



## ENCARCERAMENTO EM MASSA: PRODUTO DA RELAÇÃO ENTRE AS POLÍTICAS CARCERÁRIA E PROIBICIONISTA

*Gabriel Bulhões Nóbrega Dias\**

### RESUMO:

O trabalho visa fazer uma análise entre a vigente política proibicionista, consubstanciada pela máxima da guerra contra as drogas, e a política carcerária correspondente a esse modelo de combate às substâncias psicotrópicas. Observa-se, nesse sentido, que, especialmente no Brasil, utiliza-se desse discurso para justificar a política de encarceramento em massa que vem ocorrendo nas duas últimas décadas. Far-se-á, na tentativa de explicar o processo de recrudescimento da legislação penal no Brasil e no mundo (impulsionado pela política de tolerância zero e pelo movimento Lei e Ordem), estabelecer uma relação entre as teorias do Direito Penal do Fato e do Autor, traçando um paralelo com o embate doutrinário que hoje se trava entre as teorias do Direito Penal do Inimigo e do Garantismo Penal. Buscar-se-á fazer uma análise comparativa entre a Lei 11.343/2006 e a antiga Lei de Drogas (Lei 6.368/76), dando-se ênfase ao modo particularmente peculiar que o novel diploma legal atinge o consumo da cannabis sativa (maconha). Será analisado o sistema carcerário brasileiro, relacionando-o com a política proibicionista. Analisar-se-á a forma de atuar da força policial militar, bem como a seletividade do sistema punitivo vigente, o que gera a "eficiente ineficiência", isto é, a incompetência do sistema penal com relação às suas funções declaradas, malgrado cumpra com eficiência suas funções não-declaradas, as quais serão delineadas, no corpo do trabalho. Por fim, serão ventilados dois casos concretos, como forma de ilustrar a tese levantada pelo trabalho.

**Palavras-chave:** política proibicionista. direito penal do autor. política carcerária. sistema carcerário. encarceramento em massa. garantismo penal.

## 1 INTRODUÇÃO

---

\* Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Ex-membro do Programa de Educação Popular em Direitos Humanos Lições de Cidadania em Ambientes de Privação de Liberdade. Representante do Instituto Brasileiro de Direito e Política de Segurança Pública – IDESP.Brasil no estado do Rio Grande do Norte. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica da Escola de Direito GV (FGV) - São Paulo. Membro da Comissão Técnica da Frente Universitária de Cooperação ao Sistema Prisional do RN (UFRN).

Com relação à política de proibição das drogas, acertado afirmar que, no tema, estão envolvidos diversos princípios constitucionais, dentre os quais destaco a saúde pública, a liberdade de autodeterminação do indivíduo, a dignidade da pessoa humana, a proteção integral da criança e do adolescente, o desenvolvimento nacional, a segurança pública. Nesse contexto, não é admissível, embora tal aspecto seja negligenciado em alguns debates (acadêmicos ou não) que não seja abordada a política de encarceramento em massa que a criminalização das drogas proporciona no Brasil (e na maioria dos países do mundo), através de uma atuação seletivo-punitiva. Sendo oportuno também ressaltar que tal política é muito bem utilizada, pelas entidades oficiais de repressão-punição, como mantenedora do *status quo*, como será abordado em tomo específico adiante.

Nesse sentido, o trabalho buscará, por meio de um olhar crítico acerca da realidade carcerária, da criminologia, da política criminal e da dogmática jurídico-penal, relacionar a política de encarceramento em massa que hoje se presencia e a falida política da *drugwar*. Tudo isso por meio do método lógico-dedutivo, através de breve análise de aspectos históricos, bem como uma perquirição normativa, com supedâneo em doutrina abalizada, nacional (como o Professor Shecaira) e estrangeira (a exemplos dos mestres Baratta e Zaffaroni), e confirmada por meio de estudos de casos concretos, os quais, por indução, confirmam as assertivas ventiladas ao longo do trabalho.

## **2 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS**

Cabe, pois, uma breve digressão sobre a instituição da política proibicionista nos EUA, país que disseminou a mesma no mundo (principalmente após a 2ª Guerra Mundial), através da Organização das Nações Unidas, a qual, à época, possuía mais da metade de seu orçamento dependente da nação norteamericana.

Temos isso, pois a maconha era considerada, no início do século XX, *droga de mexicanos*, grupo étnico-social formado por indivíduos que eram vistos pela *classe* branca estadunidense como preguiçosos, indolentes e agressivos, isto é, entidades exógenas, estranhas e de hábitos perigosos que traziam *venenos* e disputavam postos de trabalhos com aqueles que haviam se estabelecido na América há gerações (RODRIGUES *apud* ZACCONE, 2007. pp. 83).

Ora, os estereótipos morais e médicos, impulsionadores do início da política proibicionista no território americano (notadamente após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, quando a mão-de-obra mexicana passou a disputar os parques postos de trabalho que existiam), refletiram no século XX em todo o mundo ocidental, apresentando um alvo seletivo, que foi associado às substâncias psicotrópicas.

Logo, tais indivíduos, que praticavam o uso da *cannabis* desde sempre em suas culturas, foram criminalizados como forma de controle social do Estado norte-americano, a fim de resguardar seus *superiores valores*.

Qualquer semelhança não é mera coincidência. A política proibicionista no Brasil que, em 1932, através do Decreto 20.930, efetivamente proibiu o uso da *cannabis* no país, passou a servir de pretexto para a perseguição e o encarceramento dos grupos que utilizavam a maconha no período: notadamente os integrantes das camadas sociais marginalizadas, afrodescendentes, que dão início ao processo de favelização nas grandes cidades que então começam a surgir no Brasil. Vale salientar que tal processo de favelização é semelhante ao processo de guetização que ocorreu nos estados do norte dos EUA após a abolição da escravidão nas colônias do Sul (que deu início a uma sociedade altamente excludente, com uma segregação oficial cruel entre brancos e negros) (WACQUANT, 2003, pp. 112).

Noutro momento, no alvorecer da década de 1960, percebe-se que há uma mudança no uso da maconha, a qual passa a ser utilizada pela juventude urbana que, impulsionada pelo movimento *flower powere* por ato de protesto ao regime militar instaurado, passa a utilizar a *cannabis*, como um sinônimo de rebeldia e inconformação com a ordem posta.

Por meio da associação da maconha e de outras drogas com a rebeldia, foi lançada uma campanha repressiva no Brasil contra o uso dessas substâncias, que se averigua presente até hoje. Contudo, observa-se que a *guerra contra as drogas*, apesar dos seus vultosos custos de recursos financeiros e humanos, não minimizou, nem muito menos extinguiu, o consumo dos psicotrópicos em nossa sociedade. O consumo de drogas é uma realidade e se dá de maneira livre e desordenada, totalmente à sombra da regulamentação estatal, porém ao alcance de quem interessar.

Ao revés, a política proibicionista serve hoje de discurso legitimador das funções não declaradas do sistema penal, bem como seus efeitos colaterais são nefastos e acometem, precipuamente, as classes excluídas do processo capitalista.

Na direção oposta, temos que a política de Redução de Danos, a qual se afigura no cenário internacional como alternativa à falida política de *guerra às drogas*, não trata apenas

de uma minimização dos danos ao organismo do usuário, mas também se ocupa de evitar a situação em que “pessoas que, para obtê-la, afastam-se de suas famílias, correm riscos de prisão e processo criminal, de danos físicos e de morte devido a drogas adulteradas” (CARVALHO, 2009, pp. 134).

Enfim, é preciso repensar a política proibicionista que se encontra vigente e, após a análise do tema e dos assuntos correlatos e transversais, estabelecer uma perspectiva de mudança com relação ao tratamento que nossa sociedade dispensa ao usuário das drogas.

### **3 O NOVEL DIPLOMA LEGAL ANTIDROGAS: AVANÇOS E RETROCESSOS**

O regime instituído pela Lei 11.343/2006 vem gerando, através do mau uso pelas entidades repressoras e pela má redação do texto legal, o encarceramento em massa de certas faixas da população brasileira.

Nada obstante, existe a falsa sensação de que esta Lei foi um avanço na política de tratamento das drogas, por ter, em seu art. 28, despenalizado o consumo pessoal de qualquer droga ilícita, prevendo apenas medidas alternativas como punição para essa conduta. Todavia, constata-se uma realidade distinta da prevista em lei, uma vez que essas medidas socioeducativas não se concretizam na prática, talvez pela falta de destinação orçamentária específica ou pela falta de vontade política das instituições envolvidas com o sistema penal.

Não se quer, no entanto, não admitir que a Lei 11.343/2006 possibilita um avanço, no sentido de que, *se caracterizado o consumo pessoal*, o usuário não será punido com pena de prisão, embora receba outras reprimendas previstas legalmente<sup>1</sup>. Por esse motivo, não se pode dizer que houve uma descriminalização do uso, já que subsiste a possibilidade de punição desta conduta.

Ademais, é preciso perceber que o texto da lei atual não é claro o suficiente, deixando quesitos subjetivos para as autoridades coatoras preencherem, no sentido de configurar o crime de tráfico ou de consumo de drogas. Dessa maneira, a lei permite que o Estado aja arbitrária e seletivamente, o que proporciona casos esdrúxulos de condenações

---

<sup>1</sup>O art. 28 da “Lei de Drogas” trata do assunto, direcionando ao usuário as seguintes possibilidades de sanção: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

indevidas<sup>2</sup>, conforme será observado em tomo posterior, quando da análise de casos concretos.

Em contrapartida, é preciso perceber que a referida lei aumentou consideravelmente a pena em abstrato para as condutas de tráfico de drogas, cuja pena mínima passou de três (conforme era previsto no art. 12 da revogada Lei 6.368/1976) para cinco anos, ferindo frontalmente o princípio constitucional e penal da proporcionalidade.

Além da violação ao postulado jurídico da proporcionalidade, a Lei 11.343/2006, em seu art. 33, parágrafo 3º, possibilita a aplicação da pena de prisão ao sujeito que, sendo usuário, oferece a droga a alguém de seu relacionamento para que em conjunto a utilizem. Tal prescrição legal contempla de forma bastante peculiar o uso da maconha, haja vista ser comum a sua utilização em grupos, fato que será analisado em tópico específico.

Sendo assim, a Lei nº 11.343/2006, apesar de todas as discussões, não representa uma evolução, e sim um verdadeiro engodo. Apenas “abre perspectivas para que a sociedade veja o problema das drogas sem o estereótipo da moralidade e do puritanismo, e encare o consumo como um fenômeno social que tem a necessidade de ser repensado”(CARVALHO, 2009, pp. 137).

#### **4 REALIDADE BRASILEIRA**

Esclarecedor, a título de introito da análise da situação do sistema penal do Brasil hoje, o seguinte trecho, retirado do portal do Observatório de Segurança Pública<sup>3</sup>, o qual afirma:

Nos últimos anos, várias iniciativas na área da Segurança Pública e da Justiça Criminal emergiram, procurando dar conta das questões relativas à eficiência da ação policial, ao acesso à justiça, à reforma da legislação penal, à reforma das prisões, ao controle do crime organizado e da corrupção, ao controle da ação policial, da tortura e da discriminação, ao policiamento comunitário, entre outras iniciativas que merecem ser recenseadas e melhor avaliadas.

Contudo, tais iniciativas não lograram êxito, até o momento, em seus objetivos, motivo pelo qual, na realidade, observamos que o sistema punitivo continua cumprindo suas funções não-declaradas de encarceramento em massa das populações fragilizadas pela exclusão dos mercados de trabalho e de consumo, pois temos que

---

<sup>2</sup> Conforme pode ser observado no portal [www.bancodeinjusticas.org.br](http://www.bancodeinjusticas.org.br).

<sup>3</sup>Disponível em:< [www.observatoriodeseguranpublica/dados/](http://www.observatoriodeseguranpublica/dados/)>, Acesso em 20 jan. 2012.

É o governo político hoje dominante dessa transformação o que impõe como ideologicamente preferível “excluir” que “incluir”, certamente não porque tenha poder para controlar socialmente todos os excedentes utilizando-se da repressão penal e prisional, mas porque a resposta dada pela criminalização da pobreza é simbólica e, portanto, pedagogicamente coerente com a conhecida necessidade de afirmação das virtudes neoliberais: uma sorte de puritanismo cultural que determinaria a produção contínua das “cruzadas mortais” que se refletem nas políticas criminais, das que a *drugwar* da segunda metade do anos 70 marcaria tanto a epifania quanto o modelo paradigmático, no qual foram se inspirando todas as políticas que apelam à necessidade de elevar a moral dos costumes, inclusive por intermédio de uma forte recuperação da ideia de merecimento de castigo (PAVARINI, 2009, pp. 96) (*grifos no original*).

Temos, pois, que a época hodierna está sendo marcada pela passagem do *welfarestate* para uma espécie de *prison-fare state* (apenas para as classes excluídas, por óbvio). Não se olvida para o fato de que, para as classes média e alta da sociedade, impera um Estado Democrático e Constitucional de Direito. O que temos é que “o fracasso da ideologia do tratamento ressocializador direcionou a resposta penal para uma forma retributiva simbólica e para a neutralização ou intimidação específica dos infratores” (ZACKESKI, 2011, pp. 2-3).

Nesse prisma, dados divulgados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) apontam que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, com 494.598 presos. Com essa marca, o país está atrás apenas dos Estados Unidos, que têm 2.297.400 presos, e da China, com 1.620.000 encarcerados.

Nos últimos cinco anos, houve um crescimento de 37% no número de presos do Brasil. Em 2009, a maior parte dos presos em todo o país respondia por tráfico de drogas, segundo o Relatório de Dados Consolidados no ano de 2008 do Infopen<sup>4</sup> – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, integrante do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça. De acordo com o levantamento, em 2009, 91.037 (noventa e um mil e trinta e sete) pessoas estavam nas prisões por tráfico de entorpecentes, sem contar as que estavam custodiadas em delegacias de polícia ou ainda eram presos provisórios.

Todos esses dados, se analisados por uma ótica policial e ultrapassada de Segurança Pública (a exemplo do discurso apropriado pelas correntes de endurecimento penal do Direito Penal do Inimigo e do movimento da Lei e da Ordem, as quais vêm se aperfeiçoando em vários estados norte-americanos, em especial da Califórnia, Texas, Flórida e Nova York), poderiam mostrar uma “excelente estatística”, a qual comprova a eficiência do aparato policial do nosso país. Todavia, crer que essa realidade é a melhor possível é tão lamentável quanto a própria realidade carcerária.

---

<sup>4</sup>Disponível em: <[www.infopen.gov.br](http://www.infopen.gov.br)>, Acesso em: 06 ago. 2011.

Logo, toda a política de repressão ao comércio de drogas ilícitas está voltada a combater a figura do traficante, “inimigo da sociedade”, o qual, ainda no final dos anos 90, já representava em torno de 60% da população carcerária no estado do Rio de Janeiro. Sendo ainda válido ressaltar que, na realidade carioca, dos 12.072 presos no regime fechado, 7.398 tinha por motivo da condenação o tráfico de entorpecentes, segundo o Anuário Estatístico do Rio de Janeiro de 1998 (ZACCONI, 2008, pp. 11).

Portanto, declara-se guerra ao traficante, a fim de que o mesmo seja neutralizado, de preferência sem nenhuma garantia constitucional e processual assegurada, com o discurso de que o usuário deva receber tratamento médico e não ser tratado como criminoso (o que, efetivamente, não acontece). Contraditoriamente, no entanto, observa-se que a Lei 11.343/2006 deixa uma margem de discricionariedade ao *parquet* e ao juiz (além do próprio Delegado de Polícia que, excepcionalmente nos delitos envolvendo traficância, deve imprimir suas concepções pessoais no relatório final do Inquérito Policial) para que os mesmos definam se a conduta imputada configura-se consumo pessoal ou tráfico de entorpecentes.

Dessarte, em virtude dessa margem arbitrária conferida pela Lei de Drogas e da carga paradigmática e ideológica que a questão das drogas carrega em si, bem como de estereótipos sociais que conferem periculosidade a certos indivíduos possuidores de determinadas etiquetas (conforme a doutrina do *labeling approach* aduz), os usuários pobres, negros, sem instrução educacional/profissional e de baixa classe social (marcados pela tríplice estigmatização proposta por WACQUANT (2003, pp. 119)), os quais são flagrados pelas forças policiais e submetidos ao procedimento judicial, são condenados como se traficantes fossem.

Aí se avulta o engodo que a nova legislação antidrogas traz consigo.

#### **4.1 Seletividade Punitiva**

Pode-se observar o perfil dos apenados ao realizar uma visita a qualquer estabelecimento prisional do país. A hegemonia de classe social, faixa etária, etnia e nível educacional dentro dos estabelecimentos prisionais é notória.

Em sua esmagadora maioria, os apenados são: a) pobres, b) jovens, c) negros e d) sem instrução educacional ou formação profissional. Esses indicativos constata onde é a real incidência do aparato repressor do Estado, culminando num encarceramento direcionado a grupos determinados, levado à cabo pelas agências punitivas estatais.

Corroborando com a análise, segundo os dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (INFOPEN), 73,8% dos apenados no Brasil são jovens entre 18 e 34 anos de idade, e 65,7% não completaram o ensino fundamental. Some-se a isso o fato de que de toda a população carcerária do Brasil na atualidade, “menos de 20% estão envolvidas em atividades educacionais e menos de 25% estão envolvidas em atividades laborativas, embora essa população tenha índices muito baixos de acesso à educação e ao mundo trabalho antes do encarceramento” (SILVA, 2009, pp. 142). Sendo, ainda, relevante observar que “entre os cerca de 400 mil indivíduos privados de liberdade no Brasil em 2007, cerca de 70% não haviam completado o ensino fundamental e 10,5% eram analfabetos”(SILVA, 2009, pp. 148).

Coadunando com essa perspectiva, trazendo para o recorte realizado no presente trabalho, Orlando Zaccone, durante sua atuação como delegado de polícia do Rio de Janeiro, reflete que:

Acabei por encontrar uma realidade diversa daquela que nos é apresentada, diariamente, enquanto “verdade”. Os criminosos autuados e presos pela conduta descrita como tráfico de drogas são constituídos por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma. [...] O sistema penal revela assim o estado de miserabilidade dos varejistas das drogas ilícitas, [...] ou seja, aqueles jovens (e até idosos) pobres das favelas e periferias cariocas, responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial por não apresentarem nenhuma resistência aos comandos de prisão [superlotando os presídios e as casas de detenção]” (ZACCONI, 2008, pp. 11-12).

Tem-se, pois, que os marginalizados são particularmente afetados pela *guerra contra as drogas*, pois são induzidos a se envolverem com a traficância, por terem esta atividade como parâmetro positivo de suas realidades, e, ao mesmo tempo, têm a atuação do aparelho policial-repressor voltada para eles, sem, no entanto, dispor de meios (ao contrário dos envolvidos com drogas das altas classes sociais) para resistir a essas investidas estatais. “Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costumase orientar por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes” (ZAFFARONI, 2008, pp. 69).

Corroborando com a discussão e ajudando a relacionar os conceitos até aqui expostos, valiosas são as lições de BARATTA, o qual nos fala:

Temos várias vezes verificado que, no âmbito da nova sociologia criminal inspirada no *labelling approach*, é salientado que a criminalidade, mais que um dado preexistente comprovado objetivamente pelas instâncias oficiais, é uma *realidade social* de que a ação das instâncias oficiais é elemento constitutivo. Estas constituem tal realidade social através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduz



no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população. Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*secondcode*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais. A hipótese da existência do *secondcode* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor que já tem dado ótimos frutos para a pesquisa sociológico-jurídica (BARATTA, 2002, pp. 178-179).

Resta, portanto, evidente o *modus operandi* do sistema punitivo hodierno, seletivo e discriminatório, de forma que as camadas mais débeis da população tornam-se alvos fáceis diante da vulnerabilidade destes perante a máquina repressora do Estado. Aprofundando, podemos nos valer da valiosa lição de Gilberto Velho, o qual nos afirma que uma das abordagens mais influentes e significativas do comportamento desviante está na obra de Merton o conceito de *anomie*. Diz o autor:

A análise funcional concebe a estrutura social como ativa, como produtora de novas motivações que não podem ser preditas sobre a base de conhecimento dos impulsos nativos do homem. Se a estrutura social restringe algumas disposições para agir, cria outras (MERTON *apud* VELHO, 1974, PP. 191-192).

Dessa forma, na presente análise, podemos tomar o ensinamento de Merton no sentido de que, se a estrutura social produz restrições a certas classes da sociedade, como, *verbi gratia*, as limitações no que tange às opções de trabalhos dignos, produz também outras opções de sobrevivência, que são apresentadas a esse grupo-alvo por meio da ilegalidade, como a vida criminoso, na qual se inclui, no modelo proibicionista, o tráfico de entorpecentes.

Visando explorar esse tema, salutar os apontamentos de SCHABBACH, GRIZA e TIRELLI:

Devido a sua posição social, as pessoas são diferentemente vulneráveis a: a) oportunidades para aprender e performar atividades que serão taxadas de criminosas, e b) sofrer reações punitivas de autoridades quando tais atividades são descobertas. Portanto, através de diversos mecanismos, os indivíduos sem recursos e sem poder políticos são conduzidos ao comportamento criminal (SCHABBACH; GRIZA; e TIRELLI, 2011, pp. 12).

Logo, não é preciso grande esforço para perceber o ciclo vicioso que a engrenagem social proporciona a certos indivíduos, tendo em vista que “o pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se torna pobre” (SHECAIRA, 2009, pp. 328).

#### 4.1.1 Análise de casos concretos: O caso Maria dos Anjos

Visando dar empirismo ao presente trabalho, vou-me valer de duas situações, ao longo da exposição, com as quais me deparei quando da atuação no projeto de extensão da Universidade Federal do Rio Grande do Norte: Lições de Cidadania em Ambientes de Privação de Liberdade.

Tal projeto atua pautado no método de educação popular de Paulo Freire, levando, ao Complexo Penal Dr. João Chaves, localizado em Natal/RN, na ala feminina deste, temas relacionados à cidadania, em seu conceito mais genuíno, de forma horizontal e não-dogmática.

Nas oportunidades dos encontros de cidadania, frequentemente abre-se espaço para o compartilhamento de ideias e experiências, motivo pelo qual soube da história de vida de várias daquelas mulheres que estavam encarceradas, a maioria em virtude de crimes relacionados às drogas.

A título ilustrativo, demonstrar-se-á dois exemplos simbólicos de como a política proibicionista dispensa tratamento desigual aos traficantes de drogas (e até mesmo aos usuários), caracterizando a seletividade deste modelo, que, na verdade, se presta ao papel de inocuidade (ou neutralização) dos indivíduos excluídos dos mercados de trabalho formal e de consumo de massas, por meio do encarceramento massivo dos mesmos.

Nesse sentido, relato a vivência experimentada por Maria dos Anjos, 53 anos, condenada a 12 anos de prisão por ser casada com um traficante. Seu marido sustentava a sua casa, localizada em um bairro suburbano da capital norterriograndense, e família (quatro filhos) com os produtos da comercialização do ilícito.

Em sede de instrução criminal, apesar de afirmar com veemência de que nunca se envolvera com a traficância realizada pelo seu cônjuge, o juiz competente não compreendeu sua situação de necessidade face às privações que a vida lhe impusera.

Ela não poderia negar que tinha conhecimento acerca da atividade desenvolvida pelo seu marido (o qual não foi condenado, pois não foi identificado pelos órgãos de persecução penal), mas, seria proporcional e, acima de tudo, justo condenar uma mulher de 53 anos de vida a 12 anos de reclusão, com regime inicial fechado, por causa do crime que *seu marido cometeu* (mesmo que se olvide ao propósito de sustento de uma família)?

Maria dos Anjos encontra-se presa no Complexo Penal Dr. João Chaves há quatro anos (e, portanto, já deveria ter obtido progressão do regime de cumprimento de pena, não logrando êxito nisso em virtude da falta de assistência jurídica adequada) e hoje não tem mais perspectiva nem estímulo para sua vida.

#### **4.1.2 Direito penal do fato versus Direito penal do autor**

A referida política de combate às drogas, focada no controle social de determinados grupos-alvo de indivíduos, consagra o que hoje é conhecido como Direito Penal do Autor, em contraposição ao Direito Penal do Fato que hodiernamente norteia, pelo menos nos discursos dogmático e político, nosso ordenamento jurídico-penal e das demais nações ocidentais.

Aduz-se, por conseguinte, que “guardadas as especificidades históricas de cada momento, os agricultores de coca na Bolívia e os favelados do Rio de Janeiro, passaram a ser alvos dessa política específica de controle” (ZACCONI, 2008, pp. 23).

Tendo isso elucidado, acertado afirmar que a seletividade punitiva que o modelo de criminalização das drogas causou, possui uma expressão notória de exclusão social e marginalização de determinados grupos de risco que são mais propensos e vulneráveis. A veracidade dessa assertiva é constatada quando se analisa o encarceramento em massa que ocorre nas populações de baixa renda em nossas periferias.

Nesse sentido, estamos diante da seletividade punitiva da política proibicionista, a qual criminaliza os chamados “consumidores falhos”, isto é, a massa excluída do processo capitalista sendo “aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos” (BAUMAN, 1998, pp. 57).

Dessa forma, o viés de Direito Penal do Autor que acomete a atual legislação pertinente às drogas, fundamenta a legitimidade da guerra contra as drogas na questão individual, pessoal, do consumidor e do traficante.

Por conseguinte, o peso da criminalização das drogas recai sobre os ombros do usuário, e o traficante, transformado em inimigo por parte da dogmática jurídico-penal, é execrado, com uma tentativa de expansão do Direito Penal, que visa minar todas as garantias constitucionais e processuais do acusado de traficância.

Sob este prisma da análise, observa-se um embate entre duas posições doutrinárias antagônicas, quais sejam i) o garantismo penal e ii) o direito penal do inimigo.

O garantismo penal visa dar plenitude ao Direito Penal do Fato, de forma que o agente seja punido pelo que efetivamente *fez*, por meio de critérios objetivos e pré-fixados em lei (com base nos axiomas relacionados por Luigi Ferrajoli em sua obra *Derecho y Razón*), que não façam discriminação de raça, classe social, credo ou qualquer outra estirpe. Dessa forma, consagra-se o princípio da legalidade, da isonomia, do devido processo legal, apenas a título exemplificativo.

No anverso, encontra-se a corrente que busca o Direito Penal do Autor, que é hoje dogmaticamente superada, mas possui forte aceitação no mundo político e no senso comum. Tal teoria busca punir o agente pelo que ele *é*, e não pelo que ele cometeu, amparado em critérios subjetivos e discriminatórios, em uma visão prospectiva, *legitimando-se* pelo risco que o acusado causa ou possa vir a causar à sociedade, aos *homens de bem*.

Tem-se, pois, na hodierna legislação antidrogas, claro viés de Direito Penal do Autor, que encontra supedâneo na doutrina do Direito Penal do Inimigo (elaborada pelo professor Günther Jackobs), além de amparo na política de *Tolerância Zero* e no movimento *Lei e Ordem*. Tal movimento foi encabeçado pelo ex-prefeito nova-iorquino Rudolph Giuliani, o qual iniciou uma campanha para varrer das ruas de Nova York os *inconvenientes*, isto é, os pedintes, mendigos, e cometedores de pequenos delitos, que, em sua grande maioria, possuíam como denominador comum o fato de serem usuários de drogas ilícitas<sup>5</sup>.

Além da Lei de Drogas, outros dispositivos legais, como a Lei de Crimes Hediondos<sup>6</sup> e dispositivos esparsos ao longo do *Codex Penal* (a exemplo das circunstâncias judiciais de conduta social, personalidade do agente e antecedentes, previstas no art. 59 do Código Penal, além do próprio instituto da reincidência e o infame Regime Disciplinar Diferenciado), consagram, veladamente, a doutrina do Direito Penal do Autor (ou, mais a fundo, o próprio Direito Penal do Inimigo), no ordenamento jurídico brasileiro. Sobressalta-se, pois que “na

---

<sup>5</sup>A doutrina de Giuliani tem se expandido, por meio da consultoria que a *Giuliani Partners LLC* (Grupo Giuliani de Consultoria) tem prestado em vários países, a exemplo da consultoria contratada pelo governo do Distrito Federal Mexicano em 10 de outubro de 2002. Válido falar sobre a *GiulianiConsult* e das consultorias do México e daquela que está prevista para a cidade do Rio De Janeiro. Para maiores informações, consultar: ZACKSECKI, Cristina Maria. *Relatos sobre a consultoria Giuliani no México. Um exemplo para o Rio de Janeiro?*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3203.pdf>> Acesso em: 09 ago. 2011.

<sup>6</sup>A lei nº. 8.072/90 delimita os crimes hediondos e os pune com a inafiançabilidade, a vedação de graça, indulto e a impossibilidade de progressão de regime, sendo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Tendo sido, com acerto, declarada a inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, dos dispositivos legais que impossibilitavam a progressão de regime para esses crimes e a obrigatoriedade do regime inicial fechado.

realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações” (ZAFFARONI, 2008, pp. 66).

Temos, pois que:

A lei que temos é sancionadora de violência. Sancionadora de violência institucionalizada porque fornece os instrumentos jurídicos para a perpetuação das injustiças sociais. Sancionadora da violência privada, porque pune sobretudo os crimes dos pobres, ao mesmo tempo em que gera esses crimes ao legitimar uma organização social na qual são lícitas as condutas altamente anti-sociais praticadas pelas classes opressoras. Sancionadora da violência oficial, mantendo com aparências de legitimidade todo um aparelho de coerção contra as classes oprimidas e de manutenção de seu estado de marginalização (HERKENHOFF, 1990, pp. 29).

Nesse diapasão, é preciso ressaltar que a influência do Direito Penal do Autor jamais saiu do cenário jurídico-penal, tendo, na verdade, migrado para o conceito de culpabilidade, que é elemento integrante, para os que se filiam à corrente tripartite, da teoria do delito. Esta “migração” é o motivo que faz a doutrina bipartida do delito (isto é, a doutrina que acredita que para configurar o delito, a ação precisa reunir, apenas, tipicidade e antijuridicidade, não necessitando da configuração da culpabilidade, o qual passa a ser considerado como condição da pena) excluir a culpabilidade da análise dos elementos do crime, pois esta não é relativa ao fato, e sim ao agente.

Nada obstante, é preciso descortinar o engodo de que a política proibicionista é legitimada pelo próprio consumo do usuário e pela comercialização do traficante, de forma que nós, após a quebra do referido paradigma, possamos, primeiro, enxergar os alarmantes efeitos colaterais que a *drugwar* gera (em especial o encarceramento em massa de indivíduos pertencentes a certos grupos de risco) para, ato contínuo, buscarmos soluções, dogmáticas e políticas.

Em suma, “o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana” (ZAFFARONI, 2008, pp. 107).

## **4.2 Atuação policial**

O aparato policial, por sua vez, concretiza a seletividade punitiva ao atuar de maneira ostensiva e degradante nas comunidades de baixa renda, realizando verdadeiras arbitrariedades que são de conhecimento amplo e geral da população brasileira, em especial

daquela que é marginalizada e participa do processo de favelização dos subúrbios das metrópoles brasileiras.

Nesse momento da análise, é oportuno afirmar que o Estado tem sido falho em cumprir com sua parte no *contrato social*, em especial pela omissão no controle externo do aparato policial, que dá azo ao comportamento que a polícia apresenta, pautada em um histórico de violência letal e de corrupção, fazendo com que essa instituição seja temida e detestada nas comunidades pobres, as quais arcam com o ônus do despreparo da polícia brasileira.

Nesse sentido, não se pode falar que o consumo de drogas entre os integrantes das classes mais abastadas é menor do que aquele que ocorre nas periferias. A realidade é que o uso destas substâncias pelos membros das classes altas se dá muito distante das áreas de atuação da polícia, dentro dos condomínios fechados e clubes de luxo. Logo, apenas se mostra com mais clareza o desdobramento seletivo que existe na criminalização das drogas.

Ademais, a polícia e sua tradição de corrupção protagonizam o processo de encarceramento em massa das classes marginalizadas, entre outros fatores, na medida em que, ao extorquirem usuários de drogas das classes média e alta, deixam claro um recado: aqueles que não se sujeitarem às extorsões terão um fim trágico, pois se envolverão com o sistema penal e, possivelmente, com o sistema carcerário.

Esse recado resta explícito quando a polícia prende e acusa de tráfico usuários das classes baixas, os quais não possuem poder aquisitivo para suportar a extorsão, que dirá oferecer suborno. Por conseguinte, são autuados e acusados por tráfico, em virtude do permissivo legal de que “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, *ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*”<sup>7</sup>.

Visando abordar também uma perspectiva sociológica desse fenômeno é-nos afirmado que, em uma análise realizada nas comunidades de baixa renda entre a população jovial:

Os indivíduos que vão para o tráfico, geralmente, vivenciam forte pressão familiar e social para largar a escola em uma idade precoce e começar a trabalhar. Isto pode ser associado a padrões culturais muito presentes em nossa sociedade que ressaltam o caráter dignificante do trabalho, que envolvem a necessidade, referida pelos adolescentes, de liberdade, de autonomia, de poder, de acesso a bens de consumo,

---

<sup>7</sup>Lei 11.343/2006, art. 28, § 2º.

possibilitados pelo trabalho e pelo dinheiro. Apesar dos aspectos negativos atribuídos à participação no tráfico (morte, violência policial, punição pelos companheiros etc.), esses jovens atribuem um sentido positivo que ultrapassa a aquisição de dinheiro e bens de consumo [...]. Dessa forma, observa-se que outros elementos compõem a dinâmica do tráfico, os quais sustentam tais práticas, reforçam o envolvimento e premiam o jovem envolvido (CARVALHO, 2009, pp. 131).

## 5 CASO PARTICULAR: MACONHA

Abstratamente, o consumo individual da maconha não permite a prisão de quem a utilize (art. 28 da Lei 11.343/2006). Todavia, permite que seja efetuada a prisão dos usuários em grupo, pelo que preconiza o tipo plurinuclear descrito no art. 33 da “Lei de Drogas”. Ou seja, o usuário que oferece droga a outrem, para utilização conjunta, comete o crime de *tráfico de drogas*, conforme aduz o dispositivo legal supracitado.

Dessarte, o consumo da maconha está sendo especificamente afetado pela legislação atual, pois esta reprime o consumo que não seja do usuário isolado, o que dá margem à que o *consumo* da maconha seja veladamente tipificada como *tráfico de entorpecentes*, uma vez que, tradicionalmente, e pela própria natureza socializante desta droga, a maconha é consumida em grupos.

Sendo assim, o usuário de maconha está sendo particularmente afetado, sub-repticiamente, pela pena de *prisão* pelo simples *consumo* da substância, tendo em vista que a utilização dessa substância psicoativa se dá, na maioria esmagadora dos casos, em grupo<sup>8</sup>. Não se nega a ocorrência da utilização individual da *cannabis*, apenas se constata que tal utilização é irrisória e insignificante perante o consumo que se dá nas famosas “rodinhas”, ou grupo de usuários.

As políticas relativas ao tema das drogas devem atuar proporcionalmente sob os diversos agentes do processo de produção, comercialização e consumo dessas substâncias, divergindo a figura do traficante da figura do usuário. Dessa forma, a política de prevenção/repressão ao uso de drogas deve ser revista, a fim de impedir ilegalidades e tornar efetivo, *in casu*, o princípio constitucional da proporcionalidade.

### 5.1 O caso de Daniela

---

<sup>8</sup> Reitero: a “Lei de Drogas”, em seu art. 33, §3º, possibilita a aplicação de pena de prisão ao sujeito que, sendo usuário, oferece a droga a alguém de seu relacionamento para que em conjunto a utilizem.

Daniela, 21 anos, presa desde os 18 por tráfico de drogas. O motivo? Foi pega perto de casa com uma “trouxinha” de cerca de dois gramas de maconha que, segundo declarações dela mesma, foi adquirida pela quantia de R\$ 5,00 (cinco reais).

A jovem foi acusada e condenada por tráfico de drogas, *em virtude do local e das circunstâncias em que se encontrava quando foi apanhada pela força policial*.

Daniela recebeu a pena mínima cominada ao tipo penal imputado, isto é, cinco anos de prisão, em regime inicial fechado (pois o magistrado entendeu que seria medida prudente diante *da conduta social e personalidade inadequadas da acusada*).

Seguindo os ditames processuais-penais, estabelecidos para a espécie na Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), com as alterações trazidas pela Lei 11.464/2007, que, no §2º do seu art. 2º determina que, pelo critério objetivo da progressão do regime de pena, esta se faz possível com 2/5 da pena cumprida (sendo 3/5 em caso de reincidência).

Por conseguinte, Daniela deveria ter progredido com dois anos de pena cumprida. Todavia, pela ausência de uma assessoria jurídica adequada (como também ocorrera, *coincidentemente*, com Maria dos Anjos) já se encontra com três anos de pena cumprida em regime fechado. Sem perspectivas de vida, até mesmo pela falta de opções de educação e profissionalização no ambiente em que está inserida, está sendo forçada a desperdiçar a sua juventude dentro de uma cela fétida e desumana.

Coadunando, temos que:

Por consequência, a indefinição sobre o tempo de permanência no cárcere, ou, pelo menos, nos regimes mais severos, passa a se caracterizar como situação *normal* na execução da pena. E a liberdade, como também uma simples progressão de regime penitenciário, passam a ser considerados *prêmios* ao preso que demonstre respostas positivas à terapêutica reabilitadora [e possua bons advogados], ao invés de *direitos* de que são titulares todas as pessoas submetidas ao cárcere (CAETANO DA SILVA, 2009, pp. 72).

Sob esse prisma da análise, torna-se imperativo repensar o atual modelo de combate ao consumo e comercialização de drogas no Brasil e no mundo, a fim de evitar que atrocidades oficiais aconteçam, se reiterem na *práxis* e, em vez de atrocidades, se tornem naturalmente aceitáveis. Ora se dá uma completa inversão de valores, como que algo abominável tenha se tornado regra.

## 6 CONCLUSÃO



Em síntese, é preciso que reavaliemos o modo como encaramos qual o tratamento estatal que deve ser dispensado à questão das drogas, buscando quebrar o paradigma de que tal quesito possui índole pessoal, em vez de social, individual, em vez de coletiva. Conforme visto ao longo do trabalho, os temas transversais ao consumo e comercialização das drogas ultrapassa a barreira do indivíduo, de forma que possui repercussões concretas no plano coletivo.

Necessitamos, pois, de uma quebra paradigmática que rompa com o atual modelo de combate às drogas, comprovadamente falido pela experiência do século passado para, enfim, enxergar os malefícios, especialmente sentidos pela classe marginalizada, trazidos por essa estratégia.

Nesse sentido, é importante perceber que a repressão às drogas, por meio da atuação ostensiva e seletiva do aparato policial-repressor do Estado, gera um encarceramento em massa, notadamente de indivíduos pobres, jovens, negros e sem escolaridade e/ou formação profissional, o que atenta frontalmente contra o espírito da Carta Cidadã de 1988.

Devemos, por conseguinte, buscar, por meio do questionamento ao atual modelo proibicionista, desenvolver e implementar uma política criminal e carcerária que tenha, com viés de política pública, o intento de impedir que as classes marginalizadas da sociedade capitalista, estruturalmente vulnerabilizadas, continuem sendo alvo da violência oficial que atua com um verdadeiro *sadismo institucional*.

Sem embargo, devemos considerar que temos o dever de pensar essa política pública e que esta pode ser encarada como “a expressão do ímpeto humano de reimaginar o futuro, construindo pontes com possibilidades não exploradas para organização de nossa vida em comum” (SILVA, 2009, pp. 140.).

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Coleção Pensamento Criminológico. 3ª edição. Rio de Janeiro: Edit. Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. de: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Edit. Jorge Zahar, 1998.

CARVALHO, Virgínia Martins. Drogas: Descriminalização? *in* **Criminologia e os Problemas da atualidade**. (Org.) SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Edit. Atlas, 2009.

CAETANO DA SILVA, Haroldo. **Ensaio sobre a pena de PRISÃO**. 1ª edição. Curitiba: Edit. Juruá, 2009.

HERKENHOF, João Baptista. **Direito e utopia**. 2ª edição. São Paulo: Edit. Acadêmica, 1990.

PAVARINI, Massimo. A nova penologia e processos de reencarceramento no mundo. *in* **Educação em prisões na América Latina: direito, liberdade e cidadania**. Brasília: UNESCO, OEI, AECID, 2009.

SCHABBACH, Leticia M.; GRIZA, Aida e TIRELLI, Claudia. **A contribuição dos sociólogos clássicos para a análise da violência e do crime**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, Acesso em 30 set. 2011.

SILVA, Fábio de Sá. Educação para todos e o sonho de uma nova política penitenciária para o Brasil. *in* **Educação em prisões na América Latina: direito, liberdade e cidadania**. Brasília: UNESCO, OEI, AECID, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e Política Criminal: A Experiência Brasileira. *in* **Criminologia e os Problemas da atualidade**. (Org.) SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Edit. Atlas, 2009.

VELHO, Gilberto. **DESVIO E DIVERGÊNCIA: uma crítica da patologia social**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Edit. Zahar, 1974.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Edit. Renavan, 2003.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Edit. Revan, 2007.

ZACKSESKI, Cristina Maria. **A GUERRA CONTRA O CRIME**: Permanência do autoritarismo na política criminal latino-americana. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1311798220.pdf>>, Acesso em 20 dez. 2011.

ZACKSESCKI, Cristina Maria. **Relatos sobre a consultoria Giuliani no México. Um exemplo para o Rio de Janeiro?**. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3203.pdf>>, Acesso em: 09 ago. 2011

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 – Parte Geral. 7ª edição. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2008.

## **MASS INCARCERATION: PRODUCT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN POLICY PRISON AND PROHIBITIONIST**

### **ABSTRACT:**

This paper seeks to analyze the current prohibitionist politics, substantiated by the war on drugs, and the prison policies corresponding to that model of drugs combat. There is, in this meaning, that specially in Brazil, it is utilized this speech to justify the mass incarceration that has been occurring on the last few decades. Far will, on the attempt to explain the recrudescence process on brazilian criminal legislation and all around the world (driven by the tolerance zero policy and the Law and Order movement), establish a relation between the theories of the Author's and the Fact criminal law, drawing a parallel on the doctrinarie conflict between the theories of Enemy's Criminal Law and Guarantee of Right to Trial. It'll seek to make a comparative analysis between the Law 11.343/2006 and the old anti-drugs law (6.368/76), identifying it as a trick that causes setbacks on the way the state deals with this issue, emphasizing the peculiar mode that the novel diploma affects the cannabis sativa (marijuana). It'll be analyzed the brazilian prison system, relating it to the prohibitionist policies. A reflection will be made on the way the police forces acts, as well as the selectivitie of the current punitive system, what generates a "efficient inefficiency", that is, the penal system incompetence relative to your declared fuctions, despite it fulfills with efficiency it's non-declared functions, witch'll be bounded in this paper. At last, it'll be

ventilated two concrete cases, as a way to illustrate the thesis brought up by this work.

**Keywords:** prohibitionist policies. author's criminal law. prison policies. mass incarceration. guarantee of right to trial.