

A criminologia da seletividade penal quanto a subjetividade na tipificação da conduta na lei antitóxico

Matheus Marins*

Fernando Henrique da Silva Horita**

Introdução

Pretende-se demonstrar a desproporcionalidade da pretensão punitiva estatal à conduta delitiva em questão. O escopo percorrido na pesquisa é a discussão dos critérios utilizados pelos magistrados frente a seletividade penal, e com isso, quais são as consequências e quem são os mais afetados por ela. Nesse diapasão, será abordado e analisado até onde vai a liberdade de discricionariedade dos julgadores para justificar a conduta típica, frente a discrepância entre o tratamento entre o usuário e o traficante da seletividade penal ocasionada pelo etiquetamento, isto é, sob a ótica da *Labeling Approach*.

Com pesar, o notório fracasso da política de guerra a drogas trouxe consigo inúmeras consequências à seara penal, social e a todo ordenamento jurídico, sendo um dos principais responsáveis por causar superlotações nas unidades prisionais brasileira, a qual ocupa o ranking mundial de uma das maiores populações carcerária, oriunda da tipificação legal com critérios essencialmente subjetivos que servem para o controle de classes.

A temática aponta o perigo da liberdade das decisões pautadas em parâmetros sociais, abrindo assim brechas para julgamentos que se baseiam em estereótipos marginalizados socialmente, deixando de lado tão somente a fatídica que envolve o sujeito. A relevância dessa análise está principalmente no risco e consequência que a

* Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. Atualmente é Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Alta Floresta.

E-mail: marins_matheus@hotmail.com

** Doutorando em Filosofia pela Unisinos. Mestre em Teoria do Direito e Teoria do Estado pela UNIVEM. Especialista em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC-MG. Atualmente, é professor de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso e da Faculdade de Sinop, onde leciona Criminologia.

E-mail: profhorita@outlook.com

subjetividade em tela criou à segurança jurídica que se tornou instável e abriu meios para a seletividade penal.

Diante desse quadro, o presente trabalho se funda, através do método dedutivo, em uma tentativa de demonstrar a necessidade imediata de preencher as lacunas legais, que com elas trazem mazelas à justiça e sociedade, se alastrando cada vez mais como um mal que se enraíza e que pouco se faz para coibi-lo e tratá-lo de forma eficaz.

Contextualizando o inimigo no direito penal

As penas são aplicadas desde o momento que a sociedade passou a se organizar para viver socialmente, sendo que a punição era utilizada para aqueles que infringissem as regras, que até então, não eram ainda as leis, mas sim as convicções morais, religiosas e de organização, usada como forma de punir o mal causado e dotada de um caráter de vingança.

Segundo o art. 59 do Código Penal existe um caráter de retribuição pela prática do crime e de prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado ou por outras pessoas, já em relação ao caráter reeducativo da pena, se encontra nas disposições da Lei de Execução Penal, a pena passe a ter um tríplice aspecto, para Júlio Fabbrini Mirabete (2001, p. 245):

Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção. Para Pellegrino Rossi, Guizot e Cousein, a pena deve objetivar, simultaneamente, retribuir e prevenir a infração: punitur quia peccatum ut ne peceptur. Segundo tal orientação, a pena deve conservar seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores de crimes, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros. Seriam essas as denominadas medidas de segurança.

O Estado continua com a função de punir, entretanto a sanção não tem mais o objetivo de mostrar o poder soberano do Estado, serve como uma forma de alertar os cidadãos para não cometer o que é tido como crime, respeitando sempre os limites da legalidade, humanidade e a ressocialização, em tese. A pena se bastaria para a realização da justiça, segregando quem chegar a cometer o crime.

Observa-se que a pena é uma forma de retribuição e de afirmação do poder punitivo do Estado. As penas são podem ser narradas como falhas quando não cumprem seu papel social, mas quem sofre com as falhas estatais são as classes mais vulneráveis economicamente, com o endurecimento das penas para condutas simples geralmente

praticadas em decorrência da falta de um Estado eficiente. Por outro lado, penas como os crimes de colarinho branco que tem uma sanção mais branda por exemplo, reforçando a ideia das desigualdades sociais e aplicando severamente penas à conduta que não são bem vistas aos olhos. No entanto, fica nítido que ocorre a cifra negra quanto a isso.

Uma das principais críticas em questão se baseia no fato do sistema penal não conseguir executar o pretendido, pois na hora de exercer suas funções de prevenção geral e especial não se realizam, não evitam novos delitos, nem ocasiona a segurança jurídica. Todos esses fatores alegados recaem à Lei de Drogas nº 11.343/2006, pois a linha tênue para a classificação do traficante ou do usuário se utiliza muitos dos critérios puramente subjetivos.

Desta feita, o judiciário e a polícia podem usar de forma arbitrária a possibilidade de relativizar as condições pessoais do agente, como a moradia, condições sociais e os antecedentes para determinação do agente delituoso, assim teria se criado a oportunidade de se desenvolver um estereótipo de traficante de entorpecentes, tornando a conduta do agente como típica as vezes antes mesmo de apurado os reais fatos.

O Direito penal do inimigo se destaca com Günther Jakobs (2007), a qual essa proposta se disseminou mundialmente, entranhando-se seu resquício no ordenamento penal brasileiro. Tal teoria possui objeto em que separa os delinquentes e criminosos em duas categorias, de um lado o status de cidadão, que, uma vez que infringissem a lei teriam o direito à um julgamento dentro do ordenamento jurídico normalmente estabelecido dentro dos conceitos do cidadão médio e assim voltaria a ajustar-se à sociedade.

Por outro lado, seriam os caracterizados como inimigos do Estado, aqueles que se manifestam socialmente como adversários do Estado, cabendo assim a eles tratamento mais pungentes diferenciado dos demais. Assim, na concepção de Günther Jakobs o ordenamento jurídico deve manter os cidadãos delinquentes cobertos pelo Direito, no intuito de reingresso social. Seguindo essa:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate sua periculosidade (JAKOBS, 2007, p. 37).

Nessa perspectiva, o Estado poderá exercer a punibilidade em duas formas aos infratores, primeiro sob a ideia de pessoas que delinquem, indivíduos que tenham cometido erro, no esboço do presente trabalho o enquadramento ao usuário que mantém o *status* de cidadão, ou ainda pessoas que devem ser impedidos de atacar o Estado e o ordenamento jurídico, aplicando a coação, por meio de criação de leis severas direcionados a pessoas específicas, como traficantes e terrorista, assim destaca-se:

Com viés extremamente punitivo e sem observância das garantias processuais, o Direito Penal do Inimigo almeja punir aquele que viola as expectativas sociais e põe em risco toda a coletividade. O inimigo é aquele que não respeita o Estado de Direito, praticando condutas criminosas que ameaçam todos os direitos sociais, como a vida, a segurança pública, a saúde etc. Se assim o for desrespeitando as leis e a Constituição Federal, o ordenamento jurídico também não deve ser aplicado a ele de forma a tratá-lo igualmente àquele que respeita todos os direitos e as garantias individuais (GONZAGA, 2018, p. 21).

O problema trazido por tal perspectiva se mostra nas condições e capacidades especiais em distinguir entre os que mereciam ser chamados de cidadãos e os que deveriam ser considerados inimigos, que quando aplicado nos crimes relacionados, expõe a incapacidade de tal que aponta afiada da espada se direciona com rigidez a determinados grupos com estereótipos marginalizados, já em outra esfera um estereótipo mantém-se protegido pelo ordenamento jurídico equilibrado e brando, e isto não exclusivamente pela conduta, mas por características físicas, sociais, regionais e econômicas.

Segundo Sérgio Salomão Shecaira (2008) a criminologia tem por objetivo conhecer a realidade para explicá-la, enquanto o Direito Penal ordena e orienta a realidade respaldado em um leque de critérios axiológicos. Isto é, se manifesta como um ramo da Ciência Criminal que desloca seu olhar para a compreensão da realidade criminal, abarcando os contextos, e quais serão os resultados da questão criminal. Na construção do entendimento constitucional encontra-se garantias fundamentais que se ventilam objetivamente na esfera penal/criminal, a qual deveria atuar sem distinção a todos que sejam dotados de personalidade jurídica, independentemente do tipo penal, entre eles, o estado de inocência que também foram cristalizados em tratados internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Nesta toada, o Estado Democrático de Direito deveria colocar a presunção de inocência como pilar defensivo do indivíduo atuante como polo de um processo penal, que por si só já é uma pena. Assim, até que as provas obtidas diretamente do fato delitivo

apontem a culpa, o que impõe é a inocência, afastando a culpabilidade do indiciado. Em consequência, quando criado estereótipos preconceituosos e marginalizados, se desconstrói a condição de pessoa. A partir dessa rotulação desumanizadora o agente aparece não somente como perigoso, mas sua cidadania é negada e lhe é imposto o estigma de inimigo (ZAFFARONI, 2014). Assim, quando taxado como inimigo mitiga as garantias fundamentais.

Em meio esta esta ideia, Günther Jakobs vem firmar que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa” (JAKOBS, 2007, p.85). É possível pensar que construir um discurso direcionado para determinada taxaço de inimigo, a partir do ilícito em questão é direcionar a retirada de direito a um público específico. Afirma Raul Eugênio Zaffaroni (2014, p. 175) que:

O verdadeiro inimigo do direito Penal é o Estado de Polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo. Neste embate de pulsões e contrapulsões não é possível ceder terreno algum, e menos ainda imaginar com ingenuidade que o inimigo se conformará com um hipotético espaço compartimentado, porque este não existe, dado que os limites são porosos, alternam –se de forma permanente e não são controláveis.

A criminologia crítica destaca então que a criminalidade está na sociedade, porém os danos sociais, econômicos gerados pelos crimes políticos e econômicos, são superiores àqueles causados pelas pessoas das classes econômicas mais baixas.

Oriundo de uma construção histórica, o estereótipo do criminoso pode ter se enraizado no sistema de segurança pública, por isso vem sendo fonte de fundamento em sentença, gerando consequências a determinados grupos e nocivas à sociedade como todo, Alessandro Baratta (2002, p.197-198) diz:

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade ,as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os comportamentos socialmente negativos, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista, às quais a própria sociologia liberal não raramente tem reportado os fenômenos da “criminalidade”. [...] Realmente, as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização. As estatísticas indicam que, nos países de

capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária.

Diante dessa tradição do estereótipo referente a condutada tida como grave, perigosa e violenta, se manifesta o tocante à seletividade penal que se resulta em enrijece uma construção sociocultural que alcança a máquina da jurisdição tornando o sistema penal seletivo e ilegítimo frente ao tratamento desigual que se presta como instrumento de controle social seletivo e discriminatório.

Na visão de Alfonso Maíllo (2007, p. 257):

O enfoque do Etiquetamento quer dizer basicamente duas coisas. Em primeiro lugar, que não existe quase nenhum ato que seja delitivo em si mesmo, mas delitivo ou desviado é aquilo que se define como tal pela comunidade ou pelos órgãos do sistema de Administração da Justiça. A chave para que algo seja delitivo, portanto, não reside tanto em suas características intrínsecas, mas no etiquetamento que dele se faça. [...]. Em segundo lugar, é provável que sejam muitas as pessoas que incorram em atos desviados e até delitivos.

Então, comportamento e ação não são iguais, passa a analisar o meio social de onde delinquente está inserido e a atuação do sistema penal é de que as condutas criminosas e suas penas são baseadas por diversas causas advindas das desigualdades sociais que formam antes mesmo da realização da conduta criminal. Em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos.

O sistema penal possui evidente proteção social indistinta, em um pretenso Direito Penal igualitário. Sob essa ótica, pode-se concluir que:

[...] o sistema penal é extremamente seletivo no combate ao crime. Desde a elaboração de normas proibitivas de condutas, até a punição judicial de criminosos, há uma perversa seleção de agentes que irão sofrer a efetivação da sanção penal. O status quo que impera no combate à criminalidade é alarmante. No intuito de manter calma a desinformada sociedade, direciona-se a punição a determinadas condutas (com doses altíssimas de publicidade) e cria-se a ideia de que a criminalidade está controlada. Falsa ilusão simbólica, porquanto a mais perversa e destruidora forma de criminalidade, a de cunho econômico, está a proliferar-se, sem que os órgãos estatais previnam e combatam tais forma de delito. A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm

“espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 77).

Em atenção a Lei 11.343/2006, tem-se o artigo 28, e nele aponta-se lacunas que contribuem expressamente para a concretização da seletividade penal frente as questões políticas e culturais abordadas, os quais se reproduzem nos métodos de classificação da conduta típica, o artigo em questão gera um campo de subjetividade que traz como consequência a insegurança jurídica do que ora é crime, ora não. Nestes termos:

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:

[...]

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

Isto posto, a atenção volta-se ao parágrafo 2º do respectivo artigo, em que discrimina a classificação de usuários de drogas, aqui, o principal ponto crítico é os quesitos subjetivos em que o Magistrado deverá fazer o sopesamento para caracterizar a conduta se baseando quanto ao local, as condições que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais, bem com a conduta e aos antecedentes do agente. Ora, o preocupante se faz nos amplos critérios de interpretações individuais em que atua as agências policiais e judiciais que acaba por gerar espaço para utilizar-se de uma abrangente arbitrariedade das condições pessoais do agente, do local e os antecedentes para a classificação, Howard Becker aduz:

O grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras. Estudos da delinquência juvenil deixam isso muito claro. Meninos de áreas de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como os meninos de bairros miseráveis. O menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado. Essa variação ocorre ainda que a infração original da norma seja a mesma nos dois casos (BECKER, 2008, p. 25).

Dessa forma, o estereótipo marginalizado do traficante de drogas funciona como o elemento central de enquadramento da conduta típica. Gerando julgamentos de casos concretos de extremas semelhança tipificadas pela jurisdição de formas de extremamente discrepante quando se trata de classes abastadas ou não vistas sob a ótica de “raças” que possuem tendências à marginalidade.

Teoria do *labeling approach*

Conhecida também como teoria do etiquetamento, tal corrente parte da ideia de que a criminalidade é uma construção da sociedade, decorrente de processos de definições e de interação social. Assim, entende-se o crime não como uma realidade intrínseca, mas sim com a tipificação de

critérios seletivos e discriminatório que em dado momento social foram definidos como tal. Tem-se, portanto, um paradigma criminológico em crítica ao paradigma etimológico, que observava o sujeito que comete crime através de suas características individuais, nessa teoria:

A sociedade define, por meio dos controles sociais informais, o que se entende por comportamento desviado, isto é, todo comportamento considerado perigoso, constrangedor, impondo sanções àqueles que se comportarem dessa forma. Condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma sociedade rotulam às outras que as praticam. A teoria da rotulação de criminosos cria um processo de estigmatização para os condenados, funcionando a pena como algo que acentua as desigualdades. Nessa interação estigmatizante, o sujeito acaba sofrendo reação da família, de amigos, conhecidos e colegas, acarretando a marginalização nos diferentes meios sociais (GONZAGA, 2018, p. 57).

Desta feita, extrai-se que a Teoria de Etiquetamento, veio com a contextualização criminológica ousado, em que propôs a inversão de paradigmas, a importância das relações no meio social no estudo do comportamento do criminoso alterou o enfoque do pensamento criminológico, que até então, procurava respostas sobre a origem da criminalidade pautado nas características intrínsecas de cada indivíduo ao invés do meio social em que ele estava posto.

Além de entender a conceituação do surgimento do *Labelling Approach*, se faz necessário analisar o contexto histórico em que a teoria surge. Aparecendo pela primeira vez no final da década de 1950 e meados de 1960, no Estados Unidos da América. Diante deste contexto histórico surge-se o *Labelling Approach*, um paradigma que aponta o crime e a criminalidade como construções sociais. Concluindo que a

corrente surge em meio a lutas por questões sociais dentro e fora dos EUA, cuja defesa da sociedade surgiu para confrontar o etiológico vendo assim o infrator como pertencente a uma sociedade, com identidades sociais que refletem em suas atitudes. Essa teoria aborda uma diferenciação no tratamento de certos criminosos, passando a ver como inimigo real da população e do Estado, fazendo diferenciações como base para se aplicar a pena.

É possível afirmar que a subjetividade da Lei que se originou como *Guerra as Drogas* se tornou uma das mais visíveis ferramentas para a concretização da seletividade penal elitista e também para o encarceramento massivo de jovens as margens da sociedade. Observa-se que o etiquetamento do sistema criminal, é abarcado pela criminalização primária e secundária, que são realizados pelo legislativo no momento das realizações as normas penais, e também pela polícia, ministério público e juízes que exercem esse controle. A grande crítica elencada pelos adeptos e teóricos da teoria em tela, sobre a temática, tange a finalidade da pena criminal.

Conforme expõe Alessandro Baratta (2002, p. 179):

Esta é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através de norma e de sua aplicação, na produção das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado.

À vista disso, o instituto penalizador serve como seleção das instâncias do crime, uma vez que o sistema penal seleciona pessoas visando sua classe social como meio de segregação. Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni (2015, p. 73) leciona:

[...] ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma orientar-se por 'estereótipos' que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômenos de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Conclui-se com os fatos narrados que o sistema penal brasileiro não efetiva o que deveria ser sua finalidade de ressocializar, ao contrário, o indivíduo que encara a lâmina

da justiça punitiva, é lançado em uma realidade precária que o estimula a práticas socialmente rejeitadas, distanciando ainda mais da realidade socialmente aceitável. A criminalização é o resultado de fatores sociais visto oriundo do desvio criminal, que etiquetam a figura atribuída ao infrator, criminoso ou ainda denominado delinquente, sujeitos esse que possam realizar condutas em desconformidade com o que impõe o tipo penal. Nesse diapasão, Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 294) propõe:

A personalidade do agente se referenciará no papel desviado ainda que ele se defina como não desviado. As dificuldades são ainda mais pronunciadas quando o agente, embora negue o papel desviado, é, cada vez, identificado por terceiros pela conduta classificada como desviada. Surgirá uma espécie de subcultura delinquente facilitadora da imersão do agente em um processo espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência.

Desta feita, origina o movimento da Criminologia Crítica como decorrência de entendimentos trazidos pela teoria do *Labeling Approach*. A conduta do criminoso e os efeitos gerados por ela na sociedade é analisado sob um novo viés, voltando-se para o estudo econômico-político da então tida conduta desviada, trabalhando sob a perspectiva da conduta socialmente repreendida e qual o processo de criminalização que a envolve. A Criminologia Crítica vem trazer uma vertente macrossociológica, apontando pungentemente as desigualdades de classes como reflexos a ser considerado dentro da seara do crime, desta forma o crime ou a conduta desviada não é analisada sob a ótica de qualidade do criminoso, mas como uma decorrência direta da atuação, ou a falta, do sistema penal.

De acordo com Alessandro Baratta (2002, p. 160) expõe:

O deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização.

As condutas criminosas já não se baseiam em uma característica ontológica de comportamentos determinados e de indivíduos específicos, mas sim um status atribuído a determinados indivíduos. Deste modo, a criminalização com a estigmatização do indivíduo em conjuntura com as políticas de controle social gera a produção do desvio, vistas como as ações reiteradas das classes estigmatizadas. Logo, com o enraizamento dos fatores que estimulam práticas criminosas o resultado obtido

não será outro senão o elevado índice de crimes e a reincidência de classes específicas. O crime então passa a ser analisado como sendo gerado pelo sistema penal, gerado pela forma de seletividade que descrimina.

Na *Labelling Approach*, o crime e seu reflexo social são presenciados isoladamente, isso é, não se dividem, atuando inseparáveis. Em que pese essa perspectiva não conseguia superar a criminologia liberal, uma vez que se manteve dentro de uma esfera idealista. Por isso, Raul Eugênio Zaffaroni (1998) entende que essa teoria embora fora significativa, não foi suficiente para o desenvolvimento do estudo macrossociológico, sendo assim apenas um ponto de partida para os teóricos buscassem se aprofundar nos institutos de rotulagem das condutas socialmente desviadas.

O usuário ou traficante à luz do *labeling approach*

Importante entender na presente discussão qual a figura que vem à mente quando se pensa em quem são os traficantes? Esta é uma questão que não deveria ser respondida com facilidade e não deveria ser aceito conceitos instantâneos. Em que pese, ao abordar a ideia de tráfico, o estereótipo bastante comum para maior parte da sociedade é a figura de o indivíduo negro, com roupas largas, usando acessórios extravagantes, portando armamentos e morando em áreas periféricas. Figura esta que imediatamente, além de equivocadamente, passa a ser visualizada como provável não pessoa (JAKOBS, 2007), que se demonstra como inimigo do Estado.

Nessa toada, explica Coimbra e Nascimento (2003) que circunstâncias que possibilitaram a emergência do que nomearam de *mito da periculosidade*, o que seria nada mais que a atribuição da periculosidade, condutas desumanas e criminosas à figura do pobre, representam a concretização do Racismo de Estado, sendo que quando não forem definitivamente criminosos a figura tem potencial tendência para manifestar-se como inimigo. Deste modo, com a violência ligada àquilo que se é pobre, é facilmente imaginar que existem formas de mecanismo especificados a punição e controle da sociedade hipossuficiente.

Assim, o perfil de usuário que se encontra em situação de carência é facilmente criminalizado, amargando os reflexos da ineficaz guerra às drogas, vez que:

[...] na construção de Política Pública, no caso específico do crack, vimos que a pessoa tem vez nem voz, porque na formulação de Políticas Públicas voltadas à questão de drogas são chamados diversos atores sociais envolvidos na questão DROGAS: policiais, juristas, políticos, padres, pastores, médicos, psicólogos, sociólogos, dirigentes de comunidade terapêuticas, representantes de associações médicas. Ministério da Saúde, secretaria Nacional de Políticas de

Drogas, mas não são chamados representantes do público-alvo, ou seja, nunca são consultadas pessoas que fazem o de drogas para discutir qual a melhor forma de se pensar em políticas públicas que contemplem suas necessidades, um exemplo de como uma epidemia e a resposta rápida do governo na formulação de um Plano Emergencial para Ampliação ao Tratamento e Prevenção em Álcool e Outras Drogas no SUS - PEAD (LOIVA, 2010, p. 164).

O encarceramento em massa é uma grande preocupação no sistema de execução penal brasileiro, o número de presos em cárcere provisório é exasperado tendo forte contribuição da Lei Drogas. A relação do tráfico trazida com ela tem levantado grandes problematizações quanto a conduta típica, vez que a Lei 11.343/2006 não traz critérios objetivos e específicos para a distinção entre o que é a traficância e o usuário.

Estando esta questão sob a discricionariedade de autoridade policial quem efetua o primeiro contato com a conduta. Dessa forma, não havendo positivada regra clara e objetiva que defina como ele deve classificar a questão. De tal modo, distinção que deve ser feita, conforme previsto em lei, não passa de simbologia, aplicada de forma objetiva.

Devido à falta de critérios objetivos e legais que determine de forma coesa e imparcial a conduta típica em questão, a subjetividade possa trazer a desumanização e a criminalização da pobreza, abrindo um vasto campo de subjetividade que rotula e impõe o estereótipo de inimigo.

O subjetivo conceito de julgamento abre espaço para um Direito Penal pautado em simbolismos e ilusão, deste modo no entendimento de Raul Eugênio Zaffaroni (1991, p. 27) “[...] o sistema é constituído para que a legalidade processual não se opere, e sim apenas exerça seu poder com alto grau de arbitrariedade seletiva”. Uma vez já abordado o estereótipo do criminoso, resta claro que a seletividade nos casos relacionados ao juízo do que é uso e do que será tido como tráfico já possui um pré-julgamento sobre a conduta, gerando o etiquetamente uma forma de direcionamento ao julgamento do criminoso, isso decorre de conceitos extremamente abstratos previsto no dispositivo legal.

Segundo Alessandro Baratta (2003, p. 23):

A guerra contra a droga no Brasil não é uma guerra internacional comandada pelos Estados Unidos e por outros países centrais; não é uma guerra contra um inimigo externo; é uma guerra contra o inimigo interno; um assunto, como se viu acima, de segurança nacional e urbana.

O inimigo se manifesta com a forma e estereótipo das classes sociais em situação de vulnerabilidade, que não possui as mesmas armas para se defender do poder estatal punitivo, logo, a violência contra ela acaba tendo legitimidade, enquanto para classes abastadas ainda se mantém o equilíbrio e segurança jurídica da balança da Justiça.

O juízo de valor nos casos envolvendo drogas não são analisados de forma isoladas, voltado exclusivamente ao bem jurídico tutelado, ao combate ao antijurídico, abrindo lacuna a subjetividade por meio da preconização do local de apreensão, circunstâncias sociais e pessoais do agente. Contudo, a ausência de critérios objetivos descritos em lei afeta um princípio basilar no ordenamento jurídico pátrio, a segurança jurídica, onde grupos determinados já sofrem pré-julgamentos que muitas vezes resultam em condenações com extrema discrepância quando comparado a grupos abastados economicamente.

É evidente que o Estado está perdendo a guerra as drogas, devendo esse reconhecimento ser um dos primeiros passos para um enfrentamento eficaz à problemática. Impõe-se a necessidade de inovar a tutela que deveria ser de controle do Estado e que se encontra sob o controle de organizações criminosas em que, fruto do etiquetamento, aqueles que estão no cume do controle não são devidamente punidos e muitas vezes nem mesmos alcançados pelo ordenamento jurídico. Cessando a ideologia repressiva da aplicação da pena a determinado grupo pode reduzir ou se demonstrar mais eficaz ao combate ao tráfico, visando aos reais controladores das redes de tráfico, retirando o direcionamento único e exclusivamente ao consumidor final, que se encontra na base.

Destarte, o controle sobre massas e seletividade do sistema, são institutos que devem ser desconstruídos quanto o assunto é pretensão punitiva estatal, a fim de se coibir julgamentos pautados em condutas sociais e estereótipos, iniciando maior eficácia e igualdade voltada realmente e unicamente em tutelar a saúde pública, direcionando os julgamentos em uma efetiva segurança jurídica.

Conclusão

O objetivo do presente trabalho foi abordar como a política de guerra as drogas se tornou uma política que realiza a seletividade penal. A subjetividade envolvendo a lei antitóxica permite o juízo de valores sob aspectos pessoais e íntimos do julgador, fomentando e efetiva a aplicação de teoria seletiva em que os indivíduos são

estigmatizados, punindo-se o indivíduo pautado em características pessoais e estereótipos marginalizado, ao invés de exclusivamente o crime.

Desta forma, fica demonstrado que o Estado é falho. O déficit estatal gera reflexos diretos nos fatores sociais, e assim o crime organizado atua e ampara determinadas classes de forma mais organizada e em posição de superioridade em relação ao Estado, gerando punições a determinados grupos sociais ante mesmo a prática de crime, ou seja, para alguns são lançados a um sistema punitivo preconceituoso, seletivo e fracassado, para outros a oportunidade de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Evidente, portanto, a necessidade de readequação da atuação do Estado em todas as searas que envolve às classes fragilizada, gerando políticas eficazes desde a base familiar e chagando até os sistemas punitivos responsáveis por aplicar sanções às condutas criminosas, garantindo a todos a dignidade humana e um julgamento justo pautado em segurança jurídica, o qual o fato a ser julgado seja única e exclusivamente o crime, a conduta típica e não as características pessoais do agente, evitando assim a criminalização da pobreza.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003. p. 23.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: Estudos Sociológicos de Desvio. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

COIMBRA, C.; Nascimento, M. C. Jovens pobres: o mito da periculosidade. In: FRAGA, P. C. P.; IULIANELLI, J. A. S. (Org.). **Jovens em tempo real**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 19-37.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

LOIVA, M. D. B. S. et al. (Org.). **Outras palavras sobre o cuidado de pessoas que usam drogas**. 1. ed. Porto Alegre: Ideograf, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. Prefácio Alvino Augusto de Sá. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

Criminologia periférica

A criminologia da seletividade penal quanto a subjetividade na tipificação da conduta na lei antitóxica

DOI: 10.23899/9786589284369.6

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 3. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A Questão Criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.