta a pessoa que incide em um dos dezoito verbos do seu art.33 e o indivíduo que praticou uma das cinco condutas descritas no art.28 da mesma legislação, equiparando a primeira conduta a crime hediondo, atraindo toda a rigidez da Lei nº8.072/1990 (de cunho altamente aflitivo e repressor). Os verbos que compõem os núcleos dos preceitos incriminadores possuem certa

¹³ Juarez Cirino dos Santos, em tema de co-culpabilidade assevera: “Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de status social superior, maior liberdade; indivíduos de status social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como escolha do mal menor — até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade” (op. cit., pp.348-349).

similaridade¹⁴, integrando os dois tipos penais as condutas adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, exsurto que a diferença do enquadramento de uma ou outra infração penal reside no elemento subjetivo do tipo penal do art.28¹⁵, ou seja, a finalidade de agir descrita com “para consumo pessoal” (SILVA, 2013).

A lei de drogas dispensou enorme severidade ao traficante¹⁶, com previsão de pena mínima de cinco anos e o regime integralmente fechado, vedando-se a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a determinação da execução da pena no regime integralmente fechado ofenderia o princípio da individualização da pena e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos¹⁷. Em

¹⁴ Carvalho (2010) lecionou que ao “comparar as elementares típicas do art.28 e do art.33 da Lei de Drogas, assim como ocorria entre o art.12 e 16 da Lei 6.368/76, percebe-se que em relação aos elementos objetivos do tipo, ou seja, às circunstâncias que permitem identificar empiricamente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação, existe espantosa similitude, quando não plena correspondência. Processo idêntico em relação aos verbos nucleares. [...]. Vê-se absoluta correlação dos verbos do art.28 com as hipóteses previstas no art.33. O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização, é exclusivamente o direcionamento/finalidade de agir (para consumo pessoal), segundo as elementares subjetivas do tipo do art.28”.

¹⁵ Carvalho (2010) propõe a releitura das formas de averiguação do elemento subjetivo do art.33 da lei de drogas, “procurando encontrar formas de clausura do referido tipo, tendo em vista os efeitos patológicos de sua porosidade. A proposta se justifica em decorrência dos custos produzidos pela excessiva punição de condutas com escassa danosidade social ou com reprovabilidade sensivelmente menor do que aquelas relacionadas ao comércio ou à produção ilegal de drogas, notadamente com o radical acréscimo na quantidade de pena trazido pela recente legislação”. Complementando, Greco (2003), exigindo a habitualidade dos atos de traficância e o intuito de auferir vantagem econômica, pontuou precisamente: “Se o legislador quis ser autoritário, fazendo uso de um mecanismo nazista para punir além do que seria legítimo em um Estado Social de Direito, interpretemos democraticamente essa norma autoritária, ao menos para restringir a sua aplicação aos casos em que realmente exista um ‘traficante’. O que faz de alguém, contudo, um traficante? Temos de tatear um pouco, porque, obviamente, um direito penal de autor, como o que se está a interpretar, é sempre impreciso e autoritário. Ainda assim, talvez seja possível enumerar dois elementos que devem estar presentes para que se possa falar em um traficante. Em primeiro lugar, o sujeito deve praticar os atos não esporadicamente, mas com certa frequência: este requisito objetivo é a habitualidade. Com isso, todos aqueles que praticaram um dos verbos capitulados no art. 12 uma única vez ficam excluídos do alcance deste dispositivo. Mas se exigirmos unicamente a habitualidade, a mãe que sempre compra a droga para depois entregá-la ao filho nele estaria abrangida. Daí porque é preciso um segundo elemento, de índole subjetiva: o intuito de auferir vantagem econômica. Traficante é só quem pratica, com habitualidade e intuito de auferir vantagem econômica, as condutas descritas no art. 12. A habitualidade, é claro, deverá ser comprovada, não se presumindo unicamente pela realização de uma das ações. Sem este elemento objetivo (habitualidade) e este outro subjetivo (intuito de auferir vantagem econômica), não há como chamar alguém de traficante, donde decorre: sua conduta não se enquadra, em absoluto, no art. 12”.

¹⁶ Casara (2015), sobre o assunto, escreveu “A recente lei nº11.343/2006, ao acompanhar as orientações político-criminais dos países centrais, baseia-se na severa repressão das condutas selecionadas e etiquetadas como tráfico de drogas, ao passo que aposta, ao menos no plano discursivo, na redução dos danos suportados pelos usuários ou dependentes. Percebe-se, pois, que o legislador reproduziu, em linhas gerais, a dicotomia, que já existia na lei nº6.368/1976, entre usuários e traficante. Porém, a vagueza da estrutura criminalizadora, derivada da forma de construção da tipicidade penal nos delitos de tráfico e de porte para consumo (registre-se que a ‘finalidade de agir’ é o critério adotado a distinção entre o crime de tráfico de drogas e o de porte para consumo), acaba por criar problemas à identificação do crime, o que dá margem ao arbítrio da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário”.

¹⁷ O Senado Federal, utilizando da competência constitucional prevista no art.52, X, em 15 de fevereiro de 2012 editou a Resolução nº5/2012, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas

que pese o poder judiciário, por meio de seu órgão de cúpula, ter atenuado, timidamente, os efeitos repressivos e encarceradores da legislação penal especial, a explosão do aprisionamento, tendo como uma de suas causas a prisão pelo tráfico de drogas, é evidente¹⁸.

Ao sujeito surpreendido portando substâncias para consumo pessoal¹⁹ serão impostas medidas que, apesar de serem dotadas de certo constrangimento à liberdade individual, não trazem a possibilidade de prisão nos moldes tradicionais, aplicando-lhe o modelo médico-jurídico, optando pela ideologia da diferenciação²⁰ pela acentuada bipolarização do tratamento das figuras identificadas como protagonistas do cenário da lei de drogas: o traficante e o usuário, sendo que a resposta punitiva possui como limites sancionatórios justamente tais personagens (SILVA, 2013).

Esse modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com as substâncias consideradas drogas tem como principal característica traçar uma clara distinção entre a figura do consumidor e do traficante, relacionando o primeiro à categoria de doente e este à classe de delinquente, recaindo sobre os traficantes o discurso do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública (CARVALHO, 2010).

A intenção legislativa, pretendendo dar um tratamento mais vigoroso em termos aflitivos ao traficante, trouxe como resultado, na verdade, uma maior repressão ao usuário e

de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

¹⁸ Segundo dados do Infopen coletados em junho de 2014 (disponibilizado em <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 2 mar 2016), a população prisional masculina em decorrência do tráfico alcança 23% do total de pessoas privadas de liberdade (607.731) e que em torno de 58% das mulheres que estão custodiadas (37.380 presas) possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado a grandes redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante nesse tipo de crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico.

¹⁹ Seguindo o quanto afirmado por Silva (2013), entendemos que não é adequado falar em delito de “uso de drogas”, pois a conduta de “usar” é atípica.

²⁰ D’Elia Filho (2007) esclarece que a “Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, que resulta num protocolo assinado, em 1972, pelos Estados participantes, inicia a ‘ideologia da diferenciação’ a partir do modelo médico-jurídico que, segundo Rosa Del Olmo, tem como principal característica distinguir o traficante, definido como criminoso, do consumidor, tratado como doente. [...]. O discurso jurídico passa a ser influenciado por um discurso médico e, conforme observação da criminóloga venezuelana, desse encontro se difundiu o estereótipo da dependência para o consumidor, com o qual se inicia a experiência de diferentes tratamentos ao longo da década. Em fevereiro de 1966 foi aprovado nos EUA o *Narcotic Rehabilitation Act*, pelo qual se permite ao consumidor no curso de um processo penal, optar por uma espécie de ‘medida de segurança’ ao escolher entre um tratamento médico ou a prisão. Nessa lei encontra-se a origem da recém descoberta ‘Justiça Terapêutica’, que vem ‘encantando’ magistrados e promotores de justiça como a grande novidade do século XXI, mas que na realidade nada mais faz do que confirmar a ‘ideologia da diferenciação’ estabelecida nos anos 60: para consumidor, um médico, um psicólogo e um assistente social; para o traficante, um carcereiro”

²¹ Moretto (2014), criticando a ideologia da diferenciação, defendeu que, assim como o usuário, os indivíduos que são demonizados como traficantes necessitam de tratamento, na medida em que, depois de cumprir sua pena, retornará à sociedade que o enclausurou, já portando todos os estereótipos do aprisionamento decorrente da *hipercriminalização*.

ao pequeno e médio traficante²², não bastasse a imensa desproporção do preceito incriminador – a pena mínima cominada às condutas do art.33 corresponde a cinco anos. Este efeito colateral foi provocado, ao lado da demonização do traficante²³, em virtude da sensação de que a agência policial possui de que o usuário não é punido, pela tendência à incriminação de pequenos usuários, mesmo não problemáticos, que estariam a merecer rigorosa resposta penal.

D’Elia Filho (2007) mencionou que a partir do estabelecimento médico-jurídico, com a bipolaridade de tratamento, e com a instalação revigorada da guerra às drogas e da explosão dos movimentos de lei e ordem, o traficante passou a ser encarado como o “inimigo” a ser combatido^{24,25}. Carvalho (2010) partilhou que a definição das metanormas que orientarão a

²² Greco (2003) ainda sob a vigência da lei anterior que previa pena mínima de três anos ao traficante, sustentou a falta de proporcionalidade da pena: “Qual seria o motivo de punir com pena análoga à de uma extorsão ou de lesões corporais seguidas de morte uma ação como a de “guardar” tóxico, se quem pratica esta última conduta não parece estar, em princípio, lesando bem jurídico algum? O motivo, costuma-se dizer, é a saúde pública. Os crimes da Lei de Tóxicos, ao contrário dos que acima referimos, tutelam não bens jurídicos individuais, mas supra individuais. E – prossegue o discurso – aquele que pratica uma das condutas do artigo 12 lesiona, ou ao menos põe em sério perigo, a saúde pública, bem de interesse de todos os cidadãos. Mas tal argumentação não convence. Isso porque os outros crimes que tutelam bens jurídicos supra individuais nada menos valiosos que a saúde pública não preveem penas tão severas. Assim, por ex., o incêndio (art. 250), a explosão (art. 251), a inundação (art. 254) são punidos com 3 a 6 anos de reclusão. Um crime bem próximo, em conteúdo de desvalor, ao crime de tráfico de entorpecentes é o do art. 278, do CP: ‘fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal’. E, mais uma vez, a pena é consideravelmente menor: detenção, de 1 a 3 anos, e multa. Pena similar à do tráfico de entorpecentes recebem somente ações bem mais lesivas e graves, como a provocação de um desastre rodoviário (art. 260, § 1º: 4 a 12 anos de reclusão). Em segundo lugar, o argumento não convence também porque várias dentre as ações previstas na norma incriminadora não representam qualquer ameaça à saúde pública. Por mais abstrato que seja o conceito de perigo abstrato adotado, condutas como ‘ter em Depósito’, ‘guardar’ ou ‘trazer consigo’ substância entorpecente em nada prejudicam o referido bem jurídico. Portanto, considerações que digam respeito ao valor do bem jurídico não justificam a exasperação da pena”.

²³ Batista (2003) esclareceu que esse “processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando o seu caráter genocida. O número de mortos na ‘guerra ao tráfico’ está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante”, concluindo: “O mercado de drogas ilícitas propiciou uma concentração de investimentos no sistema penal, uma concentração dos lucros decorrentes do tráfico e, principalmente, argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos contra as classes vulneráveis: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos, sejam imigrantes indesejáveis do Hemisfério Norte”.

²⁴ D’Elia Filho (2007), sobre o tema, advertiu: “Associando a imagem do ‘traficante’ à de um ser violento e cruel, ao contrário da real dimensão daqueles que são selecionados para ingressar no sistema penal pela prática do delito de tráfico, o discurso moral na perspectiva da diferenciação (traficante X usuário) passa a exercer um papel relevante no sistema penal. Enquanto a imensa maioria de traficantes desarmados e não violentos são encarcerados, os veículos de comunicação justificam as ações do sistema penal através do chamado ‘combate à violência’”.

²⁵ Zaffaroni (2007) ponderou que a “essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto do ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (...) A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser

atividade das agências administrativas, judiciais e executivas será pautada pelo pensamento etiológico atinente à formulação do tipo ideal de criminoso, induzindo a performance do agir policial e do raciocínio judicial decisório.

Aliás, o direito penal do inimigo justificado na origem para combater o terrorismo (JAKOBS, 2012)²⁶, com restrição de garantias fundamentais, unido à doutrina da defesa social, de inegável influência do positivismo criminológico, embasa a modelo de repressão estatal denominado guerra às drogas, também adotado pelo Brasil, a pretexto de proteger a sociedade daquele indivíduo tido como uma verdadeira ameaça a ela (GRECO, 2003)²⁷.

Essa ideia de proteção do inimigo, com a tutela da segurança da comunidade do povo, se apresentou como instrumento político do sistema penal nazista (FERRAJOLI, 2013)²⁸. Fragoso (2015) demonstra que aquele sistema penal deveria se voltar contra aqueles que

segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações”.

²⁶ Defendeu Jakobs (2012): “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo”. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2012.

²⁷ Interessante conclusão chegou Greco (2003), quando ainda vigorava a lei nº6.368/1976: “O art. 12 se aplica a este primeiro grupo de pessoas, que, aos olhos da lei, é composto de indivíduos sumamente abjetos, que enriquecem às custas do vício e da miséria alheia, ou que pelo menos contribuem para que os outros continuem no caminho da perdição. ‘Guardar substância entorpecente’ é, aos olhos do legislador, uma ação tão grave quanto causar um desastre ferroviário, porque quem a comete é uma pessoa imoral, que explora a debilidade alheia, fazendo dela expediente para a própria locupletação. Quem guarda tóxico não é punido porque guarda, mas porque trafica. A finalidade desta norma incriminadora estaria, assim, menos em prevenir atos do que em punir traficantes; ao punir inclusive condutas socialmente neutras, tem em vista personalidades socialmente nocivas. Noutras palavras: a norma do artigo 12 só aparentemente descreve ações proibidas. Na verdade, ela busca é a figura do traficante. Não se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias e várias ações mencionadas. Ocorre que, ao arrolar entre elas condutas não ameaçadoras para o bem jurídico saúde pública, o legislador se traiu, mostrando que não quer proibir só ações, mas personalidades, autores”.

²⁸ Ferrajoli (2013) apontou que também durante o fascismo medidas de prevenção às classes ou pessoas perigosas foram adotadas pelo Texto Único das leis de segurança pública 773, de 18.03.1931. O doutrinador com base a redação original do título VI, com a denominação “Disposições relativas às pessoas perigosas para a sociedade”, reproduziu as medidas que fortalecem o seu esclarecimento: “a) o encaminhamento para um instituto de assistência ou beneficência das pessoas reconhecidas pelas autoridades locais de segurança pública como inábeis a qualquer trabalho profícuo e que não tenham meios de subsistência e nem parentes reconhecidos por lei para conferir-lhes alimentos e condições de poder prestá-los (art.154); b) a repatriação “obrigatória” das pessoas suspeitas (não era dito outra coisa) em face de sua “conduta” e que não dão “conta de si”, daquelas “perigosas para a segurança pública ou para a moralidade pública” (art.157) e também, “se necessário”, dos condenados por delito à pena de detenção depois de sua saída do cárcere (art.162); c) a “repreensão” para os “ociosos”, para “os vagabundos habituais, aptos para o trabalho que não tenham meios de prover sua subsistência, ou suspeitos de viver única e exclusivamente de ações delituosas”, para “as pessoas designadas pela opinião pública como perigosas socialmente ou para os ordenamentos políticos do Estado”, e também os “difamados” (art.164), isto é “designados pela opinião pública como habitualmente culpáveis” de determinados crimes (art.165); d) o “confinamento de polícia de 1 a 5 anos “em uma colônia ou uma comuna do reino diversa da residência do confinado”, dos admoestados e dos difamados quando “sejam perigosos à segurança pública” e também daqueles “que com eles se desenvolvam ou tenham manifestado propósito de desenvolver uma atividade tendente a subverter violentamente os ordenamentos políticos, econômicos ou sociais constituídos pelo Estado ou uma atividade tal que venha a afrontar os interesses nacionais” (art.180 e 181): em outras palavras, dos antifascistas”.

desde o início, eram perigosos, pelo mero fato de não pertencerem à raça escolhida (os judeus e os não arianos), mas também contra todos aqueles que, embora de início pudessem ser qualificados como alemães, se tornassem perigosos por ousarem ser infiéis à comunidade do povo.

A rotulação de inimigo parece legitimar a ação estatal preconceituosa e deveras rigorosa, que, a bem da verdade, brutaliza o indivíduo, inserindo-o no ciclo da violência. Karam (2009) assinala que “os diferenciados, estigmatizados, demonizados, hostilizados, excluídos, assumem o único papel que lhes é reservado, questionando em seguida: “se são vistos como ‘monstros’, ‘violentos’, ‘maus’, ‘inimigos’, como se espantar ou se indignar quando agem com violência ou crueldade? Se não lhes reconhecem direitos, por que deveriam respeitar direitos alheios?”.

O estabelecimento do inimigo social na pessoa do traficante, e, conseqüentemente, a expansão do direito penal, será o elemento que justificará o poder político do Estado que emprega o direito penal como instrumento de política social²⁹, por meio de uma aparente eficiência repressiva na luta contra o crime. Não se pode negar que esse discurso capitaliza votos junto ao eleitorado, apresentando efeitos políticos claros de conservação/reprodução do poder (SANTOS, 2008).

No âmbito processual penal, Duclerc (2011), reconhecendo a desestruturação do Estado Providência, afirmou que os níveis de violência do sistema penal são aumentados gradativamente como uma espécie de compensação que garante a manutenção da estabilidade social e da dominação de uma classe de pessoas sobre outras, sempre através do fomento à cultura do medo³⁰ e da criação de inimigos públicos como o traficante, abrindo o caminho para a utilização infecunda do Direito penal, que na sua forma mais brutal, justifica a detenção ilegal de pessoas, sem o devido processo legal³¹.

Segundo Jakobs (2012), distinção entre cidadãos e inimigos no âmbito da imputação penal, ocorreria desse modo:a) o cidadão é aquele que pratica crimes normais, que preserva

²⁹D’Elia Filho (2015) pontuou que “é na figura do inimigo que podemos encontrar o elemento jurídico-político que traduz a recepção secular da vida nua na modernidade. O inimigo, enquanto estranho, passeia na teoria política como a chave mestra da exceção soberana”, arrematando que “entre os inimigos construídos na sociedade, cuja genealogia remete à própria ideia do pacto social civilizatório da modernidade, encontra-se o criminoso, muitas vezes reconhecido como delinquente bárbaro ou estranho”.

³⁰ Para Batista (2005), “a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de disciplinamento e controle das massas populares”. E Feletti (2014) arremata: “o medo é usado de forma consciente para manipular as forças populares, revelando-se uma importante ferramenta estatal para se alcançar o consenso no âmbito da sociedade para o recrudescimento penal (...)”.

³¹ Jesus (2015) constatou o seguinte quadro a respeito: “As drogas assumem, neste cenário, a figura de um inimigo que precisa ser eliminado. A partir de argumentos de guerras às drogas, ocorrem uma série de violações de direitos das quais o Estado Democrático de Direito não consegue fazer frente”.

uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social;b) o inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.

Com essas considerações, com a identificação do inimigo, e a sua distinção em relação aos “homens de bem”, que ocasionalmente praticam delitos normais, que não atingem a sociedade, justifica-se a guerra, convindo enunciar que a exclusão do primeiro reafirma a coesão social e a identificação da segunda camada (GOMES, 2015).

Deve ser consignado que a eclosão da guerra às drogas³²³³³⁴, definindo o traficante como o inimigo preferencial a ser combatido (ao lado da própria substância que legislação define como ilícita, e que frequentemente é personificada pelos órgãos estatais que integram a etapa de criminalização secundária), teve uma contribuição decisiva da mídia³⁵, que atua como ente informal consolidador daquele discurso bélico, concorrendo para as representações que serão feitas pelas agências de criminalização sobre aquele ser do “mal”.

Uma vez qualificado como inimigo³⁶, as notícias sobre o traficante assumem um interesse público destacado, pouco importando se a sua conduta, de fato, apresenta perigo

³² Carl Schmitt (2009, apud D’Elia Filho, 2015) reconheceu “que a declaração de guerra é um pressuposto da pacificação, correlata à declaração da existência de um inimigo para que o Estado se torne ‘uma unidade política organizada, internamente pacificada, fechada territorialmente em si e impenetrável para estranhos’”.

³³D’Elia Filho (2015), esclarecendo o objetivo da estratégia bélica (não só armada, mas também discursiva e legislativa), defendeu que a “chamada ‘guerra às drogas’ passa a ser um recrutador eficaz de clientela para a letalidade de nosso sistema penal. Não é mera coincidência ‘que a política criminal de drogas hegemônica no planeta se dirija aos pobres globais indiscriminadamente: sejam eles jovens favelados no Rio, camponeses na Colômbia ou imigrantes indesejáveis no hemisfério norte. Os traficantes de drogas passam a constituir uma ‘categoria fantasmagórica’, na expressão de Vera Malaguti Batista, ‘uma categoria policial, que migrou para a academia, para o jornalismo, para a psicologia e que não tem cara, não é mais humana. Assim, a expressão ‘guerra às drogas’ soa como uma metáfora, pois oculta que, como toda guerra, está voltada para atingir pessoas identificadas como inimigas”.

³⁴ Christie, 1998 (apud D’Elia Filho, 2015) informou que “na prática, a guerra contra as drogas abriu caminho para a guerra contra as pessoas tidas como menos úteis e potencialmente mais perigosas da população, aquelas que Spitzer chama de lixo social, mas que na verdade são vistas como mais perigosas que o lixo. Elas mostram que nem tudo está como devia no tecido social, e ao mesmo tempo são uma fonte potencial de perturbação. Na terminologia de Spitzer, elas se tornam ao mesmo tempo lixo e dinamite”.

³⁵ Gomes (2015) afirmou que os “mass media exercem um papel inegável na constituição do pânico moral e no seu fortalecimento, sobretudo pela forma como representam a delinquência. Não se pode olvidar que o contato do público com o crime depende substancialmente da construção midiática da realidade e, portanto, de fontes secundárias de informação. Nesse sentido, Yvonne Jewkes observa que a mídia cria um ambiente cultural em que certos tipos de comportamento criminoso são retratados com mais frequência e com mais intensidade do que outros”.

³⁶ Na perspectiva midiática, o pânico moral provocado pelo reconhecimento do inimigo na pessoa do traficante, sem qualquer base racional, é sensivelmente robustecido pelos *mass media* (Gomes, 2015), fazendo crer, de

social, interessando, na realidade, se o produto é vendável com a maquiagem operada assiduamente pela mídia: a dramatização.

Não se pode negar que a televisão, devido a sua utilização em massa e o seu elevadíssimo alcance, atualmente é o meio mais propício para difundir tal ideia no imaginário popular, fomentando e formatando a opinião pública³⁷, fazendo com que se concentre nesse meio a maior propaganda contra o inimigo mencionado. Além disso, o seu cliente mais interessante é o próprio poder público, que, zeloso por este “formidável instrumento de manutenção da ordem simbólica” (BOURDIEU, 1989, p. 31), verdadeiramente é o maior patrocinador das guerras às drogas.

A tecnologia empregada na televisão permite que, no campo dos *mass media*, seja a mídia onde mais corriqueira e sorrateiramente ocorre a manipulação da informação. Gomes (2015) explicou que as razões para que isso ocorra residem fundamentalmente na limitação de tempo inerente ao ambiente televisivo, que impõe ao discurso restrições que dificultam a compreensão da informação e a tecnologia que associa imagens à linguagem oral, com proeminência ao aspecto visual³⁸, daí porque alguns programas prestigiam as transmissões ao vivo como forma de incutir que aquilo que se passa, com a narração em segundo plano, é verdade.

O papel desempenhado pelos meios de comunicação reforça a imagem nefasta do traficante, especialmente porque no Brasil as redes de mídia estão desde sua origem, no tocante às suas relações com o poder, ligadas às forças conservadoras e autoritárias³⁹. Para

acordo com a lógica capitalista que orienta a mídia, que é altamente rentável, cooptando apoio publicitário de vários conglomerados empresariais.

³⁷ Conforme Bourdieu (1997) “Há uma proporção muito importante de pessoas que não lêem nenhum jornal; que estão devotadas de corpo e alma à televisão como fonte única de informações. A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população. Ora, ao insistir nas variedades, preenchendo esse tempo raro com o vazio, com nada ou quase nada, afastam-se as informações pertinentes que deveria possuir o cidadão para exercer seus direitos democráticos.

³⁸ Gomes (2015) indicou que o “poder da imagem – e sua aptidão para eliminar qualquer debate sobre as circunstâncias não reveladas do que se vê, limitando o convencimento do público apenas àquilo que é visto – sobrepõe-se frequentemente aos limites éticos do jornalismo. Para captar o visual e ter o acesso a todas as facilidades que ele proporciona – pois o que se vê não se discute – vale tudo. Tornou-se frequente a apresentação de uma ‘testemunha’ ou de alguém que ‘sabe’ algo sobre o crime, e que presta entrevista ao jornalista com identidade ‘protegida’ pela distorção de sua imagem e sua voz. Assim, divulga-se uma versão dos fatos – que era de conhecimento prévio do repórter – sem que se conheça o seu autor. O contorno de clandestinidade desse relato inspira no público a impressão de que aquela ‘testemunha’ se encontra em situação de grave risco, e que o responsável por isso é o suspeito. Uma conclusão seguramente alimentada no plano do imaginário, já que o depoimento de uma testemunha sem rosto jamais será confiável”.

³⁹ Para se constatar essa realidade, recomenda-se a leitura da obra “A História Secreta da Rede Globo”, acerca das origens e desenvolvimento da maior rede de comunicações do Brasil, inclusive as suas ligações com o grupo norte-americano Time-Life, de autoria de Daniel Herz (1991).

capturar a atenção e convencer e o telespectador⁴⁰, o ouvinte ou o mero espectador, há um verdadeiro estímulo de programas sensacionalistas e policialescos^{41,42}, de cunho sentimental⁴³, com todo o aparato necessário à construção da imagem do traficante (ZAFFARONI, 2011)⁴⁴, normalizando à sociedade a utilização da violência estatal (TIBURI, 2006)⁴⁵, banalizando-a (ROMÃO, 2013)⁴⁶, na tentativa de convencer a audiência de que a diminuição da violência

⁴⁰ Gomes (2015) conclui que “ademais de criar a realidade social pela definição dos assuntos que permeiam a rotina do público, a mídia modela a consciência das pessoas, faz com que acreditem que tudo é como ela apresenta. Condiciona o modo de pensar e de agir de praticamente todos os segmentos sociais, pois constitui a fonte mais presente de informação e de conhecimento ordinário das pessoas”.

⁴¹ A proibição de exibição de programas dessa natureza no horário de maior audiência, a exemplo do que ocorreu com o Uruguai, acrescida de outras relevantes medidas, propiciou o fim das mortes ligadas ao tráfico, de acordo a notícia disponibilizada em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/Antes-de-zerar-morte-por-trafico-Uruguai-proibiu-programas-policiais%0a/12/33987>. Acesso em 3 abr. 2016.

⁴² Surge como aliado da retórica do inimigo o discurso da impunidade (em que pese o formidável contingente prisional brasileiro a desmistificar tal discurso), como exposto por Genelhú (2015), que sustenta que “seja porque eles foram criminalizados – o que é muito menos uma decisão jurídica que uma decisão política e, sendo política, obedece a critérios de conveniência e oportunidade que mudam de tom, mas nunca cessam –, seja por conta de sua ‘condição ontológico-ôntica’ (‘afrodescendente’, ‘pobre [ou melhor, desempregado, inempregável ou desfavorecido pela discrepância rentária]’, ‘inapto ao trabalho’ etc), passam ele, a partir de então, a ser considerados ‘impunes’ independentemente do que eles façam ou deixem de fazer, principalmente porque qualquer daquelas condições dificilmente vai deixar de acompanhá-los”.

⁴³ Bourdieu (1997) expôs que “a televisão convida à dramatização, no duplo sentido: põe em cena, em imagens, um acontecimento e exagera-lhe a importância, a gravidade, e o caráter dramático, trágico”.

⁴⁴ Zaffaroni (2011) descreveu que a “técnica *völkisch* (ou popularesca) consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez”, demonstrando sua estreita ligação com o nazismo, enfatizando que toda identificação do inimigo se baseia em um mito.

⁴⁵ Sobre esse exercício, Tiburi (2006) advertiu: “A agressividade verbal é uma forma conhecida de violência simbólica [...]. Quando a violência chega à comunicação que, em escala institucional, atinge o que chamamos de ‘mídia’, o perigo se intensifica. Temos ouvido e visto jornalistas com amplo espaço na televisão falar de modo agressivo e irresponsável em gestos de claro fomento ao ódio. Extrapolando limites éticos, o que apresentadores de televisão fazem é estabelecer elos com a ‘voz’ de muitas pessoas. Isso quer dizer que as ‘asneiras’ pronunciadas na tela da televisão e do computador têm nexos diretos com aquelas que são pronunciadas em casa, na esfera da vida privada. [...] Aquele que fomenta verbalmente a violência trabalha na formação da violência simbólica. Como fez uma apresentadora de TV ao incitar a morte daquele que, segundo sua epistemologia, chamou de ‘marginalzinho’. Aquele pensa assim, fala assim, também é capaz de fazer o que diz, porque, de certo modo, já ‘faz’ o que diz. Pelo simples fato da banalização da violência, há quem pense que também está autorizado a matar [...]. Sabemos que a destruição da sociedade se dá na destruição da subjetividade das pessoas [...]. Não há futuro em uma sociedade cujo pensamento comum é este. Não há futuro em uma sociedade cujo pensamento comum nasce na televisão fascista”.

⁴⁶ Romão (2013) reproduziu em sua pesquisa acadêmica o trecho da fala de um popular apresentador televisivo, que dirige programa nacional de grande alcance e que reduziu a violência a um problema estritamente moral, naturalizando-a no combate ao traficante: “Datena – Olha, absolutamente não me interessa que bandido matou bandido. Mas é o discurso que a gente faz há algum tempo. [...] Nesse caso aí, nós vamos mostrar as imagens, o Saulo vai repetir, é um traficante que é assassinado. Você vai dizer: ‘é... Datena, mas o cara era traficante, mesmo jeito que o traficante assassinado [...] fazem isso com gente de *bem*, né? Contratam assassinos de aluguel. E pode ser você, posso ser eu, pode ser o seu pai, a sua mãe, um filho seu, uma filha minha, pode ser *qualquer um*. Eles contratam uma corja, uma alcateia, um bando de animais selvagens, para colocar as pessoas em emboscadas. Nesse caso foi um traficante, o mundo não perdeu absolutamente nada, porque esse cara destruiu várias famílias e é uma briga de bandidos”. Batista (in *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 2 abril 2015) exemplificou tal repugnância também na mídia escrita: “O Jornal do Brasil afastava do âmbito dos direitos humanos alguns acusados de tráfico de drogas que, ‘comportando-se como animais selvagens, não merecem qualquer consideração’, na fiel representação de que os *traficantes* não são detentores de direitos e garantias constitucionais.

passa necessariamente pela eliminação do inimigo, seja com o encarceramento do traficante (D'ELIA FILHO, 2007), seja por outras providências sequer previstas em lei.

Essa estratégia de relacionar o tráfico de drogas e a violência tem servido para motivar o expansionismo do direito penal e, por conseguinte, do controle social por meio das agências repressoras do inimigo bárbaro, insuscetível de recuperação, consoante demonstrado por D'Elia Filho (2007), que elencou diversos editoriais dos periódicos circulam no país. A associação dos meios de massa às campanhas adeptas da “lei e ordem”⁴⁷ ocorrem quando o poder das agências se encontra ameaçado ou quando se aproxima um golpe de estado, se concretizando através da “invenção da realidade”, de “profecias que se auto realizam” e pela “produção de indignação moral”⁴⁸.

O efeito patológico da uniformização do discurso midiático do medo é a influência que desempenham nos julgamentos judiciais⁴⁹, sob o pretexto “hipócrita de moralizar a sociedade e manter em segurança os bons diante dos criminosos” (ROSA, 2015) e ao custo do sacrifício dos caros direitos fundamentais inscritos na constituição federal, sem oposição popular ampla. E a pergunta que se faz: se chega a inspirar o ato judicial, como a mídia atua na formação da opinião da testemunha? Não afastando o entendimento de que é um ser humano, e, portanto, suscetível às inflexões midiáticas, assim como o juiz, a testemunha é fortemente sugestível pela mídia⁵⁰.

Reitere-se, pois, que os meios de comunicação, na propagação do sentimento de insegurança que seria causado pelo traficante, acabam por viabilizar a implementação de

⁴⁷ Batista (in *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 2 abril 2015) apontou como recorrentes no discurso midiático a utilização das seguintes expressões “a impunidade aumenta o número de crimes”; “nas drogas é como uma escada, passa-se das mais leves para as mais pesadas”; “penas elevadas dissuadem”, desprovida de qualquer cunho empírico-científico, mas que não impedem as agências de selecionar pontualmente “especialistas” que possuam opiniões coincidentes daquelas afirmações, que Bourdieu os designou como fast-thinkers.

⁴⁸ Zaffaroni (1991) identificou a “invenção da realidade” como sendo a distorção pelo aumento do espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram, “profecias que se auto realizam” seria a instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, sendo a “produção de indignação moral” a instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros” etc.

⁴⁹ Bourdieu (1997) expôs o seguinte: “Tem-se a impressão de que a pressão dos jornalistas, exprimam eles suas visões ou seus valores próprios, ou pretendam, com toda a boa-fé, fazer-se os porta-vozes da ‘emoção popular’ ou da ‘opinião pública’, orienta por vezes muito fortemente o trabalho dos juízes. E alguns falaram de uma verdadeira transferência do poder de julgar”.

⁵⁰ Ávila (2013), em complemento ao que fora dito, lecionou que “outro fator que pode influenciar no testemunho é o tratamento dado ao fato pela mídia. As reiteradas violações ao princípio da presunção de inocência acabam por criar contornos preocupantes, especialmente quando o depoente do inquérito policial se torna testemunha no processo. A exposição do fato pela ‘mídia da lei e ordem’ imprime a memória, a marca com o senso comum de conteúdo punitivista. Em meio a esse processo, policiais e magistrados, de vigilantes, se convertem em vigiados por grupos voluntários dispostos a assinalar cada um de seus movimentos, a interpretar cada um de seus gestos, a publicar cada uma de suas palavras. Os testemunhos são farejados como a ‘lebre do cão’, e a mídia torna-se verdadeira agência do sistema penal”.

mecanismos autoritários, a partir de um aparente consenso coletivo na adoção de tais medidas para o enfrentamento do inimigo, mesmo sem qualquer prova empírica de que este seja realmente o maior adversário da sociedade⁵¹, certamente para retirar o foco dos problemas que realmente assolam o tecido social (GRECO, 2015)⁵².

Ajustado com a manipulação e massificação da informação, tem-se no imaginário coletivo como necessário o combate às drogas o excessivo vigor punitivo, movido pelo populismo penal praticado pelas agências de criminalização, na (vã) esperança de se debelar o mal produzido por aquela substância. A interiorização na (in)consciência popular desse conceito de inimigo, facilitada pelo papel decisivo exercido pela mídia, atua como combustível dos discursos punitivos da agenda política^{53,54}.

Gomes (2015) realçou que o quadro desenhado pela mídia, além de promover o populismo penal, autoriza a crença que qualquer pessoa está habilitada a emitir opiniões e propor soluções para a violência, com o desprezo da análise técnica dos juristas e professores, avultando a profunda antipatia que manifestação coletiva possui com relação às expressões “garantias fundamentais”, “direitos humanos”, “Estado democrático de direito”, “direito de defesa”, “direito ao silêncio” etc, consagrando a ideia de que o combate ao crime pode ocorrer sem tanta submissão à lei.

Essa efervescência pelo clamor de medidas altamente aflitivas torna fértil o populismo penal⁵⁵, entendido como o discurso ou o conjunto de providências que saciam o desejo de

⁵¹ Castro (2005) descreveu que “um informe preliminar de uma pesquisa de Maritza Montero para a Anistia Internacional sobre a imagem da tortura em Caracas demonstra que a maioria pensa que a tortura pode ser necessária”. E prossegue a doutrinadora que a “a campanha contra as drogas, segundo pesquisas que realizamos em 1984, permitiu aceitar uma Lei Antidrogas profundamente repressiva; chantagens do Poder Judiciário para que mantenha presos processados por delitos relativos às drogas, embora sem provas para tanto; para que se realize a militarização da fronteira e o império dos ‘rápidos no gatilho’”.

⁵² Nesse sentido, Gomes (2015) ilustrou que o pânico moral decorrente do medo como forma de gestão da crise social é, na verdade, um mecanismo que desvia a atenção das pessoas das reais causas dos problemas sociais para concentrá-la na pobreza.

⁵³ Jesus (2015) descreveu que “conforme apontado por David Garland (1990), a instrumentalização dessa insegurança vai justamente acabar servindo para fins políticos. Os discursos políticos atuais são carregados de temas relacionados ao controle do crime, que visam restringir direitos, endurecer as penas e aumentar o controle sob a sociedade. O cenário político torna-se permeado por um tipo de ‘populismo nas políticas Penais’, em que a voz dominante da política criminal provém do senso comum. A população, tomada pelo medo e insegurança, tolera o fato de pessoas serem detidas em locais inadequados e submetidas a tratamentos cruéis e degradantes, até porque quase nem são consideradas humanas.

⁵⁴ Pinto (2008) explanou o efeito indutor e justificador de políticas de controle social que o medo causa, repercutindo, inclusive, na tomada de decisões estratégicas nos campos econômico, político ou social, sem qualquer discussão sobre a idoneidade e a desnecessidade da resposta aflitiva ou de sua exacerbação, compreendendo a valorização simbólica do direito penal.

⁵⁵ Sobre o assunto, Cappi (2014) escreveu que os “estudiosos do ‘populismo penal’ (PRATT, 2007) já mostraram a que ponto os argumentos favoráveis ao castigo mobilizam um importante elemento emocional: a droga, o usuário, o traficante são apresentados como realidades malélicas, dotadas de forças assustadoras frente às quais só nos resta o desamparo ou o castigo. Assim, os discursos punitivos apostam, geralmente, no componente emocional do medo (BAUMAN, 2007) e do sentimento de insegurança, elementos favoráveis à leitura defensiva

castigo manifestado pela sociedade, com características que geralmente se aproximam do direito penal do autor, propiciando um estado polialesco, e que se distanciam do direito penal do fato, ocasionado o enrijecimento do sistema penal (tido como a solução exclusiva da problemática da violência), com o acentuado vilipêndio das garantias e direitos individuais e massiva aceitação popular, inclusive daqueles que são selecionados preferencialmente pelo sistema penal.

Na esteira, conduz-se ao entendimento segundo o qual o indivíduo se vê dependente da ação das agências encarregadas do controle penal (polícia, ministério público e poder judiciário), elevadas à figuras de grandes protetores da sociedade frente à “guerra contra o crime”, fazendo a confusão de que o poder judiciário, por essência, é órgão promovedor da segurança pública mediante o seu combate ao crime, e, por isso, legitima a sua atuação estatal em defesa da sociedade, mesmo que isso signifique a extrapolação dos limites legais (CASARA; MELCHIOR, 2013).

Recrudescem, a partir dessa concepção equivocada, os discursos ligados aos movimentos excessivamente repressivistas, apoiados na proteção da sociedade: ideologia *law and order*, *broken windows theory* – política de tolerância zero – etc.), que, no fundo e subjacentemente, traduzem a gestão penal da pobreza e à criminalização dos elementos disfuncionais. Essa moldura, como não poderia deixar de ser, embasa o discurso autoritário da política criminal de drogas, sempre enfatizando o caráter da eficiência da ação penal (CARVALHO, 2010). Ladeando os movimentos da direita punitiva, caminha a esquerda punitiva (KARAM, 1996), que potencializam o discurso repressor. Ambos convergem para a intensificação das funções simbólicas do direito penal, gestando o *populismo punitivo* como novo paradigma criminalizador (CARVALHO, 2010).

A política de tolerância zero, com origem em Nova York, sob a alegação de repressão do crime, se constituiu em um instrumento da gestão policial e judiciária da pobreza inoportuna, e que se globalizou em uma velocidade impressionante, juntamente com a retórica militar da guerra ao crime e de reconquista do espaço público (WACQUANT, 2011), sob a propaganda dos resultados exitosos na cidade estadunidense.

(CAPPI, 2011, 2013) – e redutora – do fenômeno, gerando a aceitação de respostas de cunho hostil e negativo entendidas como únicas formas de resposta possíveis. Assim, os discursos punitivos apostam, geralmente, no componente emocional do medo (BAUMAN, 2007) e do sentimento de insegurança, elementos favoráveis à leitura defensiva (CAPPI, 2011, 2013) – e redutora – do fenômeno, gerando a aceitação de respostas de cunho hostil e negativo entendidas como únicas formas de resposta possíveis” (in *A adolescência e o consumo de drogas: uma rede informal de saberes e práticas*. Tavares, Luiz Alberto; Montes, Jane Cresus (Coord.) - Salvador: EDUFBA: CETAD, 2014).

No Brasil, com a livre opção pelo modelo neoliberal e conservador de extrema direita e na trilha do direito penal simbólico⁵⁶, houve a edição de leis que representam o movimento da lei e ordem, a exemplo da lei dos crimes hediondos, solidificando a ideia de que a repressão estatal é o remédio para a criminalidade (LOPES JÚNIOR, 2015).

⁵⁶Wacquant (2011) noticiou que em janeiro de 1999, depois da visita de dois representantes da polícia de Nova York, o então governador de Brasília, Joaquim Roriz, anunciou a aplicação da “tolerância zero” mediante a contratação imediata de 800 policiais civis e militares suplementares, em resposta a uma onda de crimes, tendo o gestor afirmado naquela ocasião que para comportar os novos ingressos no sistema penal é suficiente a construção de novos presídios.

4 O PODER JUDICIÁRIO: QUESTÕES GERAIS E CONFIGURAÇÃO LOCAL

O poder judiciário exerce, por excelência, a atribuição de julgar os feitos judiciais, sendo composto por magistrados que realizam essa tarefa. Para a efetivação dos julgamentos, é imprescindível que sejam construídas fundamentações que, em tese, deveriam dar o embasamento necessário aos atos judiciais.

Não podemos esquecer que os juízes são seres humanos, possuem endereço, família e problemas, tendo um lugar de exceção na estrutura estatal (ROSA, 2015, p.143). Na dinâmica decisória, os juízes, mantendo contato com o caso que irão julgar, acabam antecipando mentalmente suas decisões para depois procurem a argumentação que melhor emprestará a roupagem de legalidade daquele primeiro juízo (PRADO, 2003, p.33).

Valois (2014) acredita que essa antecipação mental é inerente aos seres humanos, mas o juiz, na busca da decisão justa, deve ter a capacidade de se colocar na posição do *outro*, expressando sua decisão com uma argumentação racional. A discussão sobre a narrativa argumentativa judiciária impõe que façamos uma análise crítica do poder que detém o monopólio em matéria penal para a aplicação de medidas sancionatórias, repressivas e aflitivas. A perspectiva dessa pesquisa parte da observação de um integrante do próprio o poder judiciário. Não propriamente para expor eventuais acertos ou desacertos da instância judicial, mas para tentar demonstrar as argumentações contidas nos atos típicos desse poder e as implicações que delas advém.

Assim, os atos judiciais devem se conformar à moldura constitucional, afastando paixões, sentimentalismos e comoções, assegurando o contraditório e a ampla defesa, sem a utilização de expressões que se constituem o amplo universo do senso comum. Becker (1977, p.123) propõe que nos estudos sociológicos não interessa questionar-se se deve tomar partido ou não de determinada linha de pensamento, pois isso é inevitável, mas sim de que lado estamos. A pesquisa, levada a efeito por um magistrado, se encontra na trincheira da defesa de que o poder judiciário deve se alinhar às matizes constitucionais, diminuindo a opressão estatal que ele naturalmente exerce por meio de suas decisões.

Nesse sentido, na crença de que o poder judiciário pode (e deve) exercer democraticamente o que a constituição federal lhe incumbiu, valendo-me das palavras de Bueno de Carvalho (2002),

eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: acredito que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e não ódio (ou

‘amoródio’, como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função! (CARVALHO, 2002, p. 04).

4.1 A JURISDIÇÃO CRIMINAL E O CONTRAMAJORITARISMO

O poder judiciário no modelo brasileiro, especificamente a jurisdição criminal, se situa como instância formal de controle, vocacionada ao processamento e julgamento das ações penais a ele submetidas, sendo imperiosa a necessidade do processo penal como requisito de legitimação da pena. Não se desconhece, pois, a relação de complementariedade entre delito, pena e processo, exurgindo daí a relevância do poder judiciário porque é nele que se desenvolve o processo, elemento condicionador para a imposição da pena. Neste particular, Lopes Júnior (2015, p.62) é enfático: “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”, conclusão que está atrelada à máxima *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*.

Não é pretensão expor as origens históricas, filosóficas ou políticas desse poder e tampouco efetuar qualquer confrontação com os sistemas de justiça criminal de outros países ou mesmo analisar as hipóteses excepcionais de justiça negociada no âmbito penal. Contudo, como as decisões judiciais observadas foram edificadas nessa estrutura de poder é de bom alvitre tecer considerações sobre a jurisdição criminal e o papel do juiz criminal.

Criticamente, Duclerc (2011), afastando o senso comum teórico segundo o qual a jurisdição é um instrumento voltado para a promoção social nas sociedades ocidentais capitalistas, observa que a justiça penal se manifesta como elemento do processo de criminalização secundária, “que colabora para que o sistema penal selecione sempre os mais vulneráveis para atribuir-lhes o título de criminosos” questionando-a como “forma eficaz e democrática de solução de conflitos” (DUCLERC, 2011, p.229-230). Desta forma cabe reclamar que para a contenção da violência punitiva estatal, desejada pela cultura penalista do século XVIII, esta deva ser orientada pelos princípios garantistas, exigindo-se o fiel cumprimento do devido processo legal.

Sempre atento à observação crítica, deve-se investigar quais são as pessoas que compõem, predominantemente, o poder judiciário, anotando-se, de logo, que, em regra, o recrutamento ocorre por meio do concurso público. Em pesquisa doutoral que buscou compreender as relações entre direito e política, a partir do estudo da posição dos juristas no Estado e de suas lutas concretas pelo controle da administração do sistema de justiça, Almeida (2010, p.211) identificou que “os grupos profissionais de juristas são majoritariamente

brancos, originários de classes médias escolarizadas⁵⁷, com tendências à feminização, à juvenilização e ao recrutamento preponderante de agentes entre famílias sem inserção anterior no campo jurídico”, pontuando que “os grupos profissionais mais radicais na agenda de transformação da justiça [...] são visivelmente ausentes”.

Infere-se da pesquisa que ainda prevalece o conservadorismo ideológico na estrutura do sistema de justiça. Segundo Engelman (ENGELMAN, 2006 apud ALMEIDA, 2010, p.303), a acomodação dos juristas “críticos” se dá no espaço acadêmico contra hegemônico, havendo um deslocamento de suas posições e de seu potencial transformador das carreiras e instituições de justiça.

Por mais que se verifique esse quadro de conservadorismo, não se pode perder de vista a função contramajoritária que deve ter o poder judiciário⁵⁸ para tutelar os direitos fundamentais de segmentos da sociedade que não possuem qualquer representatividade na discussão política. Essa função contramajoritária não é apenas atributo do órgão de cúpula judiciário (STF), mas também da jurisdição criminal, que deve ter inspiração garantista, assegurando o respeito aos direitos fundamentais, para conter o elevado poder punitivo estatal, evitando a excessiva discricionariedade judicial, porventura baseada na opinião popular.

Objetivando um julgamento justo, Casara e Melchior (2013, p.108) sustentam que a “Agência Judicial atue em absoluto respeito aos princípios constitucionais, em especial o do

⁵⁷ Pesquisa recente feita a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros indicou que a renda dos pais de 46,2% dos magistrados seria a partir do valor equivalente onze salários mínimos. Se agregarmos a variável de quatro a dez salários mínimos, obteremos o percentual de 76,4% dos magistrados, sendo que 84,4% se declararam brancos (dados disponíveis em <http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2015/12/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site.pdf>. Acesso em 20 abr. 2016).

⁵⁸ É bem verdade que alguns ministros do Supremo Tribunal Federal relativizaram a sua função contramajoritária no julgamento da ADIN nº4.578 (que analisou a lei da “Ficha Limpa”), de onde se extraiu expressões como: “O Supremo Tribunal não é contramajoritário para ir contra a opinião da população, sobre o que ela entende a respeito da presunção de inocência ou sobre quem pode exercer um mandato político. Evidentemente ela não nos pauta, mas temos que ouvi-la porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” (Min. Luiz Fux); “Certamente, sendo esta Corte uma instituição contramajoritária, seus julgamentos não se vinculam às aspirações da maioria. Mas igualmente não deve ser o Supremo Tribunal Federal insensível a elas, já que, em uma democracia pluralista, todos compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, e diferentes pontos de vista devem ser levados em consideração para se alcançar a melhor interpretação possível do texto constitucional” (Min. Rosa Weber). Houve crítica de um ministro naquela oportunidade: “O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da ‘ficha-limpa’ tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão” (Min. Gilmar Mendes). O inatingível é saber qual o desejo da maioria do povo e, assim, com que base empírica os ministros afirmam que estão decidindo tomando-se em conta a opinião pública.

juiz natural e o da imparcialidade. Para tanto, o Poder Judiciário revela-se contramajoritário, uma vez que pode (e deve) julgar em sentido contrário ao interesse das maiorias de ocasião sempre que isso for necessário à concretização do projeto constitucional”.

Em outras palavras, o juiz criminal não poderá pautar a sua decisão judicial na opinião popular ou publicizada, estando sua atuação subordinada à lei e à constituição, não se portando como a voz do povo – até porque não é eleito, além de possuir hígidas garantias constitucionais – para atender o desejo da maioria, geralmente voraz pelo castigo, pela punição, pelo suplício, e, como visto anteriormente, contaminada pelo poder midiático.

Segundo Lopes Júnior (2016), “não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimação de seu poder decorre do vínculo estabelecido pelo caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional” (p. 61).

A função contramajoritária do poder judiciário é (deve ser) intangível, não havendo possibilidade de sua renúncia, sob pena de retornarmos à barbárie dos julgamentos exclusivamente populares⁵⁹, vulnerando as garantias fundamentais e, em última análise, a própria democracia. A decisão derivada desta função, obviamente, não é imune ao controle popular, que é propiciado pela publicidade e pela fundamentação dos atos judiciais, como dois dos diversos requisitos que integram a transparência judiciária, que serão os elementos que viabilizarão a discussão em sede recursal e mesmo o enfrentamento por outros meios (imprensa, produção científica etc.).

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior (2014) mencionou a exata medida do reflexo que a opinião pública deve ter em relação às decisões judiciais, ressaltando que a exigência se concentra, tão somente, na busca de

Uma resposta por meio de argumentos fundados na normatividade. Mas não mais que isso. Os juízes não são eleitos, e mesmo que o fossem, não podem criar ou revogar leis com base em argumentos outros que não a pertinência entre estas e o feixe de regras-princípios constitucionais. A pauta política deve ser feita no foro competente: o Parlamento (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 117).

Sob a perspectiva garantista, não se pode omitir que o processo penal é um instrumento de racionalização do poder penal produzido pelo aparato estatal, que detém o monopólio de infligir penas aos indivíduos, limitando-o. Entretanto, a sua espetacularização pelo próprio poder judiciário é um indicativo de que “a construção dialética da solução do caso penal a

⁵⁹ Roberto de Figueiredo Caldas, juiz presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito da realidade nacional, externou sua preocupação com o que denominou a substituição do julgamento do poder judiciário pelo julgamento popular, impetuosamente punitivista, o que representaria ofensa ao estado democrático (disponibilizado em <http://www.cartacapital.com.br/politica/2016/judiciario-esta-sendo-substituido-pela-opiniao-publica2016-alerta-presidente-da-cidh>. Acesso em 18 abr. 2016).

partir da atividade das partes” foi substituída pelo discurso judicial “construído para agradar às maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais” (CASARA, 2015, p.27), e “em detrimento dos fatos que podem ser reconstruídos através do processo”. Casara (2015, p.27) esclareceu que em se tratando de direitos indisponíveis, na salvaguarda desses, o poder judiciário deve julgar até mesmo contra a vontade do próprio titular do direito.

Tem-se, conseqüentemente, que arrear, desde logo, qualquer compreensão que aglutine a figura do juiz à polícia ou ao ministério público, modelo que aparentemente deseja a sociedade, como se fosse órfã e, portanto, carente de uma maior intervenção estatal na dinâmica social. Nesse sentido, Casara e Melchior (2013) doutrinam que a “veneração social do papel do Judiciário é preocupante não apenas porque turva os limites de atuação desse poder, como também porque fortalece uma espécie de servidão coletiva a uma Instituição, isso em detrimento de outros modelos de resolução de inconvenientes produzidos pela interação humana” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p.184-185), revelando uma “condição psicológica apta à legitimação de um judicialismo hiperbólico”(CASARA; MELCHIOR, 2013, p.184-185).

Vale dizer que esse sentimento de orfandade social muitas vezes, infelizmente, é utilizado pelos julgadores para se apropriarem de uma atribuição que constitucionalmente não é sua: gestor da segurança pública e ente vocacionado ao combate à criminalidade. Ao trazer para si as vestes do sujeito que guerreia a criminalidade⁶⁰, assume a sua veia autoritária que traz a mais danosa consequência ao sistema de justiça criminal: a relativização e fragilização das garantias fundamentais.

Cruz (2015) leciona que “a concepção ‘juiz-investigador’ acarreta grande risco de cegueira judicial. O magistrado pode se imaginar como uma espécie de guerreiro contra o mal; pode conceber o acusado como uma espécie de objeto (réus), deixando de respeitá-lo como pessoa. Há elevado risco de que o juiz se perca nas suas primeiras impressões e nas suas primeiras suspeitas”.

Em complemento, Casara e Melchior (2013, p.185) asseveram que, nessas condições, ocorre “verdadeira usurpação de função, com o Poder Judiciário atuando de forma parcial, no exercício de função tipicamente administrativa”, descortinando “la negación del juez como

⁶⁰Juiz garantidor dos direitos humanos ou juiz perseguidor de criminosos? Disponibilizado em <http://emporiiodireito.com.br/juiz-garantidor-dos-direitos-humanos-ou-juiz-perseguidor-de-criminosos-por-flavio-antonio-da-cruz/>. Acesso em 2 mar 2016.

terceiro” (AROCA, 2011 apud CASARA; MELCHIOR, 2013, p.185) “imparcial e subordinado apenas à normatividade constitucional”.

O sistema acusatório, adotado constitucionalmente e que traduziu inegável conquista civilizatória, estabeleceu marcos claros no tocante à divisão de funções das agências do sistema de justiça criminal (investigar, acusar e julgar), retirando a gestão probatória do órgão julgador. Lopes Júnior é veemente: “a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal” (2016, p.62).

A assunção da função de órgão de combate ao crime desvela uma tendência à administrativização do juízo criminal⁶¹, que lhe retira a imparcialidade e, sobretudo, afasta limites ao poder punitivo, “com o aumento do arbítrio e dos decisionismos dos atores jurídicos”. Admitir tal proceder, abandonando os valores constitucionais, é visão utilitarista que entende o processo penal como mero instrumento de repressão e controle social (CASARA E MELCHIOR, 2013, p. 583).

Khaled Júnior (2013, p.496), atribuindo a importância do juiz no processo penal, pois a ele cabe obsequiar o devido processo penal, indica os obstáculos que devem ser superados para o alcance de sua função constitucional: a) sensibilidade inquisitória, b) a ideia de jurisdição como poder incontestável, c) a concepção positivista de mera “boca da lei”, e a d) ideia de que o sujeito do conhecimento dispõe de capacidade para atingir a verdade correspondente, ainda que na versão aproximativa ou relativa, vez que assumindo essa premissa leva à continuidade de atribuição ao juiz do protagonismo da busca dessa tão sonhada verdade.

Bem por isso, a atuação do juiz criminal deve ser serena e equilibrada e condicionada estritamente aos ditames constitucionais e legais, para evitar as injunções providas da opinião popular, massificadas pela mídia (que, na verdade, é quem tempera e estimula a histeria coletiva), com vistas a impedir julgamentos parciais, onde o investigado ou o acusado, alçado à condição de inimigo, passe por um processo meramente formal, onde de fato já

⁶¹ O Supremo Tribunal Federal, pelo menos em termos retóricos, secundou essa visão ao decidir o HC nº 95.009/SP: “a independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo do crime, na teoria e na prática. O resultado dessa perversa vinculação não tarda a mostrar-se, a partir dela, a pretexto de implantar-se a ordem, instalando-se pura anarquia. Dada a suposta violação da lei, nenhuma outra lei poderia ser invocada para regrad o comportamento do Estado na repressão dessa violação. Contra ‘bandidos’ o Estado e seus agentes atuam como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo mossa da Constituição. E tudo com a participação do juiz, ante a crença generalizada de que qualquer violência é legítima se praticada em decorrência de uma ordem judicial. Juízes que se pretendem versados na teoria e na prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a Constituição em um punhado de palavras bonitas rabiscadas em um pedaço de papel sem utilidade prática, como diz Ferrajoli. Ou em papel pintado com tinta; uma coisa que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma, qual nos versos de Fernando Pessoa” (Min. Eros Grau).

ingressou condenado. Disso decorre que o juiz não deve agir com o propósito de satisfazer a opinião pública, exigindo-se o respeito a uma série de premissas democráticas que tornam legítimo o exercício do poder punitivo (CASARA; MELCHIOR, p.190).

4.2 A VARA ESPECIALIZADA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS E ACIDENTES DE VEÍCULOS DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA

O Município de Feira de Santana está situado em uma microrregião estadual que possui o mesmo nome do município, pertencente à mesorregião Centro-Norte Baiano. Sua população estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2015 é de 617 528 habitantes⁶², sendo o segundo maior município do Estado da Bahia em termos populacionais, além de fazer parte do maior entroncamento rodoviário das Regiões Norte e Nordeste (FREITAS, 2009).

Cruzam o Município as rodovias federais BR-116 e BR-324, estando próximo da BR-242, que possuem destacada importância nas rotas terrestres que ligam o Nordeste às demais regiões do Brasil, além das rodovias estaduais BA 502 e BA 503, relevantes para a dinâmica da microrregião. Na figura abaixo é possível visualizar a localização geográfica do Município, sobressaindo-se o entroncamento rodoviário:

⁶² Informação disponibilizada em <http://ibge.gov.br/cidadesat/xtras/perfil.php?lang=&codmun=291080>. Acesso em 21 abril 2016.

FIGURA 1



FONTE: <http://www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=1494292>

O posicionamento geográfico do Município, com a expressiva utilização do entroncamento rodoviário, tanto pelos residentes como por pessoas em trânsito, funciona como uma espécie de elemento autorizador para que a imprensa e órgãos oficiais aduzam que Feira de Santana se constitui em uma das rotas do transporte de substâncias consideradas ilícitas pela legislação⁶³.

Com a edição da lei estadual nº10.845, de 2007, que cuidou da organização judiciária do Estado da Bahia, houve a previsão de vara especializada nos feitos relativos à tóxicos, com competência cumulativa para processar e julgar os delitos de imprensa e os crimes envolvendo acidentes de veículos.

A nosso ver, sem dúvida a previsão de vara especializada para os crimes previstos na lei nº11.343/2006 integra a estratégia estatal da guerra às drogas, tendo em vista que essa atenção não foi devotada aos crimes patrimoniais que frequentemente são alcançados pelas instâncias policiais, sem ignorar que determinadas competências especiais destinadas à 1ª (crimes contra a criança e o adolescente), 2ª (crimes contra a administração pública) e 3ª (crimes contra idosos) varas criminais concorrem com a grande criminalidade (roubo, furto, porte ilegal de arma de fogo, condução de automóvel sob o efeito de álcool), excetuado o tráfico de entorpecentes.

⁶³ Estudos acadêmicos fazem referência que as rodovias que cortam o Município são utilizadas para o tráfico de animais silvestres sem aludirem ao tráfico de drogas. Por exemplo, temos o trabalho apresentado por Ana Lígia da Silva Insauralde no XVI Encontro Nacional dos Geógrafos, realizado em Porto Alegre/RS, em 2010, intitulado “O tráfico de animais e suas consequências”.

Esse entendimento é partilhado por Valois (2015), para quem a criação de varas especializadas em crime de uso e tráfico de entorpecentes, que mais parecem varas de combate ao delito, dão ao magistrado o simbolismo, a função de combatente, formando a postura do ser humano juiz. O mesmo doutrinador noticiou que nos EUA as *drug courts* são destinadas ao oferecimento de tratamentos alternativos à prisão aos autores de crimes sem violência, cabendo às varas comuns estaduais e federais a aplicação das penas mais rigorosas.

Vale dizer que Vara de Tóxicos, a par da dicção legal, praticamente não processa delitos de natureza diversa, nada obstante ostente um expressivo número de feitos em processamento. Isso porque os crimes de imprensa hoje são delitos comuns diante do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da não recepção da parte de conteúdo penal da lei n°5.250/1967, e se submetem às unidades judiciárias do sistema dos juizados especiais e porque o crime previsto no art.306 da lei n°9.503/1997, quando não resultar em acidente automotor, é processado e julgado por uma das três varas acima citadas, a depender da distribuição por sorteio, com a exclusão da Vara de Tóxicos, consoante entendimento uniformizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em diversos julgados.

Embora a lei estadual de organização judiciária tenha entrado em vigor no ano de 2007, o Tribunal de Justiça autorizou a instalação da unidade especializada somente em 8 de maio de 2009 por meio da Resolução n°12/2009, publicada em 14 de maio de 2009. Seguindo a burocracia atinente ao funcionamento dos aparelhos estatais, ainda assim foi necessário outro ato administrativo, editado praticamente um mês e meio depois do primeiro ato, consubstanciado no decreto judiciário n° 530/2010, de 28 de outubro de 2010, publicado em 3 de novembro de 2010, designando o dia 5 de novembro daquele ano para a instalação da Vara dos feitos relativos a Tóxicos.

Desde então, desconsiderando os magistrados plantonistas, segundo informações do Tribunal de Justiça, pelo menos quatorze juízes já atuaram na Vara de Tóxicos, sendo que destes, apenas dois foram juízes titulares. Na presente data a unidade judiciária está sendo dirigida pelo magistrado Marco Aurélio Bastos de Macedo, que é juiz titular da vara criminal de Irará, distante aproximadamente quarenta quilômetros de Feira de Santana.

5 ANÁLISE DAS DECISÕES PARADIGMAS PROLATADAS PELA VARA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA

A pesquisa se propôs a identificar os argumentos utilizados pelos magistrados que exerceram a judicatura na unidade judiciária de competência especializada em Feira de Santana e que serviram para agravar ou beneficiar a situação do agente investigado ou denunciado pelo crime de tráfico de drogas, descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Buscou-se verificar, também, a existência do *second code*, compreendido como motivações que não aparecem expressamente nas decisões, mas que influenciam o ato de julgamento (SILVA, 2013).

Para os fins desse trabalho, devem ser entendidos como argumentos que agravam a situação do agente aqueles que embasaram a decretação/conversão da prisão em preventiva, negaram a revogação da prisão ou a liberdade provisória, constituíram fundamento para a condenação. Considerou-se, ainda, as situações em que houve o indeferimento, durante a aplicação da pena, da causa de diminuição prevista no art.33, §4º, da Lei de Drogas, que importaria em substancial redução do *quantum* da pena.

Por outro lado, deve-se entender como argumentação que beneficiou a situação do agente aquela que baseou a desclassificação do delito – com a afirmação de que o comportamento adotado por ele se amolda à hipótese legal do art.28 da Lei nº 11.343/2006, caracterizando o porte para consumo pessoal, que, em última análise, se constitui em conduta própria do usuário - ou que implicaram na redução da pena (art.33, §4º, Lei nº 11.343/2006), ou, ainda na aplicação da pena, de outra causa que justificou a fixação da reprimenda com vetor direcionado ao seu grau mínimo.

Foram catalogadas, aleatoriamente, quarenta e cinco decisões, de diversas naturezas (absolutórias, condenatória, prisões preventivas), prolatadas por onze juízes de direito, sejam titulares, designados ou substitutos, sejam plantonistas, como forma de ampliar o leque argumentativo que será analisado na pesquisa, e que dão fundamento às posturas decisórias adotadas pela agência judicial em tema de *tóxicos*.

Os resultados da pesquisa foram alcançados a partir de metodologia que será exposta a seguir.

5.1 METODOLOGIA

Cuidando-se de uma análise que parte da observação empírica, explorando-se as decisões judiciais, a pesquisa centrou-se na análise de excertos argumentativos que dão base à conclusão dos magistrados que atuaram na Vara dos Feitos Relativos a Tóxicos na Comarca de Feira de Santana.

Após o acesso ao arquivo judicial, mais especificamente as pastas de decisões e sentenças (física e virtual), foram selecionados os atos elaborados pelos juízes, na busca da quantidade de argumentos, identificando-se quarenta e cinco atos judiciais que pudessem representar a inclinação dogmática de 11 (onze) magistrados⁶⁴, que desempenharam a função judicante naquela unidade judicial. Assim, como as decisões não traduzem quantitativamente o universo dos feitos em trâmite na Vara de Tóxicos, ao menos indicam, por saturação⁶⁵, os argumentos perfilhados pelos juízes, e que constam expressamente nas sentenças. Glaser e Strauss (1967, apud FONTANELLA; RICAS; TURATO, 2008) conceituaram saturação teórica como sendo a constatação do momento de interromper a captação de informações (obtidas junto a uma pessoa ou grupo) pertinentes à discussão de uma determinada categoria dentro de uma investigação qualitativa sociológica. Na expressão dos autores, tratar-se-ia de uma confiança empírica de que a categoria está saturada, levando-se em consideração uma combinação dos seguintes critérios: os limites empíricos dos dados, a integração de tais dados com a teoria (que, por sua vez, tem uma determinada densidade) e a sensibilidade teórica de quem analisa os dados. Assim, foram separados os atos judiciais que possuíam um maior corpo argumentativo, para posterior análise.

Para se alcançar um resultado confiável no tocante à análise da argumentação contida nos atos judiciais, favoráveis ou não à situação do agente, utilizou-se a metodologia da “teoria fundamentada nos dados” (*grounded theory*), proposta por Glaser e Straus (1967). Cappi (2011) asseverou que a “possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, isto é, emergindo da observação”. A adoção da teoria fundamentada em dado reside nesta particularidade, de permitir uma construção de uma formulação teórica enraizada em dados empíricos, essencialmente qualitativos.

⁶⁴ Explicita-se que não, necessariamente, os magistrados compartilharão a mesma linha de pensamento: uns podem tender a adotar linhas argumentativas baseadas na constituição e na legislação, enquanto outros, argumentos fundados em aspectos extralegais.

⁶⁵ Foram lidas diversas decisões dos juízes que compuseram a análise, em variados sentidos, e que constavam no arquivo das decisões/sentenças da vara de tóxicos, com um recorte temporal no intervalo dos anos 2010 a 2015. Em determinado momento, observou-se a ocorrência da saturação.

Os dados (argumentos) foram destacados e inseridos em uma tabela, e conectados com os juízes que os utilizaram. Feito isso, tentou-se condensar os argumentos, de modo que se tentasse visualizar os juízes que possuíam um perfil argumentativo semelhante. Na sequência, buscou-se apontar os *argumentos-tipo*, utilizados pelos magistrados para diferenciar o usuário do traficante e para dar um tratamento mais severo a este.

Considerou-se que o juiz, ao decretar a prisão preventiva do investigado ou do réu, em um momento incipiente, ocorrido geralmente em data próxima do fato que lhe é imputado, afirmou a condição de traficante daquele, porquanto ao usuário que porta droga para consumo pessoal inexistia possibilidade legal de imposição de medida segregatória prisional.

Na tabela, os juízes foram identificados numericamente, não sendo o propósito deste trabalho qualificá-los. Interessa-nos os argumentos utilizados que viabilizarão a análise prevista na pesquisa.

Na edificação da aludida tabela, almejou-se alinhar-se os magistrados que utilizaram argumentos puramente legais, argumentos legais, utilizando-se justificativas alcançadas pela doutrina e pela jurisprudência, e motivações extralegis, todas para a consideração explícita da figura do traficante e do usuário. A tabela, ainda sem preenchimento, foi desenhada da seguinte forma, com a ressalva de que foram confeccionadas onze colunas correspondentes a onze juízes:

Julgador	Juiz X	Decretou/ Converteu em PP/Indeferiu a liberdade provisória	Absolveu/ Desclassificou/ Reduziu a pena	Condenou/elevou a pena
Argumentação				
Argumentos legalistas				
Argumentos jurisprudenciais e doutrinários				
Argumentos extralegais				

As três últimas colunas são importantes para que encontremos o resultado da argumentação utilizada, e, ao final, saibamos se os argumentos legais, legais moderados (jurisprudenciais e doutrinários) e extralegais foram usados para aumentar ou não a censurabilidade da resposta penal⁶⁶.

Vale dizer que, escolhidas as decisões judiciais, alguns elementos (quantidade, variedade e qualidade das drogas, local da prisão, validade das provas testemunhais produzidas com os agentes) foram sublinhados, porque poderiam demonstrar como se desenvolve a seletividade da justiça criminal de Feira de Santana no crime de tráfico, auxiliando na produção da pesquisa.

Consigne-se que as decisões estão inseridas no lapso temporal compreendido entre a instalação da vara especializada, em 5 de novembro de 2010, até o ano passado. A grande quantidade de ações penais em trâmite na unidade, fator que seria um obstáculo à pesquisa frente às decisões selecionadas, não causaram prejuízo ao resultado⁶⁷.

⁶⁶ Em alguns momentos, o mesmo argumento pode ser utilizado tanto para agravar como piorar a situação do agente. Podemos exemplificar a quantidade de substância apreendida: por vezes, poderá formar a convicção do julgador para considerar como uso, em outras será agregado ao ato decisório para a identificação do traficante, inclusive com demasiada elevação da pena.

⁶⁷ O emprego metodológico do critério da saturação foi explicado anteriormente. Pode-se admitir como uma das causas da repetição argumentativa a exigência de um regime onde se prestigia a produção em detrimento da análise individualizada, facilitada pelos avanços tecnológicos propiciados pela informática.

Portanto, tendo como base de dados as decisões extraídas das ações penais, permitiu-se perceber as respostas às condutas criminalizadas nos artigos 28 e 33 da Lei nº11.343/2006, inclusive o grau de severidade com que são tratadas pelos juízes, por intermédio de um quadro qualitativo⁶⁸, composto por quarenta e cinco decisões judiciais.

Estabelecidos os argumentos, viabilizou-se a sua confrontação com a Constituição Federal, com a Lei nº11.343/2006, sempre se levando em consideração a doutrina criminológica crítica, sobre a temática das drogas, na tarefa de identificar o traficante e o usuário, constatando (ou não) a sua solidez.

5.2 DECISÕES, ARGUMENTOS JUDICIAIS E CRÍTICAS

Inicialmente, separadas as decisões por juiz, foram analisados os argumentos contidos em cada ato judicial, que possibilitaram a formulação de críticas. Dito de outra forma: nesse primeiro momento serão demonstrados os argumentos e as motivações peculiares de cada julgador, obedecida a ordem de classificação do juiz, para se compreender a fluidez, a repetição e a (in)consistência da produção decisória. Isto permitiu elaborar a seguinte tabela de síntese, que será posteriormente comentada.

⁶⁸ Segundo Neves (1996), “os métodos qualitativos se assemelham a procedimentos de interpretação dos fenômenos que empregamos no nosso dia-a-dia, que têm a mesma natureza dos dados que o pesquisador qualitativo emprega em sua pesquisa. Tanto em um como em outro caso, trata-se de dados simbólicos, situados em determinado contexto; revelam parte da realidade ao mesmo tempo em que escondem outra parte”.

Argumentação	Julgador											DECISÃO		
	4	11	3	10	1	9	2	7	6	8	5	C	A	P
A qualidade da droga justifica a prisão preventiva/configura o tráfico (intenção de mercancia)	X	X		X		X	X	X				X		X
Relevância da quantidade da droga apreendida para a caracterização do tráfico	X		X	X	X	X	X	X	X			X	X	X
A quantidade de drogas deve ser levada em consideração, porém conjugando com as demais circunstâncias do art.28, §2º, da Lei nº 11.343/2006					X								X	
Agente apontado como um traficante conhecido, sendo investigado por fatos anteriores relacionados ao tráfico (vida pregressa)		X				X	X	X				X		X
A variedade das drogas justifica a prisão preventiva/configura o tráfico		X					X	X				X		
A presunção da inocência impõe a ônus da prova acusatória ao MP/in dubio pro reo	X				X								X	
O tráfico é configurado com a prática de um dos verbos do art.33 da Lei nº 11.343/2006			X											X
Validade dos depoimentos policiais para a caracterização do tráfico	X					X	X	X	X					X
Modus operandi indicativo de periculosidade					X		X					X		
Necessidade da prisão preventiva para evitar a reiteração delitiva			X		X		X					X		
Necessidade da prisão preventiva para resguardar a tranquilidade psicológica das testemunhas que serão ouvidas no decorrer da investigação (conveniência da instrução criminal)		X					X					X		
Não se pode esperar que o traficante seja flagrado no ato da venda para que configure o crime de tráfico									X					X
Crime doloso apenado com reclusão					X					X		X		
O tráfico causa lesão irreparável ou de difícil reparação à saúde pública							X	X	X	X		X		X
Necessidade da prisão preventiva para a cautela da sociedade							X	X	X		X	X		
Ausência de prova da finalidade de comércio da droga apreendida			X		X		X			X	X		X	
Necessidade da prisão preventiva para a garantia do prestígio e segurança da atividade jurisdicional							X	X			X	X		
Necessidade da prisão preventiva diante da repercussão e do clamor público							X	X			X	X		
O tráfico praticado pelo réu causa repulsa e indignação no meio social								X			X	X		
Para dificultar a caracterização do tráfico, os agentes portam pequenas quantidades				X		X				X		X		X
A gravidade/hediondez do delito autoriza a decretação da prisão/afasta a possibilidade de aplicar medida cautelar diversa da prisão/autoriza a elevação da pena		X		X			X	X	X			X		
Não existe fundamento legal para afastar as provas produzidas durante o inquérito policial								X	X					
Afastou/Aplicou a causa de diminuição da pena (33, §4º) porque o réu responde (não responde) a outros processos de natureza semelhante						X		X	X				X	X
Irrelevância da quantidade da droga apreendida para a caracterização do tráfico										X		X		
A partir do tráfico eclodem outros crimes										X		X		
O traficante objetiva o lucro fácil								X		X		X		X
Imposição do regime fechado porque o condenado integra organização criminosa									X					X
Censurabilidade da conduta como autorização da prisão preventiva					X							X		
A apreensão de munições como crime correlacionado ao tráfico, corrobora a condição de traficante do agente						X								X

TABELA 01

- Argumentos legalistas
- Argumentos jurisprudenciais e doutrinários
- Argumentos extralegais

- C= Decretou/Converteu em PP/Indeferiu a liberdade provisória
- A= Absolveu/Desclassificou/Reduziu a pena
- P= Condenou/elevou a pena

Como resultado da análise dos argumentos lançados nas decisões judiciais selecionadas efetuou-se a construção de uma tabela, para alcançar algum perfil que diferenciase os magistrados (ou grupo de magistrados), providência que também se constituiu como objetivo da pesquisa. Os argumentos destacados foram usados para vários fins: distinguir o usuário do traficante, impor prisão preventiva ou negar a liberdade (e, nessa hipótese, vislumbrou-se que o juiz, pelo menos inicialmente, conformou o comportamento descrito no elemento informativo ou na denúncia ao tipo penal do art.33), ou, por fim, indeferir benefícios que poderiam suavizar a repressão estatal ao considerado traficante.

Na montagem da tabela, procurou-se a identificação de argumentos-tipo, de acordo com a compreensão da pesquisa. Nesse sentido, houve a seguinte classificação: argumentos puramente legais, legais moderados (jurisprudenciais e doutrinários) e extralegais.

Os argumentos puramente legais são aqueles expressos na legislação pertinente, sem qualquer consideração mais profunda da doutrina e da jurisprudência. Já os argumentos legais moderados, embora extraídos da norma legislativa, são moldados com interferências conclusivas tanto da doutrina como da jurisprudência. Nestes haveria uma interpretação pelo julgador que possibilitaria a visualização de hipóteses não mencionadas de forma direta pela legislação. Os argumentos extralegais constituem a manifestação judiciária absolutamente desprovida dos limites legais, não encontrando apoio em qualquer fonte doutrinária de inspiração processual-constitucional ou mesmo na jurisprudência atual dos tribunais superiores.

A última representação, vale dizer, foi imaginada a partir do que vem se denominando como decisionismo, que, conforme Prado (2014, p.11), se conceitua pela possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir, configurando excessiva discricionariedade interpretativa. Anote-se que não foi uma preocupação premente da pesquisa conectar os argumentos puramente legais ou extralegais como garantistas, podendo se aproximar ou não deste modelo de acordo fundamentação nelas inseridas.

Feitos os cruzamentos, aproximação de linhas e colunas, pôde-se verificar quais julgadores na Vara de Tóxicos que em suas decisões aplicam os argumentos acima classificados, encaixando-se, de forma predominante, no respectivo perfil argumentativo. A pesquisa preocupou-se com as consequências desse processo decisório, especialmente, se daquele comportamento judicial sobreveio decisões arbitrárias/autoritárias, que implicariam em resultados altamente seletivos.

Partindo para a leitura da tabela, inicialmente, verificou-se que os juízes relacionados na pesquisa não mobilizaram exclusivamente argumentos legais ou legais moderados. De outra

banda, tiveram dois magistrados que usaram unicamente argumentos classificados como extralegais.

Os juízes 3, 4 e 11 desenvolveram argumentação predominantemente legalista, sem destoar na quantidade: se para dar maior severidade à resposta estatal à conduta criminalizada ou não. Dito de outra forma, os juízes que descreveram argumentos legalistas tanto os utilizaram para fundamentar condenações, como desclassificações, e, também, decretar prisões preventivas.

Excluindo a base argumentativa atinente qualidade da droga à vida pregressa do acusado, usadas pelo juízes 4 (apenas o tipo de droga) e 11 tanto para decretar a prisão preventiva como para condenar o agente, e que se apresentam como elementos que revelam preconceito seletivo e que agridem o princípio da secularização (no tocante ao segundo argumento), sacramentando o direito penal do autor/inimigo e não do fato, mas que está prevista no art.28, §2º (natureza da substância apreendida e circunstâncias pessoais), todos os outros demonstram adesão ao garantismo penal.

Como corolário, esses magistrados se unem a um primeiro grupo de juízes que os distinguem dos demais, pois que se limitam na produção decisória, majoritariamente, à dicção legal, preservando, regra geral, os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Os juízes 1, 2, 7 e 9 recorreram a argumentos que transitam nas três classes (puramente legal, legais moderados e extralegais), sendo que o juiz 2, na elaboração da tabela, foi inserido de forma a dividir os demais juízes, porque empregou basicamente todos os argumentos legais e legais moderados. Ressalte-se que esta categoria se valeu de argumentos garantistas e outros extremamente positivistas, permanecendo na porção intermediária das colunas da tabela, não se podendo vislumbrar a essência da linha de pensamento que aderem.

O juiz 10 incorporou em suas decisões tanto argumentos puramente legais, como extralegais, inclusive com posicionamento contraditório relativamente à quantidade de drogas. O magistrado buscou fundamentar decisões levando em consideração a quantidade de substância apreendida, mas afirmou peremptoriamente que o porte de pequenas porções do material ilícito atualmente é uma estratégia desempenhada pelo agente para dificultar a caracterização do tráfico, acrescentando que a hediondez do crime é um critério que justifica a prisão. Este juízo, dada a intensidade de extralegalidade (se é que esta pode ser mensurada), vez que em absolutamente nenhum diploma legal está prevista tal disposição, faz com que ele se aproxime bem mais da categoria dos extralegais do que dos puramente legais.

Nas colunas mais à esquerda tabela, localizaram-se os juízes 8 e 5, que podem ser classificados como desprendidos do modelo constitucional e legal vigente. Trouxeram em

suas decisões, na totalidade, argumentos que não encontram base no empirismo e nem na doutrina garantista. O detalhe que avultou da análise argumentativa: todos os extralegais pioraram substancialmente a situação do investigado/réu, inexistindo qualquer argumento dessa espécie que tenha sido utilizado em benefício do investigado ou do acusado.

Eles foram formados a partir de preconceitos e pré-compreensões, que indicam clichês e senso comum, e, embora manifestamente ligados à defesa da sociedade na perspectiva da guerra às drogas, não encontram qualquer suporte na Constituição, convenções e tratados internacionais ou em normas infra legais, traduzindo, na verdade, ofensa direta a esta base normativa.

Depreende-se que toda a linha decisória argumentativa com jaez mais aflitivo ao agente possui uma ligação estreita com a sua consideração pelos julgadores como inimigo da sociedade, e, portanto, com matriz na Defesa Social, merece ser punido independentemente de sólida fundamentação jurídica, utilizando-se razões legais ou extralegais.

Vejam os a seguir, de forma mais detalhada, aspectos importantes das decisões de cada juiz.

Alusivamente ao juiz 1, foram analisadas quinze decisões, com resultados diversos (desclassificatória, conversão em prisão preventiva e sentença absolutória). Dentre os argumentos que serviram para ser decretada a prisão preventiva (*rectius*, convertida) de certo autuado em flagrante, destacaram-se a periculosidade *adjacente*, e o fato de possuir o crime de tráfico natureza dolosa, apenado com reclusão, mesmo tendo o julgador admitido a prisão preventiva como medida extrema.

O julgador decretou a prisão preventiva de uma pessoa autuada em flagrante, sob a fundamentação de “a segregação é indispensável para garantir a ordem pública, esta entendida como a periculosidade adjacente demonstrada pelo representado através de seu *modus operandi*”.

Entendendo que os elementos informativos dão conta que o comportamento do investigado se amolda a do traficante, o julgador entendeu que a sua periculosidade seria adjacente. Segundo o *Dicionário Houaiss*⁶⁹, adjacente seria “ficar ao lado”, “contíguo”. Ou seja, teríamos nos casos de crime de tráfico de entorpecentes uma periculosidade presumida, vizinha, ínsita ao delito, o que, em tese, autorizaria a prisão preventiva em todas as hipóteses envolvendo o crime em apreço.

⁶⁹ HOUAISS, Antônio. Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 9.

Todas as decisões decretando a prisão preventiva proferidas pelo juiz afirmaram que “em tese, trata-se de prática de crime doloso punido com reclusão (tráfico de drogas) cuja existência é indicada pelos testemunhos até aqui colhidos”. Há evidente equívoco na menção à punibilidade ao crime com pena reclusiva quando se decretou a prisão preventiva em período que vai do ano de 2013 até 2015. Desde o ano 2011, com a última reforma do código de processo penal, alterou-se a redação do art.313, I, não havendo mais referência legal a essa espécie de pena como requisito para a prisão preventiva.

Para absolver ou desclassificar a conduta, o mesmo julgador orientou-se pelo princípio constitucional da presunção de inocência, vez que caberia ao Ministério Público provar a culpabilidade do acusado. O argumento foi arquitetado dessa forma:

Como sabido, vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito que, dentre inúmeras garantias, consagra como direito fundamental o princípio da presunção de não culpa, insculpido no inciso LVII, do artigo 5º da vigente Constituição Federal. Assim, com base nas informações colhidas, conclui-se que não restou suficientemente comprovada a traficância e, como o ônus da prova cabe a quem alega, incumbe ao Ministério Público demonstrar suficientemente a culpa do réu para que este seja condenado, não bastando apenas indícios, isolados, como ocorre no caso em apreço⁷⁰.

Houve desclassificação em outro caso, em que apesar da expressiva quantidade apreendida, não houve prova de que a droga seria do agente, que estaria no local apenas para consumir drogas. A decisão foi desenvolvida nesses termos:

Destarte, ainda que tenha sido expressiva a quantidade droga apreendida, os elementos produzidos durante a instrução demonstram que o acusado não era proprietário da droga e estava no local apenas para consumo, de modo que não existe lastro probatório suficiente para caracterizar a conduta típica prevista no Art.33 da lei antidrogas⁷¹.

Neste caso, ainda que a priori a referência à expressiva quantidade impressione, foram apreendidos somente 53,09 gramas de cocaína.

Para esse julgador, a quantidade da droga apreendida representaria um elemento essencial para a configuração do crime de tráfico ou da desclassificação para o crime de porte para consumo pessoal. Percebeu-se decisões desclassificadoras/absolutórias nos fatos em que a quantidade das drogas se situavam no intervalo entre 7,16 e 85 gramas de droga apreendida. Contudo, tiveram decisões em que houve conversão em prisão preventiva de investigados portando aproximadamente 50 gramas, denotando-se que se respaldou em outros elementos de prova para aferir aquela condição (traficante). Renovando os argumentos citados, o magistrado afirmou que, nesse caso, “a segregação é indispensável para garantir a ordem

⁷⁰ Material coletado pelo autor.

⁷¹ Material coletado pelo autor.

pública, diante da reiteração delitiva [...], fato que demonstra que não pode permanecer em liberdade, sob pena de voltar a delinquir”⁷².

Em relação ao juiz 2, foram coletadas sete decisões, envolvendo sentenças condenatórias, prisões preventivas e desclassificatórias. De tais decisões, destaca-se que o magistrado decretou prisões preventivas com fundamento na repercussão e no clamor público, como garantia do prestígio e segurança da atividade jurisdicional, requisitos que não mais se compadecem com o sistema constitucional vigente⁷³. Como argumento de autoridade, o juiz decretou a prisão preventiva endossando a doutrina que afirma

que a conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, isoladamente, não basta para a decretação da custódia, mas a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do prestígio e segurança da atividade jurisdicional⁷⁴.

Ainda atuando como autêntico órgão de segurança pública, asseverou a necessidade da prisão para coibir ou mitigar o “*rosário de abusos cometidos contra a sociedade*”⁷⁵, sendo mais um exemplo de fundamentação inidônea, fugindo da cautelaridade que se exige nessas medidas. O “*rosário de abusos*” mencionado pelo julgador está calcado no fato de que o autuado responde a outra ação penal por tráfico de drogas.

Na mesma linha de agente responsável pela segurança pública, constou na decisão:

a sua custódia torna-se necessária para a garantia da ordem pública, sendo o único meio viável para refrear a ação delituosa, além de romper o ciclo de dependência gerados com usuário da localidade onde comercializava a droga, bem como evitar que o acusado volte a incorrer nas condutas que ensejaram sua prisão, tendo em vista o histórico de envolvimento do requerente com essa mesma espécie de crime, eis que este possui registros anteriores pela prática de atos infracionais equiparados ao tráfico de entorpecentes⁷⁶.

Concluindo que “o fato de se tratar medida excepcional não tem o condão de impedir que a mesma seja adotada, inclusive por cautela da sociedade [...]”⁷⁷.

⁷² Material coletado pelo autor.

⁷³ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015, p..395-396

⁷⁴ Material coletado pelo autor.

⁷⁵ Extraíu-se da decisão de decisão preventiva: “Tal circunstância efetivamente exige a imediata intervenção do aparelho repressor estatal, havendo necessidade da prisão do requerido, para o restabelecimento da ordem pública, quebrada pelos óbvios motivos decorrentes da necessidade de se coibir ou mesmo mitigar o rosário de abusos cometidos contra a sociedade”.

⁷⁶ Material coletado pelo autor.

⁷⁷ Material coletado pelo autor.

Como sustentáculo para decisão desclassificatória, o magistrado fez uso da assertiva de que não ficou provada a finalidade do comércio da droga apreendida, além de ter sido quantidade ínfima daquela substância, desvelando a figura do usuário. O magistrado secundou o posicionamento do Promotor de Justiça para quem inexistiam elementos capazes de “a droga encontrada com o mesmo destinava-se à traficância, bem como em razão da ínfima quantidade que foi apreendida na polchete (sic), cuja propriedade foi rechaçada tanto pelo indiciado quanto pelo adolescente”.

O juiz 3 teve nove decisões catalogadas, tratando de condenação, prisão preventiva e desclassificação. O magistrado sempre se referiu à quantidade da substância apreendida como elemento orientador de sua decisão, embora, contraditoriamente, tenha afirmado que bastaria o atuar do agente de acordo com um dos verbos do art.33 da Lei nº11.343/2006 para que o tráfico restasse configurado e que para a concretização daquela tipificação houvesse a necessidade de prova de que a droga se destinava ao comércio.

Em decisão desclassificatória o juiz enunciou que

a pequena quantidade da única substância apreendida (maconha, somada às condições em que se desenvolveu a ação policial e à ausência de indícios da prática de traficância, conduzem à necessidade de desclassificação da conduta para a infração penal tipificada no art.28 ad Lei 11.343/2006⁷⁸.

Em outro julgamento, disse o magistrado:

[...] é importante salientar, ademais, que o art.33 da Lei de Drogas traz um tipo de conteúdo múltiplo ou variado de condutas (TER EM DEPÓSITO/GUARDAR, dentre outras), ligadas às substâncias entorpecentes, restando suficiente, para a consumação do narcotráfico, o cometimento de qualquer uma delas, sendo irrelevante que a venda tenha se consumado ou não, pois independe do resultado, por tratar-se de crime de mera conduta⁷⁹.

Os argumentos que fundamentaram a desclassificação da conduta – apontando que o agente não passava de um usuário – foram os citados anteriormente: ínfima quantidade de droga apreendida, ausência de prova de traficância (atos de mercancia) e de que o material apreendido fosse de propriedade do autuado em flagrante.

No que se refere ao juiz 4, foram listadas duas decisões, uma condenatória e outra desclassificatória. Mais um julgador que aludiu, como fator determinante para a distinção da figura do traficante em relação ao usuário, à quantidade de droga apreendida, além da necessidade de provar a destinação comercial do produto considerado ilícito. Pronunciou o julgador:

⁷⁸ Material coletado pelo autor.

⁷⁹ Material coletado pelo autor.

Ademais [...], não se pode olvidar que a quantidade de droga apreendida em poder do denunciado não pode ser considerada expressiva a ponto de, por si só, desqualificar a alegação de uso”, acrescentando que a “comprovação da destinação comercial da droga apreendida depende de outras circunstâncias que devem ser demonstradas pelo Ministério Público, o que não ocorreu no caso em apreço⁸⁰.

Um outro argumento utilizado, também apegado ao cariz altamente seletivo da legislação de regência, é o tipo da droga. Constatou na decisão judicial: “Frise-se, aqui, que as circunstâncias do caso concreto – prisão em flagrante do réu, tipo e quantidade da droga – aliadas aos depoimentos colhidos são aptas a evidenciar a finalidade de traficância do acusado [...]”.

A própria lei nº 11.343/2006 menciona expressamente a natureza da droga (a sua espécie) como um elemento definidor de condutas e que poderá resultar em extrema severidade da sanção penal ao agente.

Quanto ao juiz 5, colheu-se uma decisão que indeferiu a revogação da prisão preventiva de um investigado. Os argumentos básicos tiveram modelagem na doutrina da defesa social, revelando por mais de uma vez a preocupação do juiz com a ordem social, a repercussão social, repulsa e indignação da sociedade com o crime de tráfico, entendendo o magistrado que a prisão cautelar, no caso, assegura o próprio prestígio justiça criminal.

Vejamos os trechos da decisão:

[...] vê-se que lhe favorecem as condições pessoais, a demonstrar a desnecessidade da medida extrema, pois (a prisão preventiva) revela-se a única apta, idônea e adequada a conter as investidas daquele que ao que tudo indica se dedica a atividades criminosas, com habitualidade [...]. O crime supostamente praticado pelo réu causa repulsa e indignação no meio social, não sendo sua custódia constrangedora, porque na aceção da medida, esta é justa e necessária para o amparo da ordem social e da correta aplicação da lei penal e para o prestígio da própria justiça, tão afrontada pela vertiginosa onda de crimes que se abate sobre a sociedade brasileira nos dias atuais. O presente caso causa grande repercussão social, tendo em vista as condutas perpetradas pelo réu serem delitos de gravidade, o que torna necessária a adoção de uma medida que venha acautelar a sociedade e preservar a credibilidade da justiça⁸¹.

Foram coletadas cinco decisões prolatadas pelo juiz 6, todas de índole condenatória, destacando-se a desnecessidade de flagrância do ato de venda ou mesmo apreensão de apetrechos conexos à atividade ilícita para a caracterização do crime de tráfico:⁸²

⁸⁰ Material coletado pelo autor.

⁸¹ Material coletado pelo autor.

⁸² Extraíu-se das decisões a seguinte frase: “Cabe ainda salientar que não se pode esperar que o traficante seja flagrado no ato de venda, ou que apetrechos outros também sejam apreendidos, para que ocorra a tipificação do crime de tráfico”.

Um dado atroz alcançado pela análise das decisões foi a condenação por tráfico de drogas em casos em que a droga apreendida variava entre 3,37 gramas de crack e 14 gramas de cocaína, com penas entre três anos e quatro meses de reclusão e cinco anos de reclusão.

Alusivamente à quantidade acima indicada, expressão marcante utilizada pelo julgador é a seguinte: *a quantidade de (...) não é tal que se possa aumentar a pena, apenas demonstra não ser para uso próprio*⁸³. Para maior compreensão, reproduz-se o excerto da decisão que causou espanto:

Em relação à natureza e a quantidade da substância – que o art.42 da Lei nº11.343/06 determina que sejam considerados na primeira etapa da dosimetria da pena – verifico que não merece maior reprimenda posto que a quantidade – 3,37 (três gramas e trinta e sete centigramas) de crack – não é tal que possa aumentar a pena, apenas indica não ser para uso próprio⁸⁴.

O julgador deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no art.33, §4º, da Lei Antitóxicos, em dois julgados porque o réu responderia a outros processos na Vara, denotando a sua dedicação à atividade criminosa de forma habitual, fixando o regime da pena inicialmente fechado, basicamente com a mesma escrita:

No que tange à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena (...), verifico que, in casu, esta é incabível, posto que apesar de tecnicamente primário e não haver informações nos autos de que integre organização criminosa, o mesmo responde a outros processos nesta vara especializada pelo mesmo delito de tráfico de drogas, o que denota sua dedicação à atividade criminosa de forma habitual.⁸⁵

Além da perplexidade no referente à pequena quantidade de droga, transparece nesses argumentos traços desenvolvos do que se denominou direito penal do autor em detrimento manifesto ao direito penal do fato, pois o acusado foi punido por suas características pessoais, por responder processos de idêntica natureza, sendo de bom alvitre registrar que o fato de integrar organização criminosa, *de per si*, não é hábil à fixação do regime mais gravoso, conforme a dicção do art.33, §3º, do Código Penal, para quem o regime inicial de cumprimento da punição deve ser fixado de acordo com o conjunto das circunstâncias do art.59 do mesmo código.

Obteve-se duas decisões condenatórias no que tange ao juiz 7. As motivações que conduziram o magistrado a considerar o denunciado como traficante – e, mesmo, elevar a sua pena, foram diversas, mas que integram o núcleo comum do direito penal do autor ou do inimigo intrinsecamente ligados à doutrina da defesa social, muitas vezes tecendo

⁸³ Todas as decisões condenatórias, na aplicação da pena, utilizaram a expressão, variando somente na indicação da quantidade.

⁸⁴ Material coletado pelo autor.

⁸⁵ Material coletado pelo autor.

considerações ao próprio tipo penal, como se o personificasse, e, portanto, a argumentação sempre seria aplicável a qualquer acusado por crime de tráfico, sem a efetiva análise da conduta do agente no fato que lhe é imputado.

Extraem-se as seguintes assertivas: “o agente é conhecido traficante na região”; - “conduta social e personalidade voltada para o crime, haja vista responder a outro processo por tráfico de drogas”; “consequências graves do crime, que ameaça a sociedade, em especial a saúde pública”; “o motivo do crime foi o lucro fácil”; “o tráfico de drogas causa repercussão social, repulsa e indignação da sociedade”.

Com relação ao juiz 8, colheu-se duas decisões, ambas cuidando de determinar a prisão preventiva de pessoas autuadas em flagrante. Adotando base legal já revogada, o magistrado apontou dentre os motivos para decretar a pena preventiva o fato do crime ser apenado com reclusão: “O crime previsto no art.33 da lei 11.343/2006 é doloso e apenado com reclusão, de modo a preencher as condições de admissibilidade da prisão cautelar”⁸⁶.

A série argumentativa prossegue com as afirmações no sentido de que a prisão salvaguarda a ordem pública, conceito extremamente indeterminado, que o traficante objetiva o lucro fácil e que o tráfico provoca outros crimes. Os últimos são argumentos metajurídicos ou extralegais, que não encontram apoio em qualquer legislação positivada. Diversos excertos da decisão podem ser citados: “Por fim, salta aos olhos a necessidade de ergástulo provisório para salvaguardar a ordem pública”; “é cediço que a partir do tráfico de drogas que eclodem vários outros delitos, em especial contra o patrimônio, a exemplo de furtos, roubos, latrocínios, além de outros, v. g., chacinas, homicídios, estupros, sequestros, explosões de caixas bancários automáticos etc.”; “é o caso de conversão do flagrante em prisão preventiva posto que somente assim a sociedade estará a salvo da ação de pessoas que não se preocupam com as consequências de seus atos, somente têm em consideração o lucro fácil, em detrimento da saúde pública”.

O magistrado indica em um momento pré-processual, restrito ao cabimento da prisão preventiva, da liberdade provisória ou do relaxamento da prisão, sem possibilidade de maiores incursões no incipiente contexto probatório, a estratégia adotada pelas pessoas que supõe ser traficantes, que teriam passado a trazer consigo pequenas quantidades de substâncias consideradas ilícitas, para evitar a caracterização do tráfico, exercendo nítido juízo de valor condenatório sem o devido processo legal.

⁸⁶ Material coletado pelo autor.

O mesmo juiz foi o único que evocou o argumento de que a quantidade de drogas é irrelevante para a configuração do crime, servindo somente balizar a pena quando houver a condenação, em frontal dissonância com o que prescreve a legislação (art.28, §2º, da Lei nº11.343/2006), que estabeleceu esse requisito como critério orientador para diferenciar o porte para o comércio do porte para consumo pessoal. Afirmou o juiz: “Daí, não importa para a caracterização do tráfico de substâncias entorpecentes a quantidade de droga apreendida. Esta será levada em consideração na aplicação da pena”, reportando-se ao tráfico como “comércio maldito”.

Como se parecendo um ritual condenatório por antecipação, o juiz 8 descreveu sua opinião pessoal, baseada em experiências passadas, no sentido de que jamais deixou de condenar traficantes em regime que não fosse o inicialmente fechado, bem como nunca substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos⁸⁷.

Olvidou o magistrado que a Resolução do Senado nº5/2012 (as decisões são do ano de 2015), nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, emprestando efeitos erga omnes à decisão prolatada em sede de controle difuso, de sujeição compulsória.

Como se não bastasse, por força do princípio da individualização da pena, previsto constitucionalmente, não é dado ao julgador, tão somente com base na entendida gravidade do crime, determinar que o seu cumprimento se dê no regime inicial mais gravoso, devendo observar as circunstâncias judiciais do art.59 do Código Penal (art.33, §3º, do Código Penal).

Duas decisões foram selecionadas em relação ao juiz 9, uma de natureza condenatória e outra desclassificatória.

O juiz revelou na decisão condenatória sua angústia decorrente da dificuldade de se dar a tipificação correta diante da pequena quantidade de droga (51 gramas de crack). A angústia foi assim expressada: “Posicionar-se sobre tal querela (definição jurídica a ser dada ao fato) não se afigura uma tarefa fácil notadamente, como no presente caso, quando a substância é encontrada em pequena quantidade”⁸⁸.

⁸⁷Apesar de não ser mais juiz criminal há alguns anos, no período que judiquei em varas de Tóxicos jamais condenei pessoas a penas que não fossem cumpridas em regime inicialmente fechado, assim como nunca substitui pena privativa de liberdade por restritivas de direitos”.

⁸⁸ Material coletado pelo autor.

Na mesma sentença, o magistrado refere à estratégia dos traficantes de portar pequenas quantidades, para dificultar a conclusão judicial sobre o seu destino (se para consumo pessoal, ou se para a mercancia):

De mais a mais, não é exagero nenhum lembrar que com o tempo passaram os traficantes, principalmente os responsáveis pelo comércio varejista na ponta, a portar ou trazer consigo pequenas quantidades de droga com o fim de erigir a dúvida acerca do destino para o caso de serem pegos [...].⁸⁹

Com o argumento de que já havia investigação em curso contra o denunciado, apontado como um dos responsáveis pelo tráfico em determinada região do Município, somando-se o fato de terem sido apreendidas municações (segundo o juiz, é um crime comumente associado ao tráfico) e à natureza das drogas apreendidas (maconha e crack), considerou-se o acusado um traficante: “a quantidade de balanças apreendidas, a implausibilidade da justificativa para tê-las, acrescida do fato de haver investigação em curso na qual aponta o réu como um dos responsáveis pelo tráfico no bairro da Brasília etc. [...]”⁹⁰.

Por outro lado, para desclassificar a conduta, o mesmo julgador entendeu com elemento fundamental a quantidade de drogas, avultando que essa concepção⁹¹, conquanto por vezes utilizada de forma contraditória, é uma tônica da linha argumentativa utilizada pelos magistrados.

Concernentemente ao juiz 10, foi escolhida uma decisão consubstanciada na decretação de uma prisão preventiva – ou seja, inclinando-se pela consideração do agente como traficante –, justificada pela hediondez do delito, pela qualidade e pela quantidade da droga (235 gramas de crack), sendo mencionado de modo expresso o artifício usado pelos traficantes para dificultar a ação policial, portando pequenas quantidades de drogas. Na decisão está consignado:

Por outro lado, constata-se que pesa contra o representado [...] a imputação de delito de tráfico ilegal de entorpecentes, delito este equiparado ao hediondo, e, portanto, que se reveste de maior gravidade, o que no meu entender afasta a aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art.319 do CPP, sobretudo pela qualidade (crack) e quantidade (235 gramas) da droga apreendida e demais apetrechos utilizados para a mercancia de entorpecentes. [...]. Com efeito, a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), em seu artigo 33 caput, menciona diversos verbos que, se e praticados, caracterizam o delito de traficância, porém não menciona uma quantidade que denote o crime de tráfico. [...]. Desta forma, tem-se que os traficantes inovam cada vez mais para poder inserir sua mercadoria na sociedade, de modo a dificultar a atuação policial e sobretudo eventual

⁸⁹ Material coletado pelo autor.

⁹⁰ Material coletado pelo autor.

⁹¹ “Assim entendo, pois, como bem se assentou, nada, nenhuma circunstância sequer, foi levantada a demonstrar que a droga encontrada, pouco mais de 12,35g de maconha, destinava-se a venda”.

condenação. Talvez por isso optou o legislador por deixar a cargo dos juízes a análise do caso concreto para tipificar a conduta criminosa⁹².

Quanto ao juiz 11, selecionou-se uma decisão, que converteu a prisão em flagrante do autuado em preventiva. O investigado foi preso portando 21,44 gramas de maconha e 5,27 gramas de crack, além de balança de precisão e munições. Foi suficiente para que o julgador reputasse que o modus operandi traduzia gravidade objetiva do fato. Aduziu o juiz que a quantidade, a qualidade e a diversidade da droga justificariam a prisão preventiva:

A prisão provisória ou cautelar pode ser decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária e eficiente à prestação jurisdicional. O encarceramento definitivo ou provisório deve ser a última razão, prevalecendo o direito incondicional de liberdade [...]. A gravidade objetiva do crime restou demonstrada especialmente pelo modus operandi do acusado que, em tese, teria significativo envolvimento no tráfico de drogas nessa cidade de Feira de Santana, com local certo destinado à venda, balança de precisão e munições de arma de fogo. A qualidade, quantidade e diversidade da droga que o custodiado, em tese, comercializava, qual seja 'crack' e 'maconha' também revelam a gravidade do delito [...]. Gizadas as razões de decidir [...] decreto a prisão preventiva do acusado [...]⁹³.

O desenvolvimento do raciocínio exposto pelo juiz é plausível; contudo, não se baseia nos dados concretos do fato. Considerar menos de 30 gramas de produto ilícito quantidade expressiva, crack e maconha como relevante diversidade de substâncias, além de qualidade que motiva a preventiva, são providências que não possuem base empírica séria, e consagram a seletividade já operada pela criminalização primária, vez que sabidamente o crack e a maconha, dado o seu custo, são as drogas ilícitas mais consumidas pela camada mais vulnerável socialmente.

Levando-se em consideração que a maioria esmagadora das testemunhas arroladas nas denúncias são policiais, aparenta ser frágil o argumento de que a prisão preventiva é necessária para resguardar a tranquilidade psicológica das testemunhas que serão ouvidas no decorrer da investigação, possibilitando a colheita da prova livre de pressões de qualquer espécie.

Na atividade policial o risco é inerente ao desempenho de suas atribuições constitucionalmente previstas, não sendo razoável aquela fundamentação para a prisão cautelar.

⁹² Material coletado pelo autor.

⁹³ Material coletado pelo autor.

5.3 O TEOR DOS ARGUMENTOS: ASPECTOS EMBLEMÁTICOS E CONTRADITÓRIOS DO CONTEÚDO DECISÓRIO

Analisados conjuntamente, dos argumentos que compuseram as decisões judiciais, seja para beneficiar, seja para agravar a situação do agente, surgiram alguns aspectos emblemáticos que trouxeram perplexidade e certa inquietação.

Alguns argumentos são contraditórios, e, mesmo os que aparentemente não são incongruentes, a depender da decisão, assumem, ao final, um vetor de colisão, com traços evidentes de adesão ao movimento de defesa social. Os julgadores utilizaram argumentos que supostamente encontram apoio na doutrina e na jurisprudência com determinado cariz, para, em seguida, chegar a um resultado que fragiliza, entretanto, a conclusão da decisão devido à contraditoriedade.

Nas mesmas decisões veremos a renovação de argumentos sistematicamente usados pelas instâncias judiciais, e, diante da repetição, acabam por consagrar mitos e práticas que não resistiriam a uma análise séria. Esses argumentos se solidificam pelo poder simbólico que reveste o discurso da agência judicial e deixam em último plano a missão judicial de prezar pelas garantias constitucionais.

5.3.1 Direitos humanos e a severidade judicial

Anteviu-se que em algumas decisões foi afirmado um discurso de preservação dos direitos e garantias fundamentais que mais se aproxima modelo garantista, para, após, impor medida sacrificadora à liberdade individual do acusado⁹⁴. Contudo, a afirmação daquele paradigma e, na sequência, decretar a prisão preventiva do agente demonstra a tentativa clara de justificar o ato decisório punitivo.

Em diversas decisões, os magistrados aludiram que a prisão preventiva seria medida extrema, *ultima ratio*. Giacomolli (2015), apoiados tanto na Constituição Federal como nos instrumentos normativos do direito internacional, elencando diversos aspectos que autorizam firmar a excepcionalidade da medida cautelar prisional. Aliás, esse entendimento encontra

⁹⁴Registre-se que o modelo garantista proposto por Ferrajoli (2014) está bem longe do pensamento abolicionista de Hulsman (1993), havendo produção acadêmica atual no sentido de se propor, inclusive, uma nova hermenêutica de controle da decisão penal para além do Garantismo, conforme Pinho (2013), para quem “o garantismo penal, que pode(ria), sem dúvida, ser um caminho a orientar as decisões jurídicas, já que ultrapassou, em alguma medida, o limite do positivismo de Kelsen, reconhecendo a prevalência (material) do texto constitucional, igualmente não satisfaz. (...) o positivismo crítico de Ferrajoli – tal qual seu antípoda – é traído, em certos pontos, pelo relativismo e pela discricionariedade, permanecendo, ainda, arraigado na filosofia da consciência, com a ideia do sujeito racional, dominador e manipulador da linguagem”.

ressonância na doutrina processual penal (DEZEM, 2015; DUCLERC, 2011; LOPES JÚNIOR, 2016; OLIVEIRA, 2015), sem qualquer oposição séria, pelo menos sob a égide constitucional em vigor.

Diante de expressiva uniformidade, tentar justificar a decretação da prisão preventiva com um argumento que a considera excepcional demonstra inegável contraditoriedade. Certamente para negar o provimento prisional o fundamento teria um ajustamento perfeito. Já a sua evocação para impor a prisão cautelar aparenta tentativa de conformar o seu ato ao regime constitucional e convencional vigente, mesmo impondo grave sanção ao indivíduo investigado por tráfico, que implica, em certa medida, na relativização da presunção de inocência.

Semelhante situação foi deduzida quando foram analisadas decisões em torno do regime de cumprimento da pena, embora a maioria das sentenças condenatórias tivessem obedecido a parâmetros legais e constitucionais. Conquanto consignasse a possibilidade do regime aberto com modo de cumprimento inicial da pena, as decisões que fizeram uso desse registro aplicaram o regime fechado, sem qualquer demonstração empírica de sua necessidade (registre-se que as decisões que implicaram em estabelecimento de regimes penais menos gravosos não desenvolveram maiores argumentos, limitando-se a transcrever o dispositivo legal permissivo).

Buscou-se pelo julgador o fundamento que se alicerça, dentre outros, no princípio da individualização da pena⁹⁵, previsto no art.5º, XLVI, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Entretanto, a fixação inicial no regime mais gravoso – em contraposição à aceitação da possibilidade do regime aberto – foi motivada por informações de que o condenado integrava organização criminosa e por circunstâncias não favoráveis ao acusado, sem qualquer análise específica ou confrontação explícita com os elementos fáticos contidos na ação penal.

E o que é pior: em todos esses casos, negou-se ao condenado o direito de recorrer em liberdade em razão da gravidade abstrata do crime e porque o fato teria causado clamor social e a prisão serviria para o prestígio do Poder Judiciário, “afrontado pela vertiginosa onda de crimes que se abate sobre a sociedade brasileira nos dias atuais”⁹⁶.

Após se referir textualmente à motivação “credibilidade do Poder Judiciário” e “credibilidade das instituições”, avaliando-as como espúrias e disfuncionais para a decretação

⁹⁵ Marcelo Semer, ao comentar o princípio da individualização da pena, esclarece que seja “pelo princípio da legalidade, seja pelos da proporcionalidade e da intervenção mínima, a interpretação constitucional deve, todavia, privilegiar o regime menos gravoso, sempre que outro não seja absolutamente necessário” (SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático**. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p.94).

⁹⁶ Material coletado pelo autor.

da prisão preventiva, Giacomolli (2015) resume que tais expressões vêm denotando injustiças, e, sem qualquer vinculação com o caso concreto, se constituem em heresias e deturpações que acabam virando dogma e alimentam a idiotia. Críticas semelhantes são feitas por Duclerc (2011)⁹⁷.

É bem verdade que a redação da Lei nº8.072/1990, que tratou do regime jurídico dos crimes hediondos e equiparados, em seu art.2º, §1º, previa a imposição de execução da pena em regime integralmente fechado, a qual, todavia, foi afastada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão realizada em 27.6.2012 (DJe 17.12.2013), por inconstitucionalidade, vez que atentava contra o princípio da individualização da pena.

Para melhor compreender a ausência de proporcionalidade, o regime mais gravoso foi imposto em caso em que houve a apreensão de 74,23 gramas de maconha, com pena de cinco anos e quatro meses em regime fechado. Maiores controvérsias surgem quando se verificam sentenças condenatórias naquele mesmo regime, em situações fáticas em que houve apreensão de 14 gramas de cocaína (três anos e quatro meses de reclusão), 3,63 gramas de crack (cinco anos de reclusão), 5 gramas de crack (cinco anos de reclusão), 3,37 gramas (dois anos e seis meses de reclusão), 9,55 gramas de crack (cinco anos de reclusão), 1,98 gramas de maconha e 6,23 gramas de cocaína (três anos e quatro meses de reclusão).

Para ilustrar, constatou-se em determinada decisão: “a quantidade de 5,0 gramas não é tal que possa aumentar a pena, apenas demonstra não ser para uso próprio”. O quadro geral das decisões sugere que, embora raramente ocorram apreensões vultosas, a quantidade de droga, definitivamente, não é significativa.

Com efeito, soa retórica a afirmação judicial em praticamente todas as decisões de que a quantidade é um fator legal que orienta o julgador no momento de distinguir o traficante com relação ao usuário. Na verdade, apesar da quantidade da droga apreendida ser frequentemente aludida, também como forma de tentar compatibilizar a condenação com a legislação, alguns juízes fizeram tábula rasa do art.28, §2º, da Lei nº11.343/2006.

Ou seja, utiliza-se o argumento legal, como elemento que, em tese, solidificaria a decisão, adotando-se, em seguida, uma postura conclusiva que destoa ou que é incompatível com aquele argumento. Este é utilizado meramente como fator legitimante da decisão judicial

⁹⁷ Para o doutrinador, seria uma linha interpretativa perigosa e autoritária, “porque sugere que o Poder Judiciário, mesmo quando agindo rigorosamente conforme os critérios da Lei, estaria exposto a uma censura popular legítima. Ademais, os que se apresentam como portadores do dito clamor público são, quase sempre, órgãos de imprensa pouco escrupulosos, que descobriram o filão da notícia sangrenta e estão interessados apenas em aumentar os pontos de audiência e auferir lucros à custa da desgraça de acusados e vítimas. Por fim, trata-se de uma orientação radicalmente autoritária, eis que, em última análise, bastará que o juiz invoque esse conceito etéreo (clamor público) para que a prisão esteja justificada, tornando muito difícil, senão impossível, qualquer contraprova por parte da defesa” (Duclerc, 2011).

que, em sua conclusão, dele se distancia, trazendo a sensação de justificação retórica para o decisionismo punitivista⁹⁸.

5.3.2 Quantidade e categoria de usuário

O reconhecimento do porte de pequena quantidade de substância de drogas se constituiu em um argumento corrente para deduzir a categoria de usuário, afastando as sanções mais ásperas.

Ressalte-se que o grau “pequeno”, embora não pareça, apresenta alta dose de subjetividade⁹⁹, vez que, como demonstrado anteriormente, em nosso ordenamento, cabe ao juiz analisar e decidir sobre o caso concreto, dando-lhe o enquadramento típico escorreito.

Examinado as sentenças, a desclassificação da conduta de traficante para outra (pessoa que porta droga para consumo pessoal) onde sequer caberia prisão, ocorreu nas hipóteses fáticas a seguir, tendo como norte a quantidade, e que significaram a sujeição do usuário a medidas despenalizadoras: 2 gramas de maconha e 17 gramas de cocaína, 2,32 gramas de cocaína e 8,90 gramas de maconha, 27,94 gramas de maconha, 6,39 gramas de crack, 7,16 gramas de crack, 48,67 gramas de maconha, 11,65 gramas de maconha, 73,17 gramas de maconha e cinco pedras de maconha, 12,35 gramas de maconha.

Vale dizer que nessas decisões os magistrados que as proferiram sempre referiram que, pela quantidade, não se antevia a finalidade do tráfico/mercancia, mesmo não se extraíndo da norma a exigência do especial fim de agir¹⁰⁰, ocasionando a desclassificação.

⁹⁸ Sarmiento (2006), relacionando o uso dos princípios com o decisionismo, sentencia que a “outra face da moeda [do uso desmesurado dos princípios] é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso de seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser”.

⁹⁹ Consoante Moretto (2014), em trabalho científico que analisou o encarceramento feminino por tráfico de drogas, o fator quantidade de drogas “é extremamente subjetivo, já que cada juiz, ao analisar a quantidade droga apreendida, demonstra o quanto a quantidade lhe é vista como excessiva ou ínfima, o que repercute na aplicação da pena e no discurso condenatório”, pontuando que através da análise das sentenças sem permite saber o que vem sendo considerado como ínfimo ou excessivo.

¹⁰⁰ Sobre o tema, pertinente a advertência de Carvalho, ao “comparar as elementares típicas do art.28 e do art.33 da lei de Drogas, assim como ocorria entre o art.12 e 16 da Lei 6.638/76, percebe-se que em relação aos elementos objetivos do tipo, ou seja, às circunstâncias que permitem identificar empiricamente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação, existe espantosa similitude, quando não plena correspondência. Processo idêntico em relação aos verbos nucleares. (...) O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade de agir (para consumo pessoal), segundo as elementares subjetivas do tipo do art.28”.

Foi localizada uma decisão tratando de quantidades expressivas (225,795 quilogramas de maconha), mas que a pena, com a influência da causa de diminuição, não chegou a três anos, sendo substituída por restritivas de direito. Neste caso, temos um exemplo manifesto de que a igualdade, inserida nos discursos legitimadores sistema penal, é realmente um mito, na esteira da lição de Baratta (2013) ainda no século passado.

Contribuiu para a diversidade de pensamentos sobre determinada matéria nos processos o número de juízes que exerceram a judicatura na Vara. Os dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, subtraindo os juízes plantonistas (a escala extraordinária é elaborada com todos os juízes que fazem parte da região judiciária) indicam que nada menos do que quatorze juízes passaram pela Vara de Tóxicos desde a sua criação e instalação em novembro de 2010.

Como consequência dessa rotatividade de juízes na unidade judicial que se constituiu o *locus* da pesquisa, temos, por outro lado, decisões que utilizam o fator quantidade como balizador de sua sentença de modo mais convincente. Conectadas à condicionante da quantidade, vislumbraram-se decisões mais apropriadas e que atendem ao primado da proporcionalidade.

Portanto, depreende-se que, em face da alta subjetividade que envolve o quesito quantidade, aliado à própria subjetividade do ato de julgar, as decisões foram voláteis ao extremo, com importante variação, por vezes condenando com rigor agentes portadores de quantidades inferiores a 20 gramas, qualificando-os como traficantes, por vezes desclassificando comportamentos ligados ao porte de mais de 70 gramas, considerando o sujeito como usuário.

Em determinada hipótese concreta, a decisão considerou expressiva a quantidade de 53 gramas, porém, tendo em vista que as provas indicaram que a droga não pertencia ao denunciado, que estaria a comprar substância considerada ilegal em um ponto de venda, houve decisão absolutória.

Ainda sobre a quantidade de drogas, mesmo admitindo a sua extrema relevância para a discriminação da conduta, outras variáveis legais não podem ser ignoradas, especialmente porque é perfeitamente admissível a existência de porte para consumo próprio (art.28) em situações em que ocorre apreensão de drogas em grande quantidade. Diante do quadro estigmatizador e perigoso ao usuário que com frequência se dirige aos pontos de venda, torna-se compreensível a sua aquisição em larga escala, até mesmo como forma de escapar do

assentando que, conforme consolidação jurisprudencial, para configurar o crime do art.33 é prescindível a demonstração de mercancia e a efetivação da entrega (tradicito) da droga.

processo de criminalização secundária operado pelas agências estatais repressoras. Tal realidade social é inolvidável.

5.3.3 A seletividade e punitividade expressadas nos argumentos

A análise das decisões permitiu compreender como a seletividade e o rigor punitivo foram expressos nos argumentos desenvolvidos pelos juízes.

Com relação à aplicação da pena, os indeferimentos de aplicação da casa de diminuição prevista no art.33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, foram calcados, regra geral, no fato dos agentes estarem respondendo – sem qualquer alusão à condenação – a outras ações penais na mesma unidade judiciária, o que, de *per si*, autorizaria o entendimento de que se dedica habitualmente à atividade criminosa.

Esse rumo adotado pelas decisões, de nítido cariz seletivo, porquanto rotula o inimigo e o impede o (re)ingressar no contexto social, se tornando alvo preferencial da criminalização, devido ao estigma criado, não encontra ressonância constitucional/legislativa e se aproxima muito do ideário da criminologia positivista de Lombroso, Garofalo e Ferri.

É cediço que o princípio da presunção de inocência, cristalizado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, se reveste de inegável importância, desempenhando importante papel para a consolidação da democracia, traduzindo, por isso, manifesta conquista civilizatória¹⁰¹.

Entendimento contrário acentuaria a crise da teoria das fontes, mencionada por Lopes Júnior (2015), dando-se ênfase à legislação ordinária (que tenta de forma implícita emprestar ao termo antecedentes a significação de antecedentes e/ou processos em curso) em detrimento da carta constitucional de 1988, com franca violência às regras de hermenêutica. Recorde-se que o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) foi inspirado no Código Rocco, de origem fascista e teorizado por Vincenzo Manzini¹⁰², que sem qualquer constrangimento tripudiou o princípio de presunção de inocência.

O emprego de argumento que considere meros indiciamentos ou mesmo ações penais em curso¹⁰³ como obstáculos intransponíveis à diminuição da pena prevista no art.33, §4º, da

¹⁰¹ Consoante Ferrajoli (2014), “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”, sendo complementado por Casara (2015), que a presunção de inocência “deve servir como óbice e constrangimento às tentações totalitárias (de fazer o do imputado um objeto a ser manipulado pelo Estado) e às perversões inquisitoriais que levam ao encarceramento em massa da população brasileira, em especial aqueles que não interessam à sociedade de consumo.

¹⁰² Manzini (1951) qualificava a presunção de inocência como irracional e paradoxal.

¹⁰³ Cita-se, por oportuno, excerto de uma sentença prolatada pelo Juiz 6, que confirma os efeitos da rotulação: “Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, pois, embora a pena aplicada

Lei nº11.343/2006, representa contundente golpe ao caro princípio constitucional acima mencionado. Logo, ser indiciado ou responder ações penais ainda não julgadas, isoladamente, não é suficiente para considerar que o denunciado possua péssimos antecedentes, que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Em poucos casos não houve abordagem judicial a respeito da substituição da pena privativa de liberdade, sendo que em outros a providência foi indeferida pelos mesmos motivos lançados para negar a incidência da causa de diminuição e, por isso, também padecem de inconstitucionalidade, deixando transparecer, mais uma vez, a clara eleição judicial do traficante como o inimigo social a ser combatido, reproduzindo o senso comum estimulado pelas mídias de longo espectro de alcance.

Outro ponto que mereceu reflexão foi o fato de que as decisões representativas de decretações de prisão preventiva contêm, como requisito bastante assíduo, a garantia da ordem pública. A aridez conceitual do requisito preconizado pela legislação processual penal, diante do seu grau máximo de subjetividade, permitiu a inclusão de discursos judiciais que relacionam a atuação do poder judiciário com a doutrina da defesa social¹⁰⁴.

Minagé (2015) menciona que a ordem pública se trata do requisito mais amplo, genérico, indeterminado e impreciso, gerando, diante disso, inevitável insegurança decorrente da análise da conveniência ou não da adoção da medida constritiva cautelar. Em tom mais crítico, Gloeckner (2015) obtempera que a prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, perfilha função repressiva, exercendo uma função executória antes que cautelar, sendo “um instrumento que se destina ao controle social, seja fazendo as vezes de medida de segurança, enclausurando o respectivo ‘perigoso’ ou ainda, executando pena antecipada”, se revestindo, pois, “de claro autoritarismo, manifesto em sua sintática aberta, sujeita às mais flexíveis interpretações”.

A vagueza do termo propiciou que a doutrina e a jurisprudência indicassem as hipóteses que se encaixariam no requisito. Desde a gravidade do crime, passando pelo *modus operandi* do delito que importaria em periculosidade¹⁰⁵ do agente e para evitar a reiteração delitiva, até

seja inferior a quatro anos e o condenado tecnicamente primário, o mesmo já foi preso anteriormente por envolvimento com o tráfico de drogas, demonstrando-se, assim, que a medida não se mostra socialmente recomendável, em conformidade com o que dispõe o art.44, III, do Código Penal”.

¹⁰⁴ Sobre o tema, Lopes Jr. (2015) elucida que “o processo penal não pode ser transformado em instrumento de ‘segurança pública’. Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para ‘garantia da ordem pública’. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida”.

¹⁰⁵ Coletaram-se decisões de prisão preventiva em que o magistrado mencionou o termo periculosidade adjacente, que, conforme dito alhures, não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência, pois está a significar uma periculosidade presumida, já ínsita ao tipo penal do art.33 da Lei nº11.343/2006. Seria mais um termo a ser

a preservação da credibilidade do poder judiciário e a prisão preventiva para acautelar a sociedade, foram as razões mais usadas para a decretação da medida cautelar segregatória. Das expressões escolhidas, somente a periculosidade do agente medida pelo *modus operandi* e o risco de reiteração delitiva demonstrado com dados concretos vêm sendo admitidos pela jurisprudência dos tribunais superiores e doutrina¹⁰⁶ como motivos idôneos à prisão preventiva.

Assim, abraçando a cláusula legal aberta contida na legislação processual penal vigente, parte dos juízes se inclina ao autoritarismo e arbítrio, utilizando argumentos que extravasam a legalidade, ao passo que outra porção decreta a prisão preventiva com base na lei, doutrina e jurisprudência, mesmo que em algumas vezes se restrinja à transcrição da expressão legal sem qualquer análise empírica que demonstre, por exemplo, onde consistiria a periculosidade do agente advinda do modo de agir e a possibilidade concreta de reiteração.

Quanto ao primeiro, a menção à quantidade de drogas foi usada repetidas vezes. No que tange ao segundo, referências a ações penais passadas foram suficientes, caindo no que Lopes Júnior (2016) denominou como anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos protege do que pode (ou não) vir ocorrer¹⁰⁷, reconhecendo, entretanto, que a prisão cautelar, nesses casos, é aceita pelo direito comparado.

Não se pode negar que sob as luzes da criminologia crítica, tal proceder consagra, na verdade, a reiteração criminalizante, que para Raizman (2014) seria a sujeição reiterada de uma pessoa a processos de criminalização secundária que se concretizam em uma sentença penal, concluindo que, contrariamente às práticas judiciais, o retorno do indivíduo às garras da criminalização secundária deveria significar uma redução da resposta penal perante o delito, de acordo com a teoria da responsabilidade.

Dado preocupante diz respeito ao tempo que perdurou a prisão provisória – cumpridas na mesma moldura regime fechado – em situações nas quais a sentença condenatória

utilizado, dependendo da escolha do julgador, uniformemente a todos os casos envolvendo o tráfico ilícito de substância consideradas ilícitas.

¹⁰⁶ Badaró (2015) defende que, atualmente, “mesmo para aqueles que admitem a constitucionalidade da prisão para garantia da ordem pública, sua aplicação tem que ficar restrita aos casos em que se busca evitar a reiteração criminosa”.

¹⁰⁷ Destaca-se o trecho de uma sentença, onde o réu fora conservado no cárcere por força de prisão preventiva: “Quanto à manutenção da prisão por sentença condenatória, constata-se sua necessidade nos auspícios legais da aplicação da Lei Penal e garantia da ordem pública, não tendo a certeza esse Julgador que o condenado solto compareça aos atos judiciais necessários e nem que não volte a delinquir, sendo esta a orientação do STF”. A dúvida de que o condenado provisoriamente comparecesse aos atos judiciais foi suficiente para o seu recolhimento antes do trânsito em julgado, atritando com a garantia da presunção da inocência. Digno de nota que não existiria mais nenhum ato instrutório a ser realizado – e mesmo que isso ocorresse, por força do princípio que veda a autoincriminação, o réu não seria obrigado a comparecer aos atos processuais instrutórios.

assegurou o regime aberto ou, ainda, substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ou, ainda desclassificou o delito.

Em dois processos criminais, nos quais foi atribuído aos acusados, denunciados pelo art.33 da Lei nº11.343/2006, o porte de 27,94 gramas de maconha e 630 gramas de maconha, 3,3 gramas de cocaína e 1,39 gramas de crack, sequer houve condenação. O juiz sustentou que inexistiam provas que justificasse a condenação, absolvendo-os. No primeiro caso (27,94 gramas de maconha), em que pese a acusação de tráfico de sido rejeitada pelo magistrado, o réu permaneceu preso dezesseis meses provisoriamente, vindo a ser assassinado no ano de 2015 por ocasião de uma rebelião ocorrida no Conjunto Penal de Feira de Santana¹⁰⁸, onde permanecia preso provavelmente em função de outra acusação. A outra denúncia foi julgada improcedente, com a soltura do réu após a sentença absolutória ser prolatada quase cinco meses depois do fato que lhe foi imputado (tráfico).

Operando a desclassificação, firmando o entendimento que a conduta se amoldava a do usuário que porta droga para consumo pessoal (48,67 gramas de maconha), o denunciado foi posto em liberdade depois de oito meses preso em caráter provisório. Também foram encontradas sentenças substitutivas de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, que afastaram o cumprimento da condenação no regime celular tradicional, com prisões provisórias com prazo que variaram entre cinco meses e um anos e vinte e oito dias.

Sem dúvida que tal lapso temporal é demasiado e é causado multifatorialmente, em decorrência de (ir)responsabilidade do poder público (ausência de juiz titular na unidade, precariedade estrutural e de pessoal, excessivo movimento processual, dentre outros),

¹⁰⁸ O sítio eletrônico do periódico A Tarde anunciou o acontecimento que, ao final, contabilizou a morte de nove internos: “Detentos do Presídio Regional de Feira de Santana, cidade distante 109 km de Salvador, realizam uma rebelião que começou por volta das 14h30 deste domingo, 24. Sete detentos foram assassinados e cinco ficaram gravemente feridos. Um dos mortos foi degolado. Cerca de 70 pessoas estão sendo feitas reféns e os presos prometeram liberá-las na manhã desta segunda-feira, 25. De acordo com o diretor do presídio, Cleriston Leite, o motim acontece no pavilhão 10, que tem capacidade para 152 pessoas, mas está com 340 presos. Ainda segundo o diretor, uma briga entre os próprios internos deu início à confusão. ‘A guerra entre as facções levou-os a se rebelaram. Um grupo quer comandar os presos e por isso eles se desentenderam’, afirmou. [...] A polícia apreendeu dois revólveres e uma pistola, além de diversas armas brancas, informou Xavier. Ainda segundo o comandante, o grupo que iniciou a rebelião tentou invadir outro pavilhão do presídio, mas foi impedido por cerca de 250 agentes penitenciários. [...]. O presídio tem capacidade para 608 pessoas, mas atualmente tem 1.500 presos”. Disponível na Internet: <http://atarde.uol.com.br/bahia/noticias/1683436-rebeliao-no-presidio-de-feira-deixa-sete-mortos>. Acesso em 19 de janeiro de 2016.

provocando uma série de danos ao acusado¹⁰⁹, de várias ordens. Dentre os piores, destacam-se a rotulação e a carga estigmatizante que o cárcere provoca¹¹⁰.

A condição dos estabelecimentos prisionais é péssima¹¹¹, caracterizada pela insalubridade, com alto grau de morbidade¹¹² e por ser dirigida por facções que seduzem compulsoriamente o interno, brutalizando-o acentuadamente. Essa experiência penitenciária, calcada em título precário (decreto de prisão preventiva), o insere numa realidade dramática, que lhe acompanhará o egresso pelo resto da vida, reproduzindo um círculo vicioso da violência, sobretudo institucional¹¹³. Ele passa a viver não mais sob a asa protetora do Estado social, mas sob aquela punitiva, do Estado penal (Wacquant, 2013).

O processo de retração dos direitos fundamentais do preso prossegue mesmo após a sua liberdade. Com o carimbo de “ex-presidiário”, de “bandido” ou de “traficante”, aliado ao preconceito social que existe a este estereotipado, o (re)ingresso ao mercado de trabalho é deveras complexo – não se ignora o projeto promovido pelo CNJ¹¹⁴, mas que ainda vem tendo resultados tímidos -, para não dizer impossível. A rotulação que a sociedade lhe impõe retira

¹⁰⁹ Para Wedy (2006), o “traço mais cruel da inobservância do princípio da provisoriedade é a terrível relação existente entre o tempo e a prisão cautelar. Quanto mais tempo o sujeito passivo da prisão padece no cárcere, mais estigmatizado fica e maior é a influência desse estigma na psique do julgador. A prisão adquire, pela perpetuação, um caráter de pena antecipada, atuando de forma a aniquilar, na consciência do magistrado, a presunção de inocência”

¹¹⁰ Para Moretto (2014), o “estigma que envolve e perturba o autor de um crime, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados e presos provisórios, um estigma que pode se transformar profundo. Hulsman e Celis referem que há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente”.

¹¹¹Wacquant (2011), em nota à edição brasileira, traduziu a realidade de nosso sistema prisional, designando-o como campo de concentração para pobres e de depósito de depósito industrial dos dejetos sociais, sem qualquer função penalógica (dissuasão, neutralização ou reinserção), “o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação [...]; negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão. [...] Nessas condições, o aparelho carcerário brasileiro só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele sequestra e para alimentar a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove”.

¹¹² O sistema prisional brasileiro tem 28 vezes mais incidência de casos de tuberculose que a população em geral, devido à superlotação e à falta de ventilação e luz solar nas penitenciárias. Disponível na Internet: <http://carceraria.org.br/incidencia-de-tuberculose-nas-prisoos-e-28-vezes-maior-que-na-populacao-em-geral.html#sthash.IAUVuNz8.dpuf>. Acesso em 13 de abr. 2016.

¹¹³ Soares (2011), depois de uma pesquisa que realizou, afirmou que “o cárcere é, acima de tudo, uma prisão sintática, que acorrenta um sujeito a um verbo (um ato, um predicado) durante muitos anos – em alguns casos para sempre, porque os efeitos ultrapassam os muros da penitenciária e o tempo da sentença”.

¹¹⁴ Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o projeto Começar de Novo visa “à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário”, promovendo a cidadania e reduzindo a reincidência de crimes. Disponível na Internet: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 19 de jan. de 2016.

tal possibilidade, no que Wacquant (2013) denominou de ostracismo virulento suportado pelos ex-presidiários quanto ao mercado de trabalho, usurpando-lhes, em última análise, a capacidade laborativa, e os levando para um caminho sem volta.

Em 1957, antes do pós-modernismo e na época em que ainda não tínhamos um mundo globalizado, Carnelutti (2013) já advertia que o “encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A sociedade fixa cada um de nós ao passado”.

Saliente-se que aqui não se trata de acusado condenado ao regime fechado, semiaberto ou aberto, o que já seria reprovável. Estamos diante de pessoas que foram absolvidas ou que tiveram sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito, revelando quadro de manifesta violência institucional. Infere-se, assim, que esse aprisionamento, que se constitui providência bem mais atroz do que a alcançada pela decisão judicial, afeta, sobremaneira, as representações sociais acerca da pessoa presa provisoriamente, pouco importando se absolvida, motivo pelo qual se exige redobrada cautela do magistrado, que orientado pelo critério da proporcionalidade, deverá decretar a prisão preventiva somente se pressentir que ela não será mais gravosa que a oriunda da sentença, mormente porque, reiterese, o regime de execução da prisão preventiva se assemelha muito ao fechado.

E o estereótipo preconceituoso não passou longe das fundamentações decisórias¹¹⁵. Pelo contrário. Em uma decisão marcante pela perplexidade que causa, o juiz textualmente afirmou que deixava de aplicar a causa de diminuição inscrita no art.33, §3º, da Lei Antitóxicos, porque, além de responder a outro processo de natureza semelhante (deixando exsurgir a *personalidade voltada para o crime*, afirma que despreza o processo de secularização do direito penal), o acusado não possuía labor formal. Esse fundamento, infelizmente, é corrente no meio judiciário (principalmente para a decretação da prisão preventiva), embora em apenas uma decisão dentre as coletadas tenha sido observado como obstáculo à concessão da redução expressiva da pena do condenado por tráfico de drogas.

¹¹⁵ Sobre a interpretação da lei penal, Santos (2008) leciona o seguinte: “[...] não é difícil perceber que a lógica de subsunção jurídica do *silogismo* pode apresentar problemas relacionados com a *subjetividade* do julgador, produzidos por duas espécies de erros, incidentes sobre objetos diferentes: a) o *erro* de interpretação das normas jurídicas; b) o *erro* de análise da prova processual. O erro de *interpretação* da norma jurídica pode ser explicado por falhas ou defeitos de conhecimento científico do Direito; mas o erro de *análise da prova* – também definido como *silogismo regressivo* – e conhecido em criminologia como *meta-regras* (ou *basic rules*, segundo a fenomenologia), produzido por *mecanismos psíquicos inconscientes* que determinam o significado concreto da decisão judicial: preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias originárias da experiência pessoal do julgador, desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, moradia em favelas etc., constituiriam as determinações emocionais decisivas do processo de criminalização — e não a *dogmática jurídica*, como critério de racionalidade”.

O desemprego atinge majoritariamente a parcela mais vulnerável social e economicamente e tal motivação, indubitavelmente, revela uma das faces mais perversas do sistema de justiça criminal, que é a seletividade, e, conseqüentemente, a criminalização da pobreza¹¹⁶, com o nítido propósito de manutenção do *status quo*, revelando um dos objetivos subjacentes do sistema que vem sendo expandido de maneira assombrosa, autorizando, inclusive, a militarização dos espaços ocupados pelos vulneráveis¹¹⁷.

A criminalização da pobreza, que historicamente foi vocacionada a garantir mão-de-obra e a impedir a cessação do trabalho (BATISTA, 1990), tende a afastar o estado do bem-estar social privilegiando o estado penal (SANTOS, 2008), contribuindo decisivamente para o encarceramento em massa da parcela populacional indesejada¹¹⁸, solidificando que a igualdade do sistema penal, como reiterado por Baratta (2013), não passa de um mito.

Outro viés que refletiu a criminalização da classe mais vulnerável socioeconomicamente foi a censurabilidade judicial mais aguçada quando se cuidou de crimes envolvendo o crack, ao passo que, apesar de insistentes investigações, atentando-se para as limitações da pesquisa qualitativa, não foram encontradas denúncias abrangendo apreensão de ecstasy, anfetaminas, heroína ou ácido lisérgico (LSD), que usualmente são consumidas por indivíduos pertencentes às classes mais abastadas. Mesmo quanto à cocaína, as apreensões foram mínimas, se concentrando a repressão da agência policial na maconha e no crack, mais utilizados pelos marginalizados.

O neurocientista Carl Hart, rompendo com o senso comum, enuncia que o crack e a cocaína, além do mercado consumidor, só se diferenciam quanto às ligações moleculares e à forma do uso: enquanto o primeiro é fumado, a segunda é inalada, havendo distorção nas informações e discriminação justamente porque enquanto aquela é utilizada majoritariamente por pessoas vulneráveis, esta reconhecidamente é consumida por indivíduos mais ricos, defendendo que é frágil o argumento de que a substância vicia apenas com uma tragada e que os seus usuários estão sempre buscando a próxima dose, conclusões que obteve após

¹¹⁶Zaccone (2014) aduz que a “criminalização da pobreza é um fenômeno mundial que no Rio de Janeiro ganha destaque através da ‘guerra às drogas’. Os altos índices de encarceramento revelam uma decisão política do Estado, que trocou a responsabilidade coletiva pela exclusão de classe pela privatização da segurança, sob o signo do medo”.

¹¹⁷Karam (2015) aponta que a “ocupação militarizada fortalece o estigma e a ideia do gueto. A ocupação sujeita as pessoas que vivem nas favelas a uma permanente vigilância e monitoramento, com frequentes revistas pessoais, até mesmo de crianças, por policiais fortemente armados e com revistas domiciliares sem mandado (ou com algum vazio e igualmente ilegítimo mandado genérico)”.

¹¹⁸Malaguti Batista (2003) conclui que o “mercado de drogas ilícitas propiciou uma concentração de investimentos no sistema penal, uma concentração dos lucros decorrentes do tráfico e, principalmente, argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos contra as classes sociais vulneráveis: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos, sejam imigrantes indesejáveis do Hemisfério Norte”.

pesquisas realizadas com roedores, enfatizando que o consumo dessas substâncias também está relacionado à falta de oportunidades sociais aos indivíduos usuários (HART, 2014).

Hart (2014), sobre o tema, arrematou que o desemprego fomentado pela recessão industrial e os cortes nos serviços sociais durante o governo do presidente Ronald Reagan geraram comunidades vulneráveis, e que a utilização do crack, associado a pessoas negras e pobres, sucedeu aquele desastroso fato, não se constituindo, portanto, em causa, mas efeito daquela crise social, ressaltando que o uso problemático do álcool é bem maior se comparado às outras drogas.

Por trás disso tudo, desponta a notória e vigorosa repressão à substância que se encontra ao alcance da população mais pobre e visível para fins persecutórios (crack)¹¹⁹¹²⁰, inclusive pelo poder judiciário, cognominada de “cocaína do pobre” (ESCOHOTADO, 1998), conquanto se admita o relativo avanço de seu consumo em outras classes sociais segundo noticiado pela imprensa¹²¹.

A mesma lógica preconceituosa (de objetivos manifestos) acompanhou as decisões que impuseram o regime de cumprimento mais gravoso baseadas tão somente na vida pregressa dos denunciados, sem outras considerações, nada obstante a pena ter sido fixada em tempo que não superou quatro anos. Os julgadores levaram em conta a existência de ações penais em curso como antecedentes, colidindo frontalmente com a presunção da inocência, consoante já exposto e reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores.

¹¹⁹ Em uma sentença, o magistrado assim se pronunciou: “considerando-se a substância apreendida – CRACK - e suas condições de acondicionamento além da grande quantidade fracionada (...) – têm-se indícios claros e evidentes da finalidade de comercialização de substância entorpecente”. O juiz referiu que seriam 78 pedras, omitindo, no entanto, que o seu peso não chegava a 10 gramas. O estado físico do crack possibilita o seu fracionamento em grandes quantidades, que, per se, não importa dizer que seja quantidade significativa. Nesse caso, a pena de reclusão foi de cinco anos em regime fechado. Certamente, a espécie da droga influiu na severidade da resposta estatal.

¹²⁰ Hart (2014) denunciou: “Na verdade, todos os resultados dessas políticas – o desperdício do potencial dos que estavam por trás das grades, o dilaceramento das famílias, a violência constatada no tráfico de drogas e até os altos índices de desemprego entre homens negros – logo eram atribuídos à própria natureza do crack. Eu mesmo cheguei a concordar com esse ponto de vista quando estava na faixa dos vinte anos, muito embora, como veremos, minha experiência me devesse ter levado a questioná-lo. Na verdade, esses problemas eram agravados ou criados por escolhas políticas na esfera econômica e da justiça criminal. As decisões políticas e os equívocos a respeito dos perigos das drogas devastaram minha geração, embora nós mesmos fôssemos culpados por esses resultados. Antes de me tornar cientista, eu mesmo estava nessa. Enquanto isso, os verdadeiros problemas que haviam tornado nossas comunidades vulneráveis a muitas doenças sociais continuavam ausentes do debate público e ignorados. Eles são visíveis em histórias como a minha, mas só se você souber em que direção olhar e como pensar criteriosamente sobre o problema. Levei muitos anos para entendê-lo. Por infortúnio, muitas pessoas – sejam elas negras ou brancas – compraram a ideia de que o crack era a causa principal de nossos problemas, e que era possível contribuir para resolvê-los construindo novas prisões e impondo sentenças mais pesadas”.

¹²¹ Disponível na Internet: <http://infograficos.estadao.com.br/especiais/crack/um-milh%C3%A3o-em-drogas-da-mansao-a-pitada-de-60.html>. Acesso em 22 de janeiro de 2016.

5.3.4 O valor da prova oral acusatória

Outro aspecto interessante foi o absoluto ponto de encontro entre todas as decisões condenatórias a respeito da validade e do uso dos depoimentos policiais sem qualquer ressalva. Sempre utilizando o entendimento jurisprudencial como argumento de autoridade, sem qualquer preocupação analítica, os julgadores deram credibilidade à prova oral colhida junto ao agente público que participou da ação investigativa/repressiva, reconhecendo a condição de traficante do acusado¹²². Até em situações em que o policial afirmava que o denunciado seria conhecido traficante da região a afirmação da testemunha foi considerada confiável, e, pois, hábil à condenação, embora se admita o anacronismo e a precariedade do rudimentar aparato investigativo no Brasil.

Afastar peremptoriamente a possibilidade de inquirição da testemunha policial ou, ainda, retirar o prestígio daquela prova pode não ser a melhor providência judicial a fazer. Porém, a limitação da prova oral acusatória à palavra dos agentes públicos, merece críticas, frisando que não é crível que o próprio policial não dê legitimidade a sua ação.

A fé pública, decantada em algumas decisões, pode permitir abusos, já que impede a ampla defesa e o contraditório de forma efetiva, com alta probabilidade de tornar lícita, por exemplo, a invasão de domicílio. Vale dizer que, nesse atuar criminalizador, Oberling (2011) apregoa que os policiais “demonstram, ora ações profissionais prescritas na lei, nos manuais e procedimentos disponíveis, ora se valem de seu repertório moral, político e social para definir o desfecho de uma ocorrência, nem sempre pautada pelos critérios legais” (OBERLING, 2011, 207), aí não poder se descartar a imprestabilidade de tais depoimentos.

Aliás, não se pode negar que a versão narrada pelos policiais, desde a fase pré-processual, será orientadora da atividade do delegado de polícia no que toca à tipificação provisória da conduta: porte para consumo pessoal (art.28) ou tráfico de drogas (art.33), concluindo-se que, na prática, a “construção da verdade jurídica nos casos de tráfico tem, como seu principal produtor a polícia, seja como aquele que elabora o inquérito policial, a peça que vai provocar uma possível denúncia pelo Ministério Público, seja como parte no caso, ao fazer as prisões desse tipo de caso”¹²³.

¹²² Fonseca advoga que “a posse da droga não é provada por investigações prévias à prisão, mas meramente pelo depoimento dos policiais responsáveis por ‘montar’ o flagrante, por produzir a legalidade do ato repressivo. Essa prova seria bastante frágil, facilmente questionável, não fosse a alta estima do Judiciário por depoimentos policiais” (Le Monde Diplomatique. Brasil. São Paulo: Palavra Livre, n.93, abril 2015. 98 p.32).

¹²³ Jesus, Maria Gorete Marques de. Narrativas policiais: a construção da verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. In: IV Encontro Nacional de Antropologia do Direito. São Paulo: USP. 2015. A autora, nesse estudo retratando a situação do Estado de Paulo, que parece ser a mesma de Feira de Santana/BA, concluiu:

Podemos indicar como corriqueiro nas decisões analisadas a menção pelos policiais a atitudes suspeitas (inclusive notadas a partir de denúncias anônimas), à fama de grande traficante da região, local conhecido como “boca de fumo” e de que o autuado franqueou o ingresso dos agentes públicos em sua residência, para que a ação tenha contornos de constitucionalidade¹²⁴, nunca se referido a eventual insucesso da ação policial.

O apreço desmedido do poder judiciário pelos testemunhos policiais, a ponto de considerar-lhes dotado de presunção de veracidade, foi repellido por Casara (2015) que os comparou com a figura da “testemunha acreditada”, originada do direito islâmico, concebidas como “autoridades em matéria probatória, capazes, portanto, de aliviar a angústia que cerca todo julgamento humano ao dizer o que aconteceu, ao externar em juízo ‘o que é bom e o que não é’ em meio à confusão em que se vive (e julga)”¹²⁵.

Questionando o testemunho policial, Valois (2014) sustenta que “o mito de que os policiais não mentem e ‘são presumidamente idôneos por exercerem função pública de relevante interesse social’ tem sido desfeito pela realidade, pelo clima hostil às drogas e do pânico moral¹²⁶ desta derivado”. Ou seja, a própria opção política de guerra às drogas acaba sendo um fator que fragiliza e compromete o depoimento do agente, inserido nesse contexto violador dos direitos humanos em nome da segurança da sociedade (defesa social).

“Acompanhando os casos, desde o seu registro até o resultado final dos processos, nota-se que a narrativa do fato criminal tal como registrada na fase policial se mantém ao longo da fase processual, permanecendo a mesma, sem muitos questionamentos por parte dos promotores e juízes. Os policiais tornam-se testemunhas em todos os casos que atuam, e geralmente eles são as únicas testemunhas dos flagrantes. Em 74% eles foram as únicas testemunhas, não havendo outras testemunhas sobre os fatos. Foi possível perceber que a fala do policial é extremamente valorizada pelos operadores do Direito em detrimento de qualquer outro relato ou versão sobre o ocorrido, especialmente aquela dada pelo acusado. O fato de ter sido acusado como traficante de drogas já parece ser motivo para desacreditar em sua palavra (‘sujeição criminal’). Outro ponto é que os promotores e juízes alegam que o policial tem ‘fé pública’, ou seja, sua narrativa deve ser concebida como ‘presumível veracidade’, tornando-se uma narrativa inquestionável. A “fé pública” confere aos policiais uma posição de suposta neutralidade”.

¹²⁴ Raupp (2009), em estudo sociológico das práticas jurídicas do tráfico de drogas construído pela justiça criminal do Estado de São Paulo, firmou: “O local da apreensão mais recorrente mencionado nos processos é a favela. As justificativas para apreensão são também interessantes. Os policiais responsáveis pelo Auto de Prisão em Flagrante (APF) se utilizam de expressões como ‘em patrulhamento de rotina’, para justificar o início da abordagem policial. A favela é, assim, consagrada como local privilegiado para a ocorrência do tráfico de entorpecentes. Não no sentido de que lá seja o local por excelência da ocorrência do tráfico de drogas, mas sim de que é lá onde a polícia está mais presente e, portanto, o local que será ‘autuado’ o processo. [...] A menção reiterada à favela, aos conhecidos traficantes, ao local conhecido como ponto de venda, constrói a representação ‘jurídica’ do tráfico. Os fatos que possuem esses elementos vão sendo nomeados e processados como tal”.

¹²⁵ Material coletado pelo autor.

¹²⁶ Valois (2014) esclarece que o conceito de pânico moral foi forjado pela primeira vez pelo sociólogo Stanley Cohen, em 1972, tentando explicar uma reação exagerada das autoridades com relação a uma onda de violência ocorrida em 1964, na Inglaterra. Michael (2004, apud Valois, 2014) explicou que “Durante a metade do último século, historiadores sociais e sociólogos do desvio têm conceituado como ‘pânico moral’ o fenômeno que ajuda a entender os tempos em que a paixão domina e produz decisões, políticas e comportamentos que de outra forma não teriam sido produzidos. A teoria do pânico moral oferece insights sobre o desenvolvimento das políticas contemporâneas acerca do crime e das drogas, e sobre os políticos envolvidos em tais temas”.

A enorme probabilidade de efeitos deletérios aos acusados por tráfico proveniente dos testemunhos policiais, vinculadas ao aparato estatal que age sob o vigor punitivista da guerra às drogas, viola a presunção de inocência, que impõe ao magistrado o dever de convencimento de que o cidadão é inocente e somente prova forte em contrário, destruidora da convicção inicial é que levará ao resultado da condenação (CARVALHO, 2004, apud CASARA, 2015), tornando a presunção de veracidade dos depoimentos policiais uma idealização incompatível com as opções constitucionais para o processo penal brasileiro (CASARA, 2015).

Aliás, deve-se registrar que diante do extremo apreço e apego ao testemunho policial, este agente público acaba por se tornar o verdadeiro promotor/juiz¹²⁷: a primeira impressão sobre o fato proporcionará enormes reflexos aos juízos a serem feitos pelos promotores de justiça e pelos juízes.

5.3.5 Arbítrio judicial, senso comum, moralismo e discriminação

Ainda que fruto da criminalização primária, impressionou a reprodução do argumento ligado ao local para formar o convencimento do juiz na questão da resposta estatal. Este aspecto legal diferenciador (art.28, §2º) possui um semblante notadamente seletivo, pois impinge a presunção de que a apreensão de drogas em região mais vulnerável¹²⁸, com maior repressão estatal, seja destinada à traficância.

Sob perspectiva capitalista, mesmo que se trate de um comércio informal e pequeno (como ocorre na maioria das cognominadas “bocas de fumo” situadas em regiões periféricas), não se pode esperar que o usuário compre a droga em um hospital (embora às vezes isso possa acontecer com remédios de circulação restrita) ou em um banco (perspectiva capitalista).

Reparou-se nas decisões adoções recorrentes de critérios não previstos na legislação, fruto da opinião pessoal do juiz acerca das drogas, muitas vezes subjetivando a substância e traçando representações do traficante como inimigo da sociedade e da droga como uma substância demoníaca, ambas de conteúdo moral (ou moralista) e envoltas por determinismo típico da criminologia positivista.

Neste particular, das decisões judiciais colacionaram-se expressões como:

¹²⁷ Thompson (1998, apud D’Elia Filho, 2007) chega à seguinte conclusão: “Exatamente ao reverso do que apregoa a ideologia, é a polícia quem controla a atividade do Judiciário, pois este só trabalha com o material concedido por aquela. Graças a isto pode o Judiciário manter uma aparência de isenção e pureza, uma vez que a parte ostensivamente suja da operação discriminatória se realiza antecedentemente à sua atuação”.

¹²⁸ D’Elia Filho (2007) demonstrou com clareza essa situação com base na sua experiência profissional como Delegado de Polícia Civil no Rio de Janeiro.

a) “responde a processo de tráfico de drogas em situação similar a que fora apreendido, a frisar-se que quanto à conduta social e personalidade se pode afirmar que o acusado denota ter se voltado à prática delitiva, salientando-se ainda que as consequências do referido delito é de gravidade elevada, ameaçando a sociedade, em especial a saúde pública”;

b) “o crime praticado pelo réu causa repulsa e indignação social, não sendo sua custódia constrangedora, porque na acepção da medida esta é justa e necessária para o amparo da ordem social e da correta aplicação da lei penal e para o prestígio da própria justiça, tão afetada pela vertiginosa onda de crimes que se abate sobre a sociedade brasileira nos dias atuais”;

c) “[...] apesar de tecnicamente primário e não haver informações nos autos de que integre organização criminosa, o mesmo responde a outros processos nesta Vara Especializada pelo mesmo delito de tráfico de drogas, o que denota sua dedicação à atividade criminosa de forma habitual”;

d) “É o caso de conversão do flagrante em prisão preventiva, posto que somente assim a sociedade estará a salvo da ação de pessoas que não se preocupam com as consequências de seus atos, somente têm em consideração o lucro fácil, em detrimento da saúde pública”;

e) “[...] a partir do tráfico de drogas que eclodem vários outros delitos, em especial contra o patrimônio, a exemplo de furtos, roubos e latrocínios, além de outros, v.g., chacinas, homicídios, estupros, sequestros, explosões de caixas bancários automáticos etc.”¹²⁹;

f) “[...] no período que judiquei em varas de Tóxicos jamais condenei pessoas a penas que não fossem cumpridas em regime integralmente fechado, assim como nunca substitui pena privativa de liberdade por restritivas de direitos”.

¹²⁹ Lúcida a manifestação de Karam sobre a assertiva judicial (2013): “Não são as drogas que causam violência. O que causa violência é a proibição. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. Não há pessoas fortemente armadas, trocando tiros nas ruas, junto às fábricas de cerveja, ou junto aos postos de venda dessa e outras bebidas. Mas, isso já aconteceu. Foi nos Estados Unidos da América, entre 1920 e 1933, quando lá existiu a proibição do álcool. Naquela época, Al Capone e outros gangsters trocavam tiros nas ruas, enfrentando a polícia, se matando na disputa do controle sobre o lucrativo mercado do álcool tornado ilícito, cobrando dívidas dos que não lhes pagavam; atingindo inocentes pegos no fogo cruzado. Hoje, não há violência na produção e no comércio do álcool, ou na produção e no comércio de tabaco. Por que é diferente na produção e no comércio de maconha ou de cocaína? A resposta é óbvia: a diferença está na proibição. Só existem armas e violência na produção e no comércio de maconha, de cocaína e das demais drogas tornadas ilícitas porque o mercado é ilegal. É a ilegalidade que cria e coloca no mercado empresas criminalizadas que se valem de armas não apenas para enfrentar a repressão. As armas se fazem necessárias também em razão da ausência de regulamentação e da consequente impossibilidade de acesso aos meios legais de resolução de conflitos. Estudos apontam que o aumento da repressão acaba por aumentar também a violência, especialmente homicídios. Sem dúvida, a “guerra às drogas” mata muito mais do que as drogas”. Karam. Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. 2013. Disponível na Internet: http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%3%AD.pdf?1376532185. Acesso em 13 de abril de 2016.

Grande parte desses argumentos decorrem de mera intuição, carregados de tons emotivos e noções do senso comum, usados a pretexto de visar a paz social¹³⁰, desprovidos de qualquer base empírica séria, ávido por dar lições moralistas, extravasa da racionalidade e das balizas constitucionais e legais impostas ao julgador, que, ao agir dessa maneira, afasta a secularização que deve limitar¹³¹ a sua atividade.

Essas representações de cunho altamente preconceituoso agravam a posição de inimigo social conferida ao traficante, com o propósito de alijá-lo ainda mais do contexto social. Raupp (2009), sobre o assunto, pontifica que “a justiça criminal oficializa determinada representação social, existente em nossa sociedade, sobre o traficante que o define como ‘pobre’, ‘desocupado’, ‘vagabundo’ e ‘favelado’. Oficializar tem o sentido de dar reconhecimento público àquilo considerado como tabu. Nas palavras de Bourdieu, tornar dizível, pensável, confessável. Ao oficializar essa representação, preconceito de classe que é, naturaliza-a e, portanto, a institui”¹³².

A fusão entre a moral e o direito¹³³, mobilizada no ato judicial com inspiração na guerra às drogas, causa essas manifestações inequívocas de ilegalidade, não permitem que o julgador exerça a judicatura ignorando os aspectos subjetivos do investigado/acusado, comprometendo a sua busca pela imparcialidade, não cabendo à função jurisdicional reforçar nem para determinar a imoralidade do sujeito já combalido pelo peso do processo penal.

¹³⁰ Casara e Melchior (2013) recordam que “não se pode esquecer que, nos últimos anos, concepções autoritárias têm impregnado o tecido social e raramente são percebidas como tais. No direito processual penal, em particular, um dos aspectos a ser repensado é o da postura do juiz frente às pressões midiáticas e/ou populares por uma atuação que rompa com a inércia judicial ‘em defesa da sociedade’. Vale aqui, por oportuno, lembrar que a ideia de um juiz com ‘poderes’ para combater o crime e descobrir a verdade tem sua raiz ideológica em concepções políticas autoritárias (stalinismo, fascismo, etc.)”.

¹³¹ Carvalho (2015) enuncia que o “termo secularização é utilizado para definir o processo de ruptura da cultura eclesiástica com as doutrinas filosóficas e as instituições jurídico-políticas, que ocorreu gradualmente partir do século XV, objetivando expurgar da esfera civil o domínio da religião, sobretudo a colonização de ideias realizada pela Igreja Católica”.

¹³² Bourdieu (apud Raupp, 2009) expressa que estes “enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que actuam como mandatários autorizados de uma coletividade e constituídos assim de modelos de todos os atos de categorização (katègorein como se sabe, significa acusar publicamente), são actos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem”.

¹³³ Feldens (2012), em importante obra tratando da relação entre os direitos fundamentais e o direito penal, após advogar a aceitação de uma relação limitada entre Direito e moral, afirmou que “não se trata, por certo, de uma vinculação conceitual (...), nem mesmo de uma orientação do Direito à moral ou de uma justificação moral do Direito, característica do jusnaturalismo. Trata-se, sim, de aceitar, em superação ao juspositivismo acrítico, que o Direito incorpora um limite de justiça *extremo*, onde as normas jurídicas pedem sua validade (e, com isso, seu caráter jurídico) quando ultrapassam o umbral da *extrema injustiça* (*Fórmula Radbruch*). Ainda é necessário precisar: na perspectiva aqui desenvolvida, qualquer conexão sugerida entre Direito e moral, por mínima e extrema que seja, parte de uma concepção moral crítica, uma moral racionalmente construída a partir de um patrimônio comum ocidental, internacionalmente estandarizado nas Declarações de Direitos Humanos”.

Ferrajoli (2014), em seu *Direito e Razão*, preconiza que “o modelo penal garantista, com sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea – como alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária – a maximizar a liberdade e minimizar o arbítrio de acordo com três opções políticas de fundo: o valor primário associado à pessoa e aos seus ‘direitos naturais’, o utilitarismo jurídico e a separação laica entre o direito e moral”.

Talvez persistam decisões unguidas do caráter moral na crença que o poder do juiz segue sem um critério seguro de limitação, o que é um risco num sistema democrático, em que todos os poderes do Estado necessitam de vínculos de constrangimento (PINHO, 2013). Greco e Leite (2015), com inequívoco acerto, propõem que as “decisões judiciais devem possuir a pretensão de convencer por meio de razões logicamente apreensíveis e não a de impressionar por meio de apelos que possuem efeito retórico-emocional” (GRECO; LEITE, 2015, p. 20), afastando a legitimidade de decisões que estão imersas nesse poço de subjetividade. Ora, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do poder judiciário está exata e justamente na sua função de garantidor dos direitos fundamentais (LOPES JÚNIOR, 2003), e não o contrário.

Bueno de Carvalho e Carvalho (2004) defendem que o princípio da secularização

está incorporado em nossa realidade constitucional, não sendo dedutível dos demais valores e princípios, mas sendo ‘o’ princípio do qual aqueles são dedutíveis. Nesse sentido, a categoria corresponde a um dos núcleos substanciais do ordenamento jurídico, juntamente com os preceitos preambulares da Constituição (o pluralismo, a fraternidade, o pacifismo e a igualdade) e os ‘fundamentos’ estabelecidos no art.1º (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político). Tais princípios, ou valores constitucionais, sedimentam os pilares axiológicos sob os quais está fundada a república, conformando a estrutura jurídica do estado, diluindo e contaminando sua carga valorativa às demais esferas normativas (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 15-16)¹³⁴.

Não custa enfatizar que os juízos exercidos (e os não exercidos) e acima exemplificados sempre refletiram, nos casos estudados, negativamente à situação investigado/acusado,

¹³⁴ Carvalho (2010) enfatiza que “Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforcem concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima”.

implicando em condenação, indeferimento de benefícios ou decretação de prisão preventiva. Essa construção nefasta de estereótipos, sem dúvida, consolida o projeto seletivo do sistema penal, trancafiando os inimigos na sala da criminalização.

5.3.6 O difícil caminho para redução da pressão punitiva

A doutrina com viés antiproibicionista (SALO, 2011; BATISTA, 1990; SILVA, 2013; QUEIROZ, 2013; VALOIS, 2014; KARAM, 2015; SCHEERER, 2003; HASSEMER, 2008) há bastante tempo aponta para a direção da descriminalização do porte para consumo pessoal¹³⁵, com o objetivo principal de atenuar os efeitos deletérios ocasionados pela política de guerra às drogas. A discussão sobre a descriminalização também é presença constante nos debates¹³⁶ e colóquios sobre drogas.

O Supremo Tribunal Federal demonstrou a tendência à descriminalização durante o julgamento do recurso extraordinário nº 635.659, pelo menos quando a droga apreendida for maconha, ainda pendente de conclusão. Três votos lançados já foram nesse sentido, com uma maior amplitude no entendimento do Ministro Gilmar Mendes, que firmou sua posição no sentido da inconstitucionalidade do tipo penal, independentemente da substância apreendida¹³⁷.

Mesmo o órgão de cúpula do judiciário avançando pela descriminalização, não fora localizada uma única decisão (até o ano de 2016, depois de procedidas novas pesquisas na Vara) reconhecendo a inconstitucionalidade do crime de posse de droga para consumo pessoal (art.28).

Outro dado interessante se refere à marcante discrepância entre a quantidade de decisões condenatórias e desclassificatórias. Conquanto ausente qualquer propósito quantitativo nessa pesquisa, na busca pelo material objeto de análise, poucas foram as decisões reconhecendo que a conduta do agente se enquadraria na moldura legal do art.28. O intenso movimento

¹³⁵ Segundo a versão brasileira do jornal El País, na América do Sul, apenas o Brasil, as Guianas e o Suriname, tratam a conduta de quem porta droga para consumo pessoal como crime. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/19/politica/1440017854_649230.html. Acesso em 12 dez 2015.

¹³⁶ Para verificar os debates parlamentares sobre a lei de drogas, sugere-se a leitura a dissertação Usos, Discursos e olhares: Uma análise do debate parlamentar brasileiro sobre a (des)criminalização do consumo de entorpecente, no âmbito da reforma da lei penal (2002 – 2006), tradução livre, de Marco Aurélio Bastos de Macedo. 2011 (Mestrado em criminologia) – Universidade Católica de Louvain, Escola de Criminologia, Louvain-la-Neuve - Bélgica.

¹³⁷ Destaca-se no voto do Min. Gilmar Mendes a invocação da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB) dentre outros princípios constitucionais, para defender o acolhimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito brasileiro, mesmo reconhecendo a ausência de dispositivo expresso na Constituição da República. Voto disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em acesso em 05/03/2016.

processual na unidade judiciária permitiria antever eventual paridade de decisões daquelas espécies díspares (desclassificatória e condenatória).

Na perspectiva do capitalismo, não é crível acreditar que existam bem mais supermercados do que consumidores, por exemplo. Nesse sentido, a seleção da agência policial, reproduzida pelo poder judiciário, notadamente pela Vara de Tóxicos de Feira de Santana, poderá trazer essa compreensão equivocada: existem mais fornecedores (traficantes) do que consumidores (usuários).

A conclusão de Raupp (2009) é esclarecedora e corrobora a altíssima seletividade da máquina pública criminalizadora encarregada do poder jurisdicional, exemplificadas pelas argumentações judiciais que foram transcritas: “A representação do tráfico de drogas consagrada pela justiça encontra suas raízes na própria sociedade brasileira, cuja história de criminalização da pobreza é longa (cf. Fausto, 2001)”.

Pertinente a reflexão de Castanho de Carvalho (2015):

Fernando Pessoa tem um verso que diz: pensar incomoda como andar à chuva quando o vento aumenta e parece que chove mais. Se pensar incomoda, julgar outro ser humano também deveria incomodar. E condenar deveria muito mais. Não se incomodar minimamente e na generalidade dos casos, talvez possa ser um sintoma de que o juízo condenatório careça de uma autocrítica profunda, em termos de influência da ideologia ou do inconsciente do magistrado (CARVALHO, 2015, p. 43)¹³⁸.

D’Elia Filho, indicando ser manifesta a figura do “traficante” no imaginário social, aduz que seria

um homem ou mulher sem nenhum limite moral, que ganha a vida a partir de lucros imensuráveis às custas da desgraça alheia, que age de forma violenta e bárbara, ou seja, uma espécie de incivilizado, aos quais a prisão é destinada como metáfora de jaula. [...] o discurso do medo ganha retoques inquisitoriais com a ‘demonização’ do traficante, fato que encontra na *mass média* a força de verdadeiro ‘empresário moral’ (D’Elia Filho, 2007, 118).

Pelos dados extraídos das decisões, aliando-se às estatísticas oficiais, a conclusão social não traduz a realidade: a repressão se concentra nos espaços ocupados pelos vulneráveis, e os condenados geralmente são presos portando pequenas quantidades em residências humildes de bairros periféricos.

Essa construção judicial do traficante como o verdadeiro inimigo social parece constituir a mola propulsora da severidade da resposta penal quanto aos selecionados pelo

¹³⁸ Casara (2015) sustenta que “Ao lado da natureza autoritária do intérprete, que acredita na pena (o juiz penal declara-se severo, enquanto é incapaz de reconhecer-se ingênuo e autoritário) e reproduz o “senso comum criminológico” que clama por mais, e mais, repressão/proibição, existem pulsões de morte que irrompem, em regra inconscientemente, no processo de interpretação: tudo a impedir a adoção de medidas e posturas tendentes à redução dos riscos e danos das drogas ilícitas e do próprio sistema penal”.

sistema de justiça criminal que vem aprofundando o controle social e evidencia um quadro de expansão do direito penal voltada para à camada da sociedade para onde o farol punitivo aponta insistentemente.

Com efeito, a análise das decisões possibilita depreender que o discurso jurídico-penal, prevalentemente, se encontra permeado de razões que integram a base dogmática da escola positivista do direito penal. Esse dado não foi suficiente para impedir o apoio popular. Pelo contrário. A sociedade convencida de que possui um malfeitor específico reclama maior punitividade, dando ares de legitimidade ao argumento judicial.

As decisões, em sua maioria, vulneraram o devido processo legal, núcleo que abarca todas as garantias processuais constitucionais, menosprezando o grande vetor orientador do processo penal: a presunção de inocência. Os investigados e acusados já ingressam na arena judiciária como inimigos. Os atos judiciais se ajustam, com inegável facilidade, ao desejo popular que por vezes não coincide com as aspirações constitucionais.

Isso expõe uma das maiores idiossincrasias do poder judiciário que é o decisionismo. O questionamento ao extremo subjetivismo judiciário ocorre somente por alguns setores específicos do campo jurídico, como a academia e o próprio poder judiciário por meio de alguns julgamentos isolados que demonstram as irracionalidades presentes.

Esse decisionismo, referente à produção de decisões que não se adequam às balizas constitucionais deixaram transparecer um grande tensionamento entre o poder exercido pelo judiciário criminal e o poder que lhe é conferido pela constituição federal. Para a superação desse ponto nervoso, exige-se mudanças de paradigmas e que o julgador se filie compulsoriamente aos ditames constitucionais, sem espaço para decisões decorrentes do “eu sou juiz, eu posso tudo. A opção decisória é minha! ”.

Enfim, o juiz criminal deve assumir a sua missão real de garantidor dos direitos, garantias e liberdades individuais do cidadão perante o próprio Estado, deixando de lado o arquétipo de órgão de combate à criminalidade. Agindo assim, estará abraçado à constituição que jurou seguir por ocasião de sua investidura.

CONCLUSÃO

*A minha busca é na batida perfeita
Sei que nem tudo tá certo, mas com calma se ajeita
Por um mundo melhor eu mantenho minha fé
Menos desigualdade, menos tiro no pé
Desabafo, Marcelo D2*

No trabalho procurei ilustrar a origem histórica do proibicionismo e a sua repercussão direta na globalizada política criminal de drogas, concretizada pelas convenções internacionais. Essa política incorporada pela legislação nacional, além de dar maior força à teoria da diferenciação, significa rigorosidade punitiva extrema ao indivíduo que comercializa drogas. Corrompeu e continua corrompendo a promessa de que o exercício do poder punitivo oficial deve ser baseado na intervenção mínima.

Não bastasse, o discurso midiático da criação da figura do adversário social na pessoa do traficante transmite uma sensação de impunidade e que justifica a destruição do inimigo. Esse vetor discursivo acaba atropelando usuários e pequenos traficantes, que também são alçados à condição do inimigo, sendo atingidos pelas agências oficiais de controle social.

A criminologia positivista contribui para o embasamento teórico à característica de alta punitividade em tema de drogas. Amparado pela ideologia da defesa social, o juiz traz para si a função de combater a criminalidade. Essa postura não é questionada em virtude do sentimento de orfandade que possui a sociedade. Frustradas as tentativas de combate ao crime de tráfico, o que desvela o fracasso da política criminal empreendida, a sociedade passa a depositar no poder judiciário a responsabilidade por esse enfrentamento.

Essa função indevidamente assumida pelo poder judiciário trouxe reflexos danosos para o sistema de justiça criminal. O magistrado influenciado pela mídia e pela opinião pública, na construção de sua decisão, adota argumentos que não se compadecem com o sistema de garantias previstos na constituição.

O diálogo com a criminologia crítica foi uma constante nesse trabalho, o que permitiu visualizar como a seletividade se desenvolve na unidade judiciária especializada de Feira de Santana/BA.

Nos casos analisados, o juiz, em regra, não conseguiu mitigar ou neutralizar a legislação acentuadamente seletiva e punitiva. E, quando interpreta a norma, paradoxalmente – agindo contrariamente à sua função garantidora dos direitos individuais –, eleva o peso da carga já

seletiva da criminalização primária, empregando termos provindos do senso comum teórico (WARAT, 1982), articulando expressões que elevam drasticamente o estereótipo e o punitivismo, que já foram exaltados na legislação incriminadora.

Depreende-se, pois, que o poder judiciário, agência formal de controle integrante do processo de criminalização secundária, assume destacado e importante papel na política de Guerra às Drogas seguida pelo estado brasileiro.

Com efeito, a identificação do traficante e do usuário, para além do puro limite legal, está condicionado a razões subjacentes facilmente perceptíveis, incorporadas pelo julgador, que as impõe com discursos próprios do poder simbólico¹³⁹ que detém o poder judiciário, e que já foram trazidas pelos policiais responsáveis pela repressão inicial.

Para se impor, o poder judiciário sofisticava a sua linguagem, dificultando a compreensão. E o pior: os vocábulos ou expressões utilizadas possuem sentido dúbios, imprecisos e vagos, a revelar a dificuldade de seu real alcance, conservando o seu poder simbólico. A respeito, Bourdieu (2005) leciona:

Na realidade, a instituição de um “espaço judicial” implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social. A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinómico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos factos, da sua “visão do caso”. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num “justiciável”, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro perito, etc., nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo (p. 225-226).

A análise das decisões proferidas nos processos criminais atinentes aos crimes previstos na lei de drogas permitiu desvelar que o poder judiciário na sua função típica de julgar, atua com extrema discricionariedade interpretativa. Isso faz com que, para atingir as finalidades declaradas pelo direito penal de prevenir e ressocializar, utilize argumentos que parecem intocáveis à crítica.

¹³⁹ Para Bourdieu (2011), o poder simbólico “como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto, o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário”.

Também foi extraído das decisões que há uma forte tendência ao aprisionamento, reveladora de uma apropriação pelo discurso judicial do direito penal do inimigo. Essa disposição deve ser contida pelos juízes, com a adoção de maiores critérios para a decretação das prisões preventivas.

Para isso, devem fazer a pergunta: no caso de condenação, a pena imposta terá um teor menos aflitivo do que a medida cautelar que mais constrange a liberdade individual? Se a resposta for sim, desde logo deverá ser afastada a prisão preventiva, para se evitar longos prazos de encarceramento que não são confirmados pelas decisões condenatórias ao impor, por exemplo, o regime aberto para o cumprimento da pena.

Talvez a realização das audiências de custódia, consistente na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz, possa ser de subsídio nos casos de inúteis prisões cautelares. Nesse momento, o juiz, mantendo um contado direto e imediato, deverá exercer o controle judicial sobre a prisão, conservando o investigado encarcerado ou não.

Impedindo elevadas variações decisórias, urge a necessidade de objetivar a quantidade mínima de drogas, para afastar desde logo a condição de traficante. O estabelecimento de parâmetros objetivos traria um certo constrangimento aos julgadores que empregam juízos discricionários em elevado grau. Nesse sentido, foram observadas decisões em que, apesar de apreendidas quantidades inexpressivas de drogas, houve o reconhecimento da condição de traficante.

Os exemplos seguidos por Portugal, Espanha, Dinamarca, Bélgica, Alemanha e Uruguai, dentre outros, que fixaram uma quantidade mínima para o porte podem ser fecundos em nossa realidade.

A persistência da omissão legislativa¹⁴⁰ consolidará o extremo subjetivismo que as decisões judiciais trazem e, por consequência, a afirmação do arbítrio judicial, perpetuador da violência estatal.

Apregoa-se, também, a necessária limitação – ou mesmo a separação – de direito e moral na interpretação judicial, impedindo conclusões judiciais sancionatórias exageradamente movidas por conceitos morais defendidos pelos magistrados. Estes, na crença equivocada que o sistema punitivo consertará as mazelas sociais e de que são seres

¹⁴⁰ Existe um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que delega à ANVISA a atribuição de estabelecimento de quantidade mínima para o porte de drogas, sem implicações penais ao indivíduo, conforme substitutivo apresentado pelo senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) (disponibilizado em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/10/29/ccj-aprova-criterio-para-definicao-de-traffic-e-uso-medicinal-da-maconha/tablet>>. Acesso em 2 mar.2016).

perseguidores dos hereges do sistema, assumem um posicionamento repressivo ao extremo na construção decisória.

Valois (2014) avalia de forma precisa a expectativa que se deve ter do judiciário em matéria de drogas:

Do judiciário se espera que saiba se colocar como último recurso de Justiça, mesmo que em meio à guerra declarada, não podendo servir como legitimador da justiça da rua, realizada em clima hostil e violento. Nas salas dos tribunais não pode ecoar o grito de guerra da polícia nem da política proibicionista que, na verdade, nem política deveria ser considerada, uma vez que nunca houve nenhuma discussão séria sobre a proibição e escolha dos entorpecentes a serem proibidos (2014, p.128-129).

O ato de julgar deve ser sempre permeado pela alteridade, para a preservação dos direitos fundamentais previstos na constituição, para auxiliar na compreensão que o juiz, ser limitado pelas balizas constitucionais, pré-conceitos e pré-compreensões, poderia estar no lugar do “outro”, do indivíduo a ser julgado. A concepção democrática do poder judiciário exige essa providência a fim de evitar a preponderância da subjetividade extrema.

Aliás, não é satisfatória a singela menção a princípios constitucionais de índole garantista para se afirmar que a decisão preservou garantias. Por vezes, a referência é retórica e serve unicamente como tentativa de conformação ao modelo constitucional. Por exemplo, na Itália, Ferrajoli (2014) adverte que o grau de garantismo do sistema penal é elevado se forem considerados os princípios constitucionais. Mas é baixíssimo caso se considere a sua prática efetiva.

Bem por isso, se torna imprescindível a criação de uma teoria da decisão mais consistente, que prestigie o ajuste para se encontrar a decisão constitucionalmente mais adequada. Não deve haver, pois, possibilidade de decisão baseada na consciência do juiz, no livre convencimento e na busca da “verdade real” (SANTOS JÚNIOR, 2014)¹⁴¹.

Um apego à Constituição certamente impedirá o uso reiterado de expressões ou fórmulas criadas pela doutrina tradicional sob os auspícios da defesa social, sem qualquer cotejo analítico ou base empírica confiável. Logo, o afeto pelo texto constitucional evitará que

¹⁴¹Streck (2013) postulou a criação de uma teoria da decisão, afirmando como uma de suas causas a discricionariedade: “Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que venho criticando de há muito é que esta transforma os juízes em legisladores. E mais do que transformar os juízes em legisladores, o ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica problemática que remete a questão ao solipsismo característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau. Ou seja, concebe-se a razão humana como ‘fonte iluminadora’ do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. Nesse paradigma, as coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). E isso acarreta conseqüências graves no Estado Democrático de Direito” (2013, p. 22).

os juízes atuem como se já houvesse uma programação prévia para a condenação. Esse pré-juízo encarará o processo como mero requisito formal, sufocante e kafkiano, à condenação.

Pinho (2013), reconhecendo a crise na teoria das fontes nas decisões judiciais, faz a crítica:

É lugar comum constatar sentenças e acórdãos que se limitam a fazer alusões ao Código Penal (CP), ao Código de Processo Penal (e legislação extravagante), sem, sequer, mencionar a Constituição da República (CR), como se não existisse Estado Constitucional no Brasil.

Decisões desse jaez nem se dão conta de que a base da legislação penal (Código Penal e Código de Processo Penal) deriva de um momento autoritário da história brasileira (Estado Novo), o que, não fosse por qualquer outra razão, seria o bastante para causar, ao menos, uma desconfiança acerca da (i)legitimidade dessa legislação (2013, p. 29).

Como reflexão, é inegável que o combate aos males causados pelo uso das drogas passa necessariamente pela legalização/regulação, devendo ser encarado sob a perspectiva comercial, e não somente como caso de saúde pública. Deve ser dito, ainda, que a descriminalização do uso de drogas, na essência, não reparará o quadro de injustiça hoje experimentado, a despeito de se constituir uma etapa quase obrigatória para regulação.

A mentalidade que ainda existe nos força a concluir que a inclinação ao direito penal como exitoso instrumento de contenção do crime continuará levando aos presídios e cadeias usuários ou pequenos comerciantes, facilmente identificáveis como traficantes perigosos.

As propostas parlamentares no sentido de revisão do panorama legislativo não podem padecer do isomorfismo reformista mencionado por Foucault (1977). Qualquer projeto com intuito corretivo não deve representar o fracasso dos anteriores, que apreciam admiravelmente a política mundial de combate às drogas. As razões reais desse apreço são subjacentes e estão ligadas ao modo de produção capitalista.

Por derradeiro, para ilustrar o atual quadro repressivo, é válido mencionar a o panorama imaginado por Queiroz (2013), referente ao ano de 2097:

Quem vê hoje, com certa indiferença, nalguns cafés, boates e bares brasileiros jovens maiores de dezoito consumirem, livremente, maconha, cocaína, cigarro, cerveja, uísque ou droga similar [...] pode não acreditar, mas há cinquenta anos, algumas dessas pessoas (traficantes de droga ilícita, como maconha ou cocaína) seriam presas e condenadas a longos anos por tráfico ilícito a penas que variavam de cinco a quinze anos de prisão, época em que tais delitos, hoje um ato legal e devidamente regulamentado, eram severamente punidos e seus autores por vezes mais estigmatizados do que ladrões. [...] E o mais estranho é que a política de repressão ao tráfico era reconhecidamente um fracasso retumbante. [...]. Sabemos hoje que proibir não é controlar; proibir, em geral, significa apenas remeter tais atividades para a clandestinidade, onde não existe controle algum. A repressão da lei penal servia assim apenas para criar uma falsa e demagógica impressão de segurança, até porque, apesar da repressão simbólica, mas que produzia

vítimas reais, drogas eram produzidas em larga escala e facilmente em todos os rincões do país. [...]. Realmente a história da repressão à droga, que vitimou milhões de pessoas em todo o mundo, comprovou o acerto da política de abolição da repressão legal, coisa absolutamente impensável há meio século. Ficou claro enfim que é preciso trabalhar com o máximo de políticas sociais e com um mínimo de direito penal (113-114).

Em remate, é crível acreditar que somente a mudança de paradigma na política de drogas trará uma alteração no modelo das decisões judiciais. Atualmente, o poder judiciário se mostra como peça fundamental para sustentar a combalida tradição repressiva às drogas, evidenciado em menor ou maior grau nas decisões analisadas, por meio dos argumentos que se adotam.

A autocrítica é providência que deve ser feita pelos magistrados. Devem reconhecer que são seres humanos, suscetíveis a falhas. Por isso, não podem ser contaminados pela soberba e envergar a bandeira de paladino da justiça, tutelando discursos moralistas. Do contrário, estará se reconhecendo ao Poder Judiciário a possibilidade de causar grave violação aos direitos e garantias fundamentais, notadamente os que são assegurados a qualquer acusado e, inclusive, ao condenado. Ou seja, estar-se-á perpetuando o seu caminhar para a autofagia, desvelando-se a quem realmente serve: ao primado da constituição ou à classe dominante, como órgão de intenso controle social, com doses severas de punitividade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal além da (des)ilusão**. Coleção Pensamento Criminológico, v. 19. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.
- _____. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- _____. **Sistema penal máximo x Cidadania mínima: código da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- ARBEX JUNIOR, José. **Narcotráfico: um jogo de poder nas Américas**. São Paulo: Moderna, 1993.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAHIA. Lei n. 10.845, de 27 de novembro de 2007. Dispõe sobre a Organização e Divisão Judiciária do Estado da Bahia, a administração e o funcionamento da Justiça e seus serviços auxiliares. **Diário Oficial do Estado da Bahia**, Poder Executivo, Salvador, 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.ba.gov.br/ipraj/Lei10845.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2015.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Coleção Pensamento Criminológico, v. 1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.
- BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. **Lei de Tóxicos: Comentários por artigo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Treitas Bastos, 1996.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico, v 5. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- _____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos sediciosos**. Ano 3, n. 5-6, 1-2. sem. 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. O Tribunal de drogas e o tigre de papel. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 04, p. 108-113, 2001.

_____. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. Você tem medo do quê? **Revista brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.53, Revista dos Tribunais, 2005.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. **Uma teoria da ação coletiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 4 de maio de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 1 abr. 2015.

CAMPOS, Rui Ribeiro. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 1, n. 1, jan 2014, p.10-27.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Nilobook, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito alternativo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

_____. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. vol. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTRO, Lola Anyiar de. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Coleção Pensamento Criminológico, v. 10. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

_____. **Criminologia da reação social**. Tradução e acréscimos Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Yasmim Maria Rodrigues Madeira da. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Nevar, 2005.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

_____. O sistema penal e a seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, v.14, ano 9, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.184.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 7, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990

_____. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.389.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia de las drogas**. v. 1 e 2. Madrid: Alianza Editoria. 1998.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança**: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. rev. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chouckr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FONTANELLA, Bruno José Barcellos; RICAS, Janete; TURATO, Egberto Ribeiro. Amostragem por saturação em pesquisas qualitativas em saúde: contribuições teóricas. **Cadernos Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 17-27, Jan. 2008 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2008000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 abr. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 40. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRAGOSO, Heleno Glauco. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Nacelice Barbosa. Modernização industrial em Feira de Santana: uma análise da importância do centro industrial do Subaé- CIS. **Sitientibus**, Feira de Santana, n. 41, p.139-160, jul./dez. 2009.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Tradução Sérgio Faraco. Porto Alegre: Editora L&PM, 2010.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Coleção Pensamento Criminológico, v. 16. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. Fascículos de Ciências Penais. Edição especial. **Drogas**: abordagem interdisciplinar. v. 3, n.2. abr./maio/jun., 1990.

GENELHÚ, Ricardo. **Do discurso da impunidade à impunização**: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, v. 12. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

GLASER, Barney; STRAUSS, Anselm. **The discovery of groundedtheory**: strategies for qualitative research. NewYork: Aldine de Gruyter; 1967.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitosfundamentais do acusado. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: Avercamp, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes:**a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRECO, Luís. Tipos de autor e lei de tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 43, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2005.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal:** a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Descriminalização dos crimes de drogas:** direito penal, fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HELPE, Sintia Soares. **Vidas em jogo:** um estudo sobre as mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

HERZ, Daniel. **A história secreta da rede globo.** 14. ed. São Paulo: Ortiz, 1991.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. 6. ed. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal:** um estudo dos processos de tortura. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói: Luam, 1991.

_____. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 01, ICC/RelumeDumara, 1996.

_____. **Legalização das drogas.** São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

KHALED JÚNIOR. Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LABATE, Beatriz Caiuby et al. **Drogas e cultura:** novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

LEMOS, Clécio, et al. **Drogas:** uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010.

Recife. Disponível em <<http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisaempirica-no-direito>> Acesso em 09 fev. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Nara Orgo Cipriano. Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza, **Anais**.p.1098-1111.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas - anotada e interpretada**. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARCON, Adelino; KHALED JÚNIOR.(Coord.) et al. **Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Júnior**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução da pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millerite, 2000.

MELCHIOR, Antonio Pedro et al. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)**. 2. ed. Tradução Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, v. 11. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2010.

MENEGAT, Marilda. **Estudos Sobre Ruínas**. Coleção Pensamento Criminológico, v. 18. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

MINAGÉ, Thigo. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORETTO, Thaís Zanetti de Mello. **Da realidade social ao discurso jurídico-penal: o encarceramento feminino por tráfico de drogas e o insucesso do proibicionismo criminalizador (análise qualitativa e quantitativa)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei: a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NEVES, José L. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. v.1. n.3. São Paulo-SP: **Caderno de Pesquisas em administração**, 1996. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/C03-art06.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2009.

OBERLING, Alessandra Fontana. **Maconheiro, dependente, viciado ou traficante?** Representações e práticas da Polícia Militar sobre o consumo e o comércio de drogas na Cidade do Rio de Janeiro. 2011. 95 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Filosofia). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social.** Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/2052>. Acesso em: 16 mar. 2015.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil:** elementos para uma reflexão crítica. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015

PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Mária Adriana et al. **Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal:** homenagem aos mestres Vera Malagutti e Nilo Batista. 1. ed. Rio de Janeiro: Nevar, 2014.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo:** uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PINTO, Nalayane Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). **Acusados e acusadores:** estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Ensaio crítico:** direito, política e religião. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

_____. **Curso de direito penal:** Parte Geral. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015

RAUPP, Mariana. **O (in)visível tráfico de drogas:** um estudo de sociologia das práticas jurídicas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 80, p. 346- 369, 2009.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil.** Coleção Pensamento Criminológico, v. 8. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. 2011. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

_____. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set. 2009.

ROMÃO, Davi Mamblona Marques. **Jornalismo policial: indústria cultural e violência**. 2013. 206 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004. 443 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. **A teoria dos jogos no processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *In: **dubio prohell I: profanando o sistema penal***. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Oto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução Gislene Reder. Coleção Pensamento Criminológico, v. 3. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Defesa Social: uma visão crítica**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. **O direito penal do inimigo: ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wpcontent/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2015.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle remoto da decisão judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudo de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.199-200.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHEERER, Sebastian. Estabelecendo controle sobre a cocaína (1910- 1920). In: **Drogas: é legal?** um debate autorizado. Rio de Janeiro: Imago, 1993.

SCHEERER, Sebastian. **Prohibición de las drogas en las sociedades abiertas. Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos.** Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madri: Dykinson, 2003.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático.** São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

SINHORETTO, Jacqueline. O número de presos triplicou. Quem está sorrindo? In.: FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública 2015**, ano 9, São Paulo, 2015, p. 84-85. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em 30 abr. 2015

SILVA, Marco Aurélio Souza da. **O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica:** a construção da criminalidade do tráfico de drogas na decisões judiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Rodrigo Medeiros da. **Modernidade, direitos humanos e rotulação:** os reflexos do “labelling approach” na vida social e na concretização de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

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

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto:** as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 41, p. 577-601, dic. 2013 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200017&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 10 abr. 2016.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas:** Crimes, Investigação e Processo. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista.** 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

VERAS, Ratanina Pala. **Nova criminologia e os crimes do colarinho branco.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

VASCONCELOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

WACQUANT, Louco. **Prisões da Miséria**. 2. ed. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. 3. ed. Tradução Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, v. 6. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. 2. ed. Tradução Renato Aguiar. Coleção Pensamento Criminológico, v. 7. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, v. 14. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.