

DROGRAS: CRIMINALIZAÇÃO, CRIMINALIDADE E IMPUTABILIDADE PENAL

Mariane Travi Ceconello



2. A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

Em dezembro de 2019 foi sancionado no Brasil o pacote “anticrime”, que impulsiona a discussão sobre a onda punitivista no país. As medidas da Lei nº 13.964/2019 revelaram o autoritarismo vigente, bem como o curso de políticas de extermínio contra as populações historicamente marginalizadas.

A ânsia pelo encarceramento, pela perseguição dos inimigos e pelo fim da impunidade se transformaram em uma norma que recrudesce tanto a lei penal material quanto a lei processual. Foram aprovados o alargamento do instituto da legítima defesa a agentes de segurança pública, o aumento do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, novas causas de aumento de pena, entre outras medidas que levarão a um superencarceramento, principalmente da população pobre e negra.

O sistema penal, como uma forma de controle social formal, seleciona tanto os bens jurídicos a serem protegidos, quanto os destinatários principais da norma. Essas escolhas visam a manter o *status quo* da classe dominante, perpetuando a estrutura de poder vigente.

O poder punitivo busca se sustentar (autolegitimar) em toda sorte de justificativas que lhe garantam o exercício do controle social, voltado à manutenção da autoridade e das configurações sociais mais favoráveis ao poder dominante. Conforme se analisará, portanto, há uma distância entre a operacionalidade (ser) e a programação (dever-ser) da dogmática penal.

Sob a análise de Loïc Wacquant, há um estreito laço entre a escalada do neoliberalismo como projeto ideológico que determina uma submissão ao “livre-mercado” e a celebração da “responsabilidade individual”, além do desenvolvimento de políticas de segurança punitivas, “centradas na delinquência de rua e nas categorias situadas nas fissuras e nas margens

da nova ordem econômica e moral que se estabelece sob o império conjunto do capital financeiro e assalariamento flexível”³

O Estado de insegurança criado nas décadas de 1960/1970, que recebeu as políticas de tolerância zero e de lei e ordem, não tiveram anos depois, as repostas supostamente esperadas e divulgadas no combate à criminalidade. Contudo, essa reação dura de um Estado não indulgente, não acanhou a adoção de políticas ainda mais recrudescedoras nas últimas décadas.

O endurecimento generalizado das políticas policiais, judiciárias e penitenciárias que se observa na maioria dos países do Primeiro Mundo nas últimas décadas faz parte de uma tríplice transformação do Estado, que contribui, simultaneamente para acelerar e confundir, aliando a amputação de seu braço econômico à reputação de seu regaço social e à maciça expansão do seu punho penal.⁴

A virada punitiva, contemporânea ao neoliberalismo, compreendeu, segundo Marcelo Semer⁵:

a) o fim da era da complacência com as incivilidades e, portanto, a ideia de punir as menores infrações; b) a proliferação de dispositivos tecnológicos e segurança privada; c) a disseminação de um discurso alarmista pela mídia e agentes de controle; d) o aprofundamento do discurso da eficiência na guerra ao crime, na valorização da vítima e na estigmatização de excluídos; e) a substituição da reabilitação pelo gerencialismo; f) o endurecimento legislativo e judicial.

Assim, em uma sociedade neoliberal, em que há pessoas descartáveis, que não produzem e que trazem ao Estado e ao capital mais prejuízo do que lucro, reservam-se as duras respostas penais. Essa nova política econômica busca globalizar procedimentos e soluções penalizantes, que

3 WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva], Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25

4 WACQUANT, op. cit, p. 30

5 SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 33

não seguem a construção do garantismo penal, tais como o *plea bargain*, o alargamento da transação civil e a privatização de presídios.

Não são apenas os aspectos econômicos que subverteram as taxas de encarceramento segundo David Garland.⁶ Para o autor, a influência da cultura do controle é essencial para essa virada punitiva, apontando fatores como o declínio do ideal de reabilitação; o ressurgimento de sanções retributivas; o tom emocional na política criminal, centrada na ampliação do medo; a centralidade da vítima e uma perpétua sensação de crise.

No mundo pós-moderno, em que as relações sociais são baseadas no individualismo, na competitividade e na ausência de solidariedade, a política punitivista adotada nas últimas décadas pelos países ocidentais vem ao encontro dessa ideologia, que responsabiliza individualmente o desviante, o inimigo, a escória da sociedade que deve ser alijada do convívio social. Põe-se um fim à ideia de reabilitação por meio do sistema carcerário.

Alimentando-se da substituição da liberdade por segurança, de ideias que colocam a ordem acima da dignidade e das vidas de seres humanos; de intensificadas buscas de bodes expiatórios; de renovadas fantasias acerca de crimes e de penas, o poder punitivo se expande e, com sua expansão, aprofunda a violência, os danos e as dores tradicionalmente provocados pela atuação do sistema penal.⁷

O proibicionismo das drogas ocupa um espaço central nesse novo modelo punitivo encarcerador. Como um inimigo invisível, um mal que precisa ser combatido, ao consumo de drogas e ao tráfico ilícito foi imputada a causa dos crimes violentos nas ruas, da destruição das famílias, da subversão da juventude, da violência. Para contê-lo, somente a prisão será eficaz nesse novo modelo. Mas não a prisão de todos. Somente dos mais vulneráveis, dos pobres, dos negros, dos marginalizados.

6 GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2014

7 KARAM, Maria Lucia. *Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais*. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 18 fev. 2023

2.1 A (Des)legitimação do Sistema Penal

Ao longo da história o sistema penal se transmuda e se legitima de diversas formas, conforme a alternância do poder dominante e de seus interesses.

Para que o Estado consiga manter o seu poder e a sua funcionalidade, necessita exercer diversos controles sociais (alguns feitos oficialmente, outros de forma indireta). O poder punitivo, por ser uma das formas de controle por essência, precisa ser continuamente legitimado e validado. Para Vera Regina Pereira Andrade,⁸

no estado moderno ocidental, o poder de punir e o sistema penal em que se institucionaliza é marcado por uma dupla via legitimadora. Por um lado, por uma justificação e legitimação pela legalidade que se conecta com o seu enquadramento na programação normativa; por outro lado, por uma justificação e legitimação utilitarista que se conecta com a definição dos fins (funções declaradas) perseguidos pela pena.

A ideologia da defesa social, como tendência comum às escolas clássicas e positivistas, traz a ideia central a de que o delinquente é um ser “mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa”.⁹

Ainda na contemporaneidade a doutrina da defesa social tem seus princípios usados por juristas e legisladores. “Seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado do justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional”.¹⁰

Alessandro Baratta, enfatizando que o conceito de defesa social possui uma função justificante e racionalizante, aponta que as teorias

8 ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177

9 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 215

10 BARATTA, Alessandro. 2011. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Instituto Carioca de Criminologia. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 44

sociológicas contemporâneas da criminalidade estão mais avançadas e que oferecem importantes pontos de vista para uma crítica e superação desse conceito.

Assim, o jurista italiano sistematizou diversas teorias e desenvolveu a negação à ideologia da defesa social¹¹, a qual conglomerava as principais narrativas principiológicas construídas pelo saber oficial para legitimar o sistema penal e suas respectivas críticas.

Segundo o princípio do bem e do mal, para a ideologia da defesa social, o delito é um dano social e considera o delinquente um elemento negativo e disfuncional do sistema. O desvio criminal seria o mal, e a sociedade constituída, o bem. Contudo, de acordo com o autor, a criminalidade é um fenômeno normal e necessário de toda a estrutura social e somente se torna um problema quando se torna um empecilho para a existência e o desenvolvimento da estrutura social. O que passa desse limite se denomina anomia.

O emprego da expressão “cidadãos de bem”, que reflete essa divisão entre o bem e o mal, é comum na mídia, principalmente no jornalismo sensacionalista, embora também esteja na narrativa de alguns atores do sistema penal. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já utilizou a expressão, embora hoje seja mais comum na primeira e segunda instâncias:

De outra banda, havia necessidade da cautela, pois os fatos atribuídos ao Paciente, bem assim, a ordem criminal na qual ele está inserida, demanda do poder público atenções redobradas, sob pena de acometer as pessoas de bem com o sentimento do medo e da desproteção.¹²

Salo de Carvalho¹³ destaca que, para a doutrina da defesa social, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e antissocial da conduta. Assim, a “abertura dos tipos incriminadores produz ruptura nos mecanismos formais de limitação da punitividade, cujo efeito será a potencialização do poder de coação direta”, ideal para o direito penal de exceção.

11 BARATTA, op. cit, p. 49-126

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 13.236/PB**, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 17/02/2003

13 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen, 2010. p. 114

O princípio da legitimidade, para a doutrina da defesa social, apresenta a legitimação do Estado para agir punitivamente por meio de mecanismos oficiais de controle social (legislação, política, justiça, instituições penitenciárias...), pois é a expressão da vontade social de querer ver punido o comportamento desviante, com vistas a fortalecer os valores e normas sociais.

Alessandro Baratta critica o princípio, argumentando que a sociedade, ao reagir contrariamente ao crime, confirma sua instintiva necessidade de reprimir aquilo que, dentro dela própria, é identificado com o que levou o sujeito a praticar um comportamento desviante. Dessa forma, a legitimidade baseada em um senso comum pelo qual o comportamento delituoso nega valores e normas sociais é rejeitada, uma vez que esse comportamento desviante faz parte do mecanismo psicossocial pelo qual a sociedade se mantém coesa. Ao punir, a sociedade nega a si própria sua identificação com o criminoso.

Essa legitimidade punitiva e repressiva do Estado importará no monopólio legal e judiciário da violência repressiva. “Tanto o direito como o processo garantem contra o arbítrio, na medida em que representam técnicas exclusivas e exaustivas do uso da força para fins de defesa social”.¹⁴ Todavia, a discrepância entre as normas e a realidade são visíveis, na medida em que o princípio de legalidade é formalmente respeitado, enquanto o uso da violência pode ser esvanecido pelos poderes paralelos conferidos pelas mesmas leis às forças policiais.

Nesse sentido, o sistema penal brasileiro se assemelha ao italiano que se funda em dois subsistemas, segundo Luigi Ferrajoli:¹⁵

o subsistema estritamente penal, informado pelo respeito ao menos tendente e de fachada aos princípios constitucionais e garantistas; e o subsistema de polícia e de ordem pública, fundado nas instâncias de defesa social e em desacordo com aqueles princípios já mencionados.

Uma das “verdades” mais difundidas é a de que o sistema penal é igual para todos, punindo igualmente os agentes criminosos. Contudo, a

14 FERRAJOLI, op. cit., p. 613

15 Ibidem, p. 614

teoria do *labelling approach* demonstra que o desvio e a criminalidade são uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção, refletindo a desigualdade do sistema, como se verificará no próximo capítulo.

Também sob a perspectiva das doutrinas da defesa social, as penas e medidas de segurança têm a dupla finalidade de curar o condenado e/ou de segregá-lo e neutralizá-lo em razão do pressuposto de sua periculosidade¹⁶, de modo a criar uma contramotivação ao comportamento criminoso futuro.

A ineficiência dessa prevenção geral negativa (medo e intimidação causadas pela imposição da pena) é demonstrada pela história, na medida em que os delitos jamais cessaram; e aumentam ou diminuem conforme fatores sociais que não unicamente a ameaça ou medo de punição. Do mesmo modo, as teorias interacionistas desconstruirão a efetividade dos fins atribuídos às penas a partir do conceito de “construção” do criminoso e dos processos estigmatizadores de reincidência.

Já sob a ótica da função da prevenção geral positiva, em que se pretende legitimar a pena a partir do reconhecimento da norma e da fidelidade ao direito, considerando a cifra oculta da criminalidade, Maria Lucia Karam conclui que se teria que “reconhecer que as violações não conhecidas da lei penal não produziram desorganização social, nem constituiriam a ameaça à integridade e à estabilidade social que estaria a exigir a resposta penal.”¹⁷

Da mesma forma, a função retributiva da pena tampouco se mostra eficaz. Pelo contrário:

A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta, em princípio, por sua incapacidade de esclarecer a razão pela qual se deveria compensar um mal com outro mal de igual proporção, quando, mesmo se aceitando as teses contratualistas originárias que lhe serviram de fundamento, ou as posições neo-contratualistas mais recentes, apareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pelo delito, especialmente

16 FERRAJOLI, op. cit., p. 215

17 KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 179

porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente afetadas.¹⁸

A ressocialização também jamais cumpriu sua função, já que é ilógico concluir que colocar uma pessoa de comportamento desviante intramuros, afastada da sociedade, junto de outras pessoas na mesma situação, surtirá esse efeito.

Embora ainda hoje o sistema penal tente se legitimar amparado nos princípios da ideologia da defesa social, na segunda metade do século XX houve uma ruptura com a criminologia tradicional a partir da escola interacionista.¹⁹ A mudança de paradigma se situa, principalmente, na mudança de objeto da investigação criminológica. A criminalidade e o criminoso não são mais um ponto de partida estático, mas são analisados a partir da realidade social, da interação entre indivíduos, da construção social. Enquanto a escola tradicional questionava “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”; os criminólogos do interacionismo se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “quem define quem?”²⁰

Nas palavras de Zaffaroni,

(...) as investigações interacionistas e fenomenológicas constituem o golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício do poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, a não ser fechando-se hermeticamente a qualquer dado de realidade, por menor que seja, isto é, estruturando-se como um delírio social.²¹

Sob a perspectiva institucional, citada por Marcelo Semer²², o crime é importantíssimo na governabilidade e na manutenção da autoridade. Assim, o crime é visto como um assunto estratégico que, portanto,

18 Ibidem, p. 176-177

19 CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1933. p. 140

20 BARATTA, op. cit. p. 86-88

21 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 61

22 SEMER, op. cit., p. 38

legitima atores em todos os ambientes institucionais, que agem com o pretexto de prevenir crimes. Sob essa perspectiva, o crime é usado para legitimar intervenções em outras áreas, inclusive em questões sociais. Ainda, ressalta que as tecnologias e discursos relacionados ao crime são visíveis em todos os tipos de instituição.

Loïc Wacquant destaca que, a partir de um discurso neoliberal, encampado principalmente pelos Estados Unidos, se propalará a ideia de que há uma nítida separação entre o econômico e o social, que redundará também em uma distinção entre as circunstâncias sociais e os atos criminosos, as causas e as condutas. Tal raciocínio leva a uma subestimação da importância do viés sociológico a ser cumprido pelo Estado, que

(...) vem implicitamente denunciado como desmobilizador e “desresponsabilizante”, portanto, infantil e mesmo “feminilizante” - substituindo-o pela retórica viril da lealdade e da responsabilidade pessoais, feito sob medida para desviar a atenção da retirada do Estado das frentes econômica urbanas, escolar e da saúde pública.²³

Essa retórica, extremamente usada nos dias de hoje, retira do Estado a responsabilidade de sua omissão quanto às causas sociais da criminalidade e sua total inércia diante dos estudos criminológicos que apontam que o punitivismo não tem o efeito preventivo anunciado. A narrativa da insegurança e do Estado de emergência legitimarão tanto a expansão do poder punitivista quanto a ideologia neoliberal de Estado mínimo.

O sistema penal neoliberal apresenta, assim, o seguinte paradoxo: “pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada de insegurança objetiva e subjetiva em todos os países.”²⁴

23 WACQUANT, op. cit., p. 35

24 WACQUANT, Loïc, apud D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 109

Como afirma com maestria o Professor Eugenio Zaffaroni²⁵: “O sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce.”

No Brasil, a transição para o neoliberalismo se legitima com uma combinação de teses neoliberais e ultraconservadoras, que reforçam o punitivismo e anunciam a continuação do hiperencarceramento:

O patrocínio dos contínuos pânicos morais, inseridos na propaganda do medo (da violência, da falência, da perda de previdência); o retorno de um autoritarismo tacanho, que traz consigo um anticomunismo extemporâneo, do fanatismo do absurdo (*a bandeira que não será vermelha, de petralhas e esquerdopatas*), leis de emergência (coincidentemente também anti-terrorismo), o rebaixamento do status de garantia ao arbítrio, anteriormente consignado ao processo penal, e o aprofundamento do recrudescimento em tipos e penas (um dos primeiros projetos aprovados na Câmara dos Deputados na sombra do golpe é justamente a redução da maioria penal).²⁶

Esses discursos que se pretendem “milagrosos”, que anunciam o fim da impunidade e a vitória dos bons sobre os maus, com um inimigo bem delineado, ignoram a ineficiência da prisão e do próprio sistema penal. Ou seja, o avanço do neoliberalismo jamais foi estancado e a ampliação do Estado Penal é sempre uma boa aliada no aprofundamento das diferenças sociais.

Portanto, “crer que a Lei é produto de um consenso, é crer na fetichização própria da sociedade capitalista, a qual manipula estes fetiches.”²⁷

2.2 Controle Social e Seletividade Contemporânea

Dogmaticamente, controle social é o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas da sociedade. Portanto, é um gênero que vai abranger todos os

25 ZAFFARONI, op. cit., 2017. p. 26

26 SEMER, op. cit., p. 55

27 CASTRO, op. cit., p. 93