

**PUNINDO OS “INIMIGOS” -
UMA ANÁLISE DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DE
TRAFICANTES DE DROGAS**

**PUNISHING THE “ENEMIES” -
AN ANALYSIS OF CULPABILITY IN THE DRUG DEALERS’ PENALTY
APPLICATION**

Vitória Caetano Dreyer Dinu*

RESUMO

Embora haja, na seara penal, uma orientação interpretativa no sentido de redução de danos, buscando conter o poder punitivo sobre os indivíduos, observa-se uma tradição inquisitória e punitivista, que torna os juízes reticentes na implementação das modificações democráticas da Constituição de 1988. No que tange especificamente às penas aplicadas aos réus do delito de tráfico de entorpecentes – crime escolhido, em virtude da caracterização do traficante como inimigo maior da *sociedade de bem* –, as consequências desse desdém às normas postas são ainda piores, constatando-se uma exacerbação do poder punitivo estatal e a seletividade do sistema penal brasileiro. Os magistrados, assim, com base nesse discurso o qual endemoniza o traficante, passam da discricionariedade permitida pela dosimetria para a arbitrariedade, numa transição sutil que nega os valores constitucionais e a estigmatiza um segmento social como criminoso. E tal fenômeno apresenta-se ainda com mais força quando se verifica a fluidez dos conceitos, exatamente o que ocorre na análise da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena, marco escolhido diante da abertura do termo e pelas confusões conceituais. Desta feita, sob o marco teórico da criminologia crítica, passa-se à análise de sentenças condenatórias por tráfico de drogas das Justiças Federal da 5ª Região e Estadual de Pernambuco. O que se constata são penas aplicadas de forma exagerada e o claro exercício das funções latentes do direito penal. Faz-se imprescindível, pois, uma consubstancial mudança na mentalidade dos agentes do sistema jurídico-penal, sempre tendo em vista um atuar comprometido com a efetividade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Dosimetria da pena; Culpabilidade; Tráfico de drogas; Punitivismo.

ABSTRACT

Even if there is, in the Criminal scenario, an interpretative orientation in the meaning of damage reduction, which aims to contain the punitive power over the fellows, it is observed an inquisitorial and punitivist tradition, that makes the judges reticent to effectively introduce the democratic modifications from the 1988 Constitution. Specifically regarding the penalties applied on the defendants of drug trafficking – the chosen crime because of the characterization of dealer as the biggest enemy of society –, the consequences of this disdain towards the implemented laws are even worse, which highlights an exacerbation of the state punitive power and the selectivity of the Brazilian criminal system. The magistrates, therefore, based on the

* Advogada. Graduada no Curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, turma 2013.2. Foi pesquisadora PIBIC-UFPE entre os anos de 2011 e 2012.

discourse that demonizes drug dealers, go from the possible discretion allowed in the penalty application to the arbitrariness, by a subtle transition which denies the constitutional values and stigmatizes a social segment as criminal. And this phenomenon appears with even more power when there are fluid concepts, which is exactly what occurs in the culpability analysis during the first stage of the penalty application, chosen object due to the term's openness and to the conceptual misunderstanding. Therefore, from the theoretical framework of the critical criminology, this paper analyzes punitive sentences from the Federal Justice of the Fifth Region, as well as from the Local Justice of Pernambuco. It is possible to verify that the applied penalties are exaggerated and the concealed goals of criminal law are put to practice. As a result, a substantial change of mentality among the operators of the criminal system is essential, always from a point of view that is committed to constitutional efficiency.

KEYWORDS: Penalty application; Culpability; Drug trafficking; Punitivism.

INTRODUÇÃO – UM NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Como é cediço, tanto o Código Penal Brasileiro (CP) quanto o Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) foram editados por Decretos-leis no início da década de 40, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1934. Filha de seu momento histórico, natural que a Constituição trouxesse consigo a ideologia do Estado Novo, de forma que os interesses dos cidadãos, não raramente, eram mitigados pelos interesses do Estado.

Dentro desse contexto, por mais que o CPP, por exemplo, já adotasse em tese o modelo acusatório, não há como negar traços de autoritarismo em seu conteúdo, bem como a presença de uma série de formalismos e burocracias os quais não mais se adequam aos tempos atuais, mormente após a proclamação da Constituição Federal de 1988. Fazia-se urgente (e ainda se faz), pois, reformas penais e processuais penais, com o fito de ajustar as normas infraconstitucionais a todos os princípios e regras instituídos pela nova Carta Magna. Indo além, mais do que simples reformas legislativas, faz-se imprescindível uma verdadeira mudança na mentalidade dos agentes do sistema jurídico-penal brasileiro, com vistas a promover a real aplicação das normas constitucionais, no sentido de uma política de redução de danos.

Dessa forma, mesmo diante de códigos e leis extravagantes elaborados em período de cerceamento de liberdades, é preciso agora reinterpretar os dispositivos à luz da Constituição, a fim de conferir a esta verdadeira eficácia de norma suprema. Principalmente, não se pode deixar que as normas constitucionais virem proposições estéreis, lugares comuns sem grande utilidade prática. Por exemplo, quando se fala em dignidade da pessoa humana, não se deve realizar um discurso retórico que esvazia o conteúdo do princípio; pelo contrário, é preciso vislumbrar que, com base na dignidade humana, deve haver humanidade nas penas e a mínima afetação dos sujeitos expostos ao poder punitivo estatal, o que é ratificado por todas as

garantias penais elencadas no art. 5º da CF/88.

A Constituição Federal de 1988 instituiu, pois, um novo paradigma hermenêutico para o sistema jurídico-penal brasileiro. Tanto que o processo penal, em tese, não mais se apresenta como um instrumento produtor de condenações, mas uma garantia do jurisdicionado perante o Estado. Há agora uma orientação interpretativa no sentido de redução de danos, em busca da contenção da ingerência desmedida e irracional do poder punitivo sobre os indivíduos. Ou seja: existiria um verdadeiro dever constitucional de minimização da afetação do indivíduo, conclusão esta que advém das garantias previstas no art. 5º da CF/88, dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88), erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF/88) e promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF/88), bem como do fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) (ROIG, 2013, p. 49).

Com efeito, os princípios constitucionais em seara penal têm por objetivo comum conter o *jus puniendi* estatal em prol das liberdades individuais. Outra linha hermenêutica não pode daí derivar, por conseguinte, que não a de contenção de danos quando da ingerência do sistema penal na vida do indivíduo, mormente diante do reconhecimento das mazelas advindas desse sistema, como a seletividade. É preciso, pois, todo o cuidado quando da aplicação do direito penal (o “direito desigual por excelência”, na expressão de Alessandro Baratta¹), a fim de que a violência estatal não seja naturalizada e, assim, tenda naturalmente a abusos.

Não obstante toda a lógica exposta, ao analisarmos a prática judiciária, a partir do marco teórico da criminologia crítica, observa-se uma tradição inquisitória e punitivista, que torna os juízes reticentes na implementação das modificações democráticas de 1988. O que vem ocorrendo é uma dicotomia entre as garantias constitucionais e verdadeiras normas implícitas de persecução criminal, frutos de um punitivismo exacerbado presente na classe jurídica brasileira e geradoras de condenações até sumárias, em um verdadeiro processo inquisitorial. Vislumbra-se, assim, um consenso de medo desconstruindo normas constitucionais, algo simplesmente inadmissível em um Estado que se pretende Democrático de Direito.

É preciso, pois, também no direito penal e processual penal, superar de vez a velha concepção em que os princípios constitucionais apresentam-se como simples adornos, sem lhes ser conferida a força normativa devida aos mandamentos constitucionais. Mais do que meros informativos, esses princípios precisam ser tomados pelo seu conteúdo material, principalmente para a devida proteção e máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Todavia, por mais claro que isso possa parecer, a prática demonstra que se está olvidando da necessidade de interpretar o ordenamento infraconstitucional à luz da Constituição, de forma a, assim, forjar

uma nova jurisprudência. Não é mais tolerável interpretar o texto constitucional de maneira não inovadora, como que numa espécie de medo de sair da zona de conforto da jurisprudência pretérita.

Neste ponto, interessante notar que, no ordenamento jurídico pátrio, tal fenômeno de desvalorização da clássica função restritiva do direito penal constitucional pode ser detectado no próprio texto da Constituição. Por mais paradoxal que essa assertiva possa parecer, a Constituição de 1988, exatamente por constituir reflexo da efervescência política da época, acabou por albergar posicionamentos díspares em suas disposições. No que tange à seara penal, eis que convivem no texto normas garantidoras e autoritárias, resultados dos movimentos minimalistas e abolicionistas, de um lado, e dos chamados movimentos de lei e ordem, do outro.

Desta feita, a Constituição Federal, além de estabelecer as clássicas normas contentoras do poder punitivo estatal – das quais se deriva o dever de minimização de danos -, inaugurou um sistema criminalizador ao instituir normas de natureza penal programática, o que fez surgir uma *constituição penal dirigente* (CARVALHO, 2013, 104). A título exemplificativo, pode-se citar a previsão quanto à lei de crimes hediondos².

Não obstante a presença dessa faceta autoritária na chamada *Constituição Cidadã*, tal fato não desautoriza a conclusão de que, na aplicação das normas infraconstitucionais penais, deva haver uma política de redução de danos. Afinal, a programação de normas penais mais rígidas quanto a determinados crimes, por exemplo, não autoriza a quebra das garantias penais liberais, o mínimo esperado em um Estado Democrático de Direito, que, ao menos em tese, busca conferir tratamento igualitário aos cidadãos. Entretanto, o ranço punitivista, o qual conseguiu fazer-se presente no texto constitucional, ainda insiste em, diuturnamente, quebrar a lógica da estrutura garantista do sistema penal brasileiro. Se anteriormente a negação dos valores constitucionais poderia ter se dado pelo fato de o Brasil viver em um regime de restrição das liberdades, hoje o que se observa é uma ânsia punitivista desmensurada, responsável pelo atropelo dos direitos e garantias fundamentais.

Verifica-se, em verdade, um verdadeiro pânico moral, o qual impulsiona os agentes do sistema a recrudescerem o tratamento conferido aos réus, com base no pretenso objetivo de punir com firmeza os *malfeitores*. Nessa dinâmica, os magistrados acabam por violar normas, e pior, normas constitucionais de garantias penais. Ou seja, a ânsia geral pela punição do *inimigo* acaba por conferir o respaldo para o desrespeito da própria ordem constitucional quando da aplicação das penas, foco deste trabalho, ou mesmo em toda a persecução penal. Olvidam-se, assim, da presunção de inocência, da proibição do *bis in idem*, dentre outros, para extirpar uma categoria de pessoas rechaçada.

No que tange especificamente ao tratamento conferido aos réus do delito de tráfico de entorpecentes – crime escolhido para a análise casuística do presente trabalho, em virtude da caracterização do traficante como inimigo maior da *sociedade de bem* –, os efeitos desse desdém à normatividade dos princípios gera consequências nefastas, posto que, ao invés de estar ocorrendo a redução de danos erigida pelo Poder Constituinte, o que se vê é uma exacerbação do poder punitivo estatal, mormente sobre as classes vulneráveis, o que comprova a seletividade do sistema penal brasileiro e seu poder de infligir dor. Na *guerra contra as drogas*, não saem vencedores; muito pelo contrário, o que se tem é a concessão de aval para o Estado constantemente violar direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da população.

O presente trabalho propõe-se, portanto, a demonstrar que o fomento do medo e do terror no que tange à caracterização do *traficante*, ao invés de estar contribuindo para a diminuição do narcotráfico, apresenta-se como um estereótipo falacioso, o qual apenas enseja a aplicação de penas injustas e exorbitantes aos condenados por tráfico. Muito embora o julgador apresente margem de discricionariedade quando da aplicação da pena, da subsunção da norma ao caso concreto, o discurso o qual endemoniza o traficante faz com que o magistrado passe da discricionariedade para a arbitrariedade, numa transição sutil que enseja a negação dos valores constitucionais e a estigmatização de um segmento social como criminoso. E tal fenômeno de violação aos direitos do réu apresenta-se ainda com mais força quando se verifica a fluidez dos conceitos, exatamente o que se dá quando da análise do elemento da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena, marco escolhido neste trabalho.

Pretende-se fugir do exercício de um papel meramente descritivo das funções oficiais (declaradas) do sistema penal, para verdadeiramente problematizá-lo. Para tanto, busca-se melhor compreender como que o pânico moral envolto na questão das drogas está desconstruindo normas no Brasil, seja sob o viés teórico, ao explanar-se brevemente o quadro na ótica da criminologia crítica, seja por meio de comprovação fática, na análise de sentenças condenatórias por tráfico de drogas das Justiças Federal da 5ª Região (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe) e Estadual de Pernambuco. Afinal, somente desnudando a problemática é que surge a perspectiva de encontro de alternativas, tendo sempre por meta a diminuição do sofrimento perpetrado pelo sistema penal e sua humanização.

1. A REAL FUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL E O EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO NO COMBATE AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Com o objetivo de melhor compreender como se dá o processo de criminalização secundária³ e o exercício das funções latentes⁴ do direito penal no que se refere ao combate ao tráfico de entorpecentes, salutar iniciar a questão discorrendo sobre um recente ramo teórico dos movimentos de lei e ordem, o chamado *direito penal do inimigo*, cuja elaboração é fruto dos trabalhos do jurista alemão Günther Jakobs.

Segundo a proposta do jurista, deveria haver uma cisão normativa no que tange ao direito penal, com a quebra do princípio da isonomia. Isso porque as pessoas seriam divididas entre cidadãos e inimigos: enquanto os primeiros violariam esporadicamente as normas, restando ainda possível satisfazer as expectativas normativas, dos inimigos não se poderia esperar o mínimo de previsibilidade de comportamento. Como consequência, eles perderiam o atributo de pessoa; ou seja, não sendo sujeitos de direito, a eles não cabem as garantias e benesses presentes na legislação penal para os cidadãos de bem, os quais, eventualmente, se envolvem com o ilícito (CIRINO DOS SANTOS, p. 13/14).

Parte-se do pressuposto que a ressocialização só seria possível com os cidadãos, posto que, aos inimigos, com a personalidade definitivamente voltada ao crime, somente o rigor em busca da prevenção geral negativa e do caráter retributivo da pena. Pelo fato de a expectativa de comportamento deles ser violada de maneira duradoura, não restaria qualquer benevolência por parte do Estado. Com isso, há um verdadeiro processo de desumanização do desviante, extremo a que não chegou o paradigma etiológico da criminologia, por exemplo.

Pela apertada síntese, observa-se um total deslocamento do direito penal do fato para o direito penal do autor, o que leva também à passagem do Estado Democrático de Direito para um verdadeiro Estado policialesco. Ademais, além de não haver qualquer segurança quanto aos critérios de enquadramento do indivíduo na categoria de cidadão ou inimigo, surge também a grande dúvida: na América Latina, onde o *status* de cidadania seria de difícil alcance, *não estaria sendo relegado ao grande contingente populacional latinoamericano o papel de incômodos a eliminar pela força bélica das agências de punitividade?* (CARVALHO, 2013, p. 160).

Em suma: se a *forma igual* do Direito Penal do cidadão garante as desigualdades sociais, a *forma desigual* do Direito Penal do inimigo só ampliará as desigualdades sociais garantidas (CIRINO DOS SANTOS, p. 18).

Mesmo que as propostas de Jakobs, felizmente, não tenham sido introduzidas na dogmática penal, é possível vislumbrar traços claros desse processo de demonização sobre os agentes os quais incorrem no delito de tráfico de entorpecentes. Com efeito, não há dúvidas de que influxos autoritários diversos conseguiram espaço na Constituinte, de forma que surgiu a

categoria dos crimes hediondos e correlatos, dentre eles o tráfico de drogas. Tudo fruto de um longo processo histórico, que vai desde as guerras do ópio do século XIX, nas quais se lutava pelo livre comércio de drogas na China, passando-se pela Convenção de Haia de 1912, primeira proibição internacional ao tráfico de drogas, até a atual guerra às drogas no contexto globalizado, criadora de um permanente Estado de exceção, legitimador de abusos por parte do poder constituído (ZACCONE, 2007, p. 78). Abdicou-se, pois, do Estado Democrático de Direito.

Em apertada síntese, com o fito de compreender o fenômeno do ponto de vista internacional, tem-se que, com a desestruturação do Estado de bem-estar social, era preciso que houvesse uma contrapartida para a massa de pessoas excluídas pelo sistema. Eis que, então, a resposta à minimização do Estado social foi precisamente a maximização do Estado penal, tendo a matriz neoliberal utilizado como modelo de controle o eficientismo (ANDRADE, 2012, p. 295). Massimo Pavarini, ao descrever o fenômeno, relata que *a época atual seria, pois, caracterizada pela passagem da retórica e das práticas do welfare para aquelas advindas do prison-fare* (PAVARINI, 2010, p. 307), o que, em outras palavras, seria a grande ausência do Estado no que tange às políticas públicas de inclusão social, mas a quase que onipresença da repressão penal.

O referido fenômeno, por conseguinte, atuou sobremaneira no contexto de combate às drogas, sendo o traficante eleito como inimigo interno e externo da paz social. Tal movimento, iniciado no Estados Unidos da América, também foi influenciado por um viés cultural puritano, que conferiu a legitimação necessária para o início de uma verdadeira cruzada moral contra as drogas e a declaração de guerra. A grade questão é que, nessa guerra, os mais afetados são as populações marginalizadas, que passam a ter de suportar o controle ferrenho do Estado policial e suas normas penais. Estas, mais punitivistas, acabam por *difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do processo globalizador, aos excluídos, aos ninguéns* (FRANCO, 2007, p. 569).

Durante a implementação dessa guerra, eis que surge um fator complicador: as drogas começaram a chegar aos jovens brancos, de classes média e alta. Ora, eles não poderiam ser tratados da mesma forma que os traficantes, posto que foram apenas *corrompidos* pelos inimigos sociais. É quando, ainda na década de 60, surge a *ideologia da diferenciação*, baseada no modelo médico-sanitário, segundo o qual as pessoas envolvidas com entorpecentes são divididas em duas categorias: os delinquentes-traficantes, indivíduos malévolos e desumanizados, contra os quais a repressão deve ser a maior possível, e os usuários-dependentes, para quem são dirigidas alternativas descriminalizantes. Pois bem, nessa

maniqueísta simplificação da sociedade, a ideologia da diferenciação legitima a fragmentação das respostas ofertadas aos autores do desvio dependendo de seu status social (CARVALHO, 2013, p. 65). Para os ricos, tratamento; para os pobres, internamento ou cárcere.

Passadas décadas do início de todo esse processo, eis que a guerra às drogas continua, mas sem grandes resultados. Com efeito, há severas suspeitas de que a atual política contra as drogas ofenderia mais à saúde pública do que o próprio consumo das substâncias. Para fins de ilustração, a guerra contra o tráfico no Rio atingiu níveis de homicídio superiores a da guerra de Bush no Iraque. Ademais, segundo dados da Organização Mundial de Saúde relativos ao ano 2000, cigarros e bebidas alcoólicas contribuíram com 4,1% e 4%, respectivamente, para as causas de doença, enquanto substâncias ilícitas foram responsáveis por 0,8% (ZACCONE, 2007, p. 37-38).

A conclusão evidente, mas ao mesmo tempo surpreendente, é que a *política de guerra às drogas é grande fracasso*, visto não obter resultado algum na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. Por outro lado, seu efeito visível é a constante *violação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da população* (CARVALHO, 2013, p. 116, grifos do autor).

O direito penal relativo às drogas cuida-se, em grande parte, portanto, de um subsistema puramente simbólico, ameaçador e sem eficácia, mas suficiente para conter uma massa de excluídos, seja no mundo, seja aqui no Brasil. No que tange ao sistema proibicionista brasileiro, haveria ainda uma peculiaridade, advinda do período de ditadura militar: além do embasamento nos movimentos de lei e ordem e na ideologia da defesa social, aqui houve a influência da ideologia da segurança nacional, de neutralização e eliminação de inimigos, o que redundou em modelos belicistas de gestão da segurança pública e na militarização do combate às drogas (CARVALHO, 2013, p. 72-74).

Mesmo com a retomada democrática, consoante já exposto, conseguiu-se inserir na Constituição Federal de 1988 dispositivos amplamente contrários à vocação garantista dos textos constitucionais, num fenômeno de dirigismo penal nunca detectado na história do direito brasileiro, chegando-se ao ponto de atribuir ao legislador ordinário a incumbência de conceituar o crime hediondo (art. 5º, XLIII, da CF/88).

Ao observar-se a disciplina constitucional quanto ao tráfico de drogas, facilmente se vislumbra que se trata de um delito, de fato, diferenciado. Além de ele ter sido equiparado aos crimes hediondos, imprescindível destacar a previsão do art. 5º, LI, da CF/88. Segundo o dispositivo, é impossível a extradição de brasileiro, salvo o naturalizado que pratica crime

comum antes da naturalização, ou o que se envolve com o tráfico ilícito de entorpecentes, a qualquer tempo. A ressalva, sem dúvidas, demonstra o grau de relevância do delito em relação aos outros, mesmo dentre aqueles cuja disciplina é realizada pela Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos).

Não obstante toda a força exercida pela legislação penal no que tange ao crime de tráfico, persiste na população ainda um grande sentimento de impunidade. É como se, no país, não houvesse um plano de política criminal devidamente estruturado, com vistas a, de forma eficaz, reduzir os danos advindos dessa prática. Quanto a essa postura, duas considerações precisam ser feitas: primeiro, de que a retórica da impunidade, de fato, é desprovida de sentido para as classes excluídas, clientela do sistema penal. Depois, consoante a tese construída por Salo de Carvalho (2013), existe sim uma política criminal relativa às drogas no Brasil, bem delineada, inclusive. Trata-se de uma verdadeira política de guerra, que consubstancia uma permanente situação de emergência e excessos punitivistas sobre comunidades inteiras, obrigando-as a viver em uma espécie de Estado de exceção.

É o que ocorre nas periferias das grandes cidades brasileiras, mormente quando são realizadas intervenções militares. Claro que há, na população em geral, um desejo de pacificação; é preciso, porém, destacar que, no que tange aos traficantes, inimigos eleitos da sociedade, o estereótipo é um aval para a atuação genocida da polícia. Afora o fato de que, com base na ideologia da diferenciação, acolhida pela Lei nº 11.343/06 (Lei do tráfico ilícito de drogas), infelizmente se abre uma ampla possibilidade para a incidência seletiva do Direito Penal.

Com efeito, enquanto as condutas do traficante de drogas são tipificadas nos arts. 33 e seguintes da Lei nº 11.343/06, ao usuário restaria o tipo do art. 28, considerado como uma infração penal *sui generis* (GOMES; SANCHES, 2006). Isso porque, consoante o Decreto-Lei 3.914/41 (Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais), as sanções possíveis para as infrações penais são as penas de reclusão, detenção, multa e prisão simples; o art. 28, todavia, fugindo à regra das penas restritivas de direito do CP, que são sempre substitutivas das penas privativas de liberdade, prevê a completa autonomia das penas de prestação de serviços à comunidade e obrigação de frequência a programa ou curso educativo. Houve, pois, para o consumidor-usuário, a descarcerização (e não despenalização, visto que, por mínima que seja, ainda é imputada uma consequência penal à conduta de quem porta drogas para consumo próprio).

Ainda assim, soa muito estranha essa espécie de criminalização do usuário. Afinal, como é cediço, o bem jurídico tutelado pelos tipos da Lei 11.343/06 seria a saúde pública, de

forma que o sujeito passivo dos delitos é indeterminado, sendo toda a sociedade vítima da rede do tráfico. A punição, portanto, não visaria à proteção da saúde do usuário, já que, em tese, a autolesão não é punida pelo Direito Penal (SIQUEIRA, 2009, p. 516). Não obstante, se a pessoa é surpreendida portando pequena quantidade de droga para consumo pessoal, qual o mal que ela estaria levando à sociedade? Poder-se-ia argumentar que há o risco de ela poder oferecer a alguém a droga; tal conduta, entretanto, já apresenta tipificação (art. 33, §3º, da Lei nº 11.343/06). Pune-se, então, uma imaginada ameaça a terceiros? Segundo a opinião de Alberto Zacharias Toron:

É definitivamente inconciliável a punição de “trazer consigo”, “portar” ou “guardar” substância entorpecente, ou que determine a dependência, para **uso próprio** com o bem jurídico tutelado, isto é, a saúde pública. Ou bem se assume que se está protegendo a saúde individual e com isso interferindo no modo de ser do indivíduo, numa verdadeira reedição do direito penal do caráter, ou bem se adotava uma postura descriminalizadora em relação a condutas definidas no artigo 28. Nosso legislador preferiu uma solução de compromisso, procedendo apenas uma despenalização (TORON, 2009, p. 556, grifos do autor).

Resta, porém, a dúvida: havendo núcleos verbais idênticos presentes nos tipos dos arts. 28 e 33 da Lei nº 11.343/06, como se dará a diferenciação entre o consumidor-usuário e o delinquente-traficante? Segundo a dicção do §2º do art. 28 da Lei, *o juiz atenderá à natureza e à quantidade de 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*. Ou seja, pela simples leitura do dispositivo, observa-se claramente a porta aberta ao direito penal do autor e à arbitrariedade judicial, principalmente no contexto brasileiro, de tradição punitivista dos atores do sistema penal⁵ (CARVALHO, 2010). Tanto que, não raro, a única *prova* do tráfico é o desemprego ou o subemprego daquele que é surpreendido na posse de drogas (ZACCONE, 2007, p. 100). Sobre o tema, seguem as precisas palavras de Vera Malaguti Batista, frutos de pesquisa empírica sobre processos do Juizado de Menores do Rio de Janeiro entre os anos de 1968 a 1988, relativos a adolescentes envolvidos no tráfico: *aos jovens de classe média, que a consomem [cocaína], aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal* (BATISTA, 2003, p. 84)

Ademais, é preciso pontuar que, mesmo quando a pessoa é presa em flagrante vendendo drogas, isso definitivamente não quer dizer que ela concretiza o estereótipo de criminoso presente no imaginário social. Ela, por questões sociais, foi apenas a selecionada para encarnar o papel de traficante. Imagine-se o seguinte exemplo: dois jovens, ambos de 18 anos,

estão negociando a compra de drogas em um bairro abastado. O que compra, universitário no início da vida acadêmica, o faz com o dinheiro que recebe dos pais para o lazer. O que vende, jovem que ainda cursa o ensino médio, em série atrasada, e faz bicos para ajudar a família, também deseja comprar a droga, porém não tem dinheiro para tanto. Como solução, vende um pouco para assim também poder consumi-la. E eis que, tendo a polícia flagrado o ato, o jovem universitário será encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sobre ele não podendo incidir qualquer pena privativa de liberdade, enquanto que o segundo está sujeito a uma pena mínima de 5 anos, com sério risco de não conseguir a aplicação de minorantes e a conversão da pena em restritivas de direito. O abismo na diferença de tratamento é, pois, gritante.

Ainda sobre a temática, arremata Vera Malaguti Batista:

A disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão-de-obra jovem para a sua venda ilegal e constituiu núcleos de força nas favelas e bairros mais pobres do Rio de Janeiro. Aos jovens de classe média que a consumiam aplicou-se sempre o estereótipo médico, e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de droga, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa. [...] Em geral, os processos se relacionam às famílias “desestruturadas”, às “atitudes suspeitas”, ao “meio ambiente pernicioso à sua formação moral”, à “ociosidade”, à “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de *status* “que não se coaduna com a vida de salário mínimo” (BATISTA, 2003, p. 134-135).

Para completar o cenário de absurda desproporcionalidade no tratamento penal suportado pelas classes vulneráveis ao sistema, há de se pontuar a presença, por exemplo, do art. 37 da Lei nº 11.343/06, cujo tipo engloba a conduta daqueles que avisam aos traficantes, por meio de pipas ou foguetes, por exemplo, a chegada da polícia à localidade (normalmente crianças e adolescentes). Se, por um lado, poder-se-ia pensar que é melhor o enquadramento neste tipo do que no do art. 33 do referido diploma legal, é preciso lembrar que sobre o agente desse delito incidirá toda a dura disciplina destinada aos traficantes de alto escalão, como os financiadores do negócio, estes imunizados. Equivalem-se, pois, condutas ontologicamente diversas, as quais acarretam lesões de intensidades bastante díspares.

Nesse ponto, é possível recorrer à ideia de Michel Foucault (2002) de que o sistema penal atua realizando uma *gestão diferencial das ilegalidades*⁶, ou seja, a justiça não existe para

punir todas as práticas ilegais, mas apenas algumas e de específicos setores sociais. Daí que, mesmo dentro das condutas tidas por tráfico, praticadas por ricos e pobres, apenas sobre estes recai o estereótipo de criminoso e a força do sistema. Todavia, a realidade demonstra que, por muitas vezes, esses selecionados não correspondem às características do estereótipo de traficante – uma pessoa sem limite moral, que age de forma violenta e bárbara, em detrimento da saúde dos viciados.

Isso porque a repressão legal resta concentrada no último escalão do esquema empresarial do tráfico, ou seja, no setor mais débil, mais vulnerável da complexa rede de venda de substâncias psicoativas. São presos normalmente, portanto, verdadeiros trabalhadores autônomos do tráfico, os quais não detêm qualquer controle sobre a organização do negócio. Descrevendo precisamente o fenômeno, Oscar Zaccone aduz:

Hoje, a grande maioria dos presos no tráfico é formado pelos “aviões”, “esticas”, “mulas”, verdadeiros “sacoleiros” das drogas, detidos com uma carga de substância proibida, através da qual visam obter lucros insignificantes em relação à totalidade do negócio. Estes “acionistas do nada”, na expressão de Nils Christie, são presos, na sua imensa maioria, sem portar qualquer revólver (ZACCONE, 2007, p. 116-117).

Com o intuito de corroborar o afirmado, pode-se observar os dados do início dos anos 2000 sobre os presos por tráfico no Rio de Janeiro: menos de 10% é detido portando arma de fogo (ZACCONE, 2007, p. 117), demonstrando que o foco da repressão não recai sobre os temidos chefões do tráfico, mas sim sobre a base da cadeia produtiva, a qual raramente reage aos comandos de prisão.

Pois bem, é esse o público que terá de suportar, também quando da dosimetria da pena, as consequências de todo o discurso sobre o mal personificado nos traficantes. Não bastasse o processo de criminalização ter findado com a condenação (não olvidando que ainda faltaria, evidentemente, o trânsito em julgado), os réus ainda têm de arcar com penas exacerbadas, notadamente na quantidade e na forma de execução. Isso porque, quando o magistrado decide, inúmeros signos não presentes na letra da lei impõem-se, consubstanciando os discursos de extremismo punitivista. Assim, os estereótipos criminais não só orientam a polícia na atividade de persecução, mas também direcionam o raciocínio dos juízes na escolha das variáveis possibilitadas pela lei em virtude das margens de discricionariedade ou das expressões vagas e imprecisas.

1.1. CONSEQUÊNCIAS DA EFICÁCIA LATENTE DO SISTEMA PENAL NA DETERMINAÇÃO DA PENA

Com o desenrolar da instrução criminal, os magistrados observam se, pelo arcabouço probatório exposto, é possível verificar a presença de todos os elementos do conceito analítico de crime, bem como a autoria e a materialidade do delito. Em caso positivo, surge o decreto condenatório, o qual confere legitimidade ao Estado para o exercício do *jus puniendi* e a imposição da pena. Eis, então, que surge o seguinte panorama: se durante o processamento do feito, as garantias dos acusados já não são respeitadas, após, com o estabelecimento da condenação e o início da fase de dosimetria da pena, consubstancia-se um quadro de fácil aceitação para os discursos punitivistas, sendo o arbítrio considerado quase inatacável. Afinal, se o indivíduo é culpado, a resposta penal deve ser a mais rigorosa possível, ao ponto de Álvaro Mayrink da Costa afirmar que *o sistema de cominações de penas atravessa verdadeira crise de técnica legislativa e de política criminal, sob a justificativa da emergência pontual* (COSTA, 2007, p. 386).

Neste ponto, é salutar destacar que as normas de garantias penais e processuais só não mais incidem com a condenação definitiva, e não com o simples decreto condenatório em primeiro grau. Por mais evidente que esta afirmação possa parecer, ela se faz necessária, vez que é preciso conferir eficácia aos princípios constitucionais em todos os momentos da persecução penal, inclusive quando da determinação da pena. Simplesmente, não se pode limitar o âmbito de eficácia de uma garantia constitucional em etapas e de forma discricionária. Daí George Sarmiento, por exemplo, enfatizar a necessidade de *cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento* (SARMENTO, 2008, p. 242).

Por mais que o indivíduo já seja considerado culpado, a normatividade da presunção de inocência irradia-se para a fase da dosimetria, de forma a exercer outros papéis. Nessa etapa, o princípio assumiria a forma de presunção de pena mínima, ou de pena zero (ROIG, 2013, p. 115), pois, só assim, confere-se concretude ao propósito constitucional de redução de danos ao selecionado pelo sistema penal. Daí não fazer sentido a orientação doutrinária de fixar-se a pena-base partindo do termo médio entre a pena mínima e máxima, por exemplo (CARVALHO NETO, 2003, p. 221).

Não obstante, mormente quando da condenação de réus pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pode-se dizer que existe uma verdadeira norma implícita de que a pena deve ser exacerbada, já que a punição dos inimigos eleitos da sociedade deve ser dar da forma mais

rígida possível para *dar exemplo*. Independe de onde o indivíduo se encontra na pirâmide organizacional do tráfico; seja a *mula*, seja o chefe do narcotráfico, a culpabilidade é sempre acentuada. Daí que, na dosimetria da pena, o punitivismo expõe a sua face sem maiores pudores, o que significa não só o aumento da pena a ser aplicada, mas a perda de uma série de benefícios, como o regime inicial de cumprimento de pena, conversão em penas restritivas de direito, prescrição, progressão de regime etc.

Os juízes, portanto, ao utilizarem-se da dogmática penal relativa à determinação da pena, escondem-se atrás de um pretensio manto de neutralidade científica, quando, em verdade, estão reproduzindo estereótipos e conclusões rasas sobre o fenômeno delitivo, as chamadas *every day theories*, ou teorias da criminalidade presentes no senso comum. Como exemplo, pode-se citar a ideia geral do estuprador, em tese um pervertido desconhecido da vítima, quando pesquisas demonstraram que apenas 14% dos estupros analisados são cometidos por desconhecidos (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJAIARJIAN apud NEPOMOCENO, 2004, p. 63), ou ainda a concepção de *mulher honesta*, a qual incide sobre as supostas vítimas do delito de estupro e influencia sobremaneira o juízo de absolvição ou condenação (NEPOMOCENO, 2004, p. 167).

Tudo com a aparência de que está ocorrendo um perfeito silogismo entre o caso e a norma penal, quando, na realidade, os juízes utilizam-se de dois códigos: o código dogmático, o qual confere a aparência de racionalidade à decisão, orientando-a, e um código ideológico, ou *second code*, que se apresenta nas entrelinhas da sentença, condicionando o seu conteúdo (NEPOMOCENO, 2004, p. 33). Em síntese, o magistrado, a fim de legitimar a sua decisão, ressalta apenas aquilo que favorece a posição assumida, em um discurso retórico onde normas implícitas verdadeiramente derogam normas explícitas, estas quase que cinicamente citadas, como se estivessem sendo aplicadas segundo as diretrizes constitucionais – o que não ocorre em absoluto. Ao fim e ao cabo, a concepção pessoal do julgador sobre o fenômeno criminal, o seu reconhecimento ou não junto ao réu, suas ideologias, é que serão os fatores determinantes para a decisão final.

É claro que a formação pessoal dos julgadores influencia na decisão; afinal, ainda são humanos, com todas as suas idiossincrasias, e não máquinas, a sentenciarem. Isso não impede, contudo, que os operadores do direito abandonem a ilusão do positivismo jurídico, essa admiração iluminista pelo sucesso da ciência e da racionalidade, com fins de realizar uma análise mais crítica do seu trabalho e evitar, na medida do possível, arbitrariedades. Sem esse devido cuidado, o que ocorre é uma manipulação da técnica do sistema penal, em que aumentar ou diminuir a pena chega ao limite de restringir-se a um exercício de vontade.

Com o exposto, resta claro como a função latente do direito penal atua no momento de determinação da pena a ser imposta. Por mais que, aparentemente, haja uma série de normas garantistas no ordenamento, o que prevalece, em grande parte, é o espírito punitivista tão arraigado na comunidade jurídica, envolto na ilusão da certeza e racionalidade das decisões (função explícita). Neste momento, com fins de incitar a reflexão, seguem as provocativas e duras ideias de Katharina Sobota, a qual chega ao extremo de incitar os juristas a *não mencionarem a norma*:

Eles [operadores do direito] pensam que declaram normas, mas não o fazem; pensam que aplicam silogismos, mas utilizam-se de entimemas; pensam que obedecem à racionalidade, mas são eles mesmos quem originalmente produzem a sua própria racionalidade, por agirem de maneira retórica. [...] Em vista desta tendência, as interrelações paradoxais entre concepções verbalizadas e concepções inarticuladas parece ser o resultado de uma **ingenuidade altamente funcional** que sustenta a organização social (SOBOTA, 1995, p. 273, grifo da autora).

Conforme já elucidado, a dosimetria da pena, em especial, é um farto campo para essa relativização das normas constitucionais, haja vista o grande emprego de conceitos indeterminados, vagos, ambíguos ou porosos na disciplina normativa, como a culpabilidade⁷. São termos, por conseguinte, que apresentam em demasiado a característica da *textura aberta da linguagem, região grísea* que impossibilita determinar de forma absoluta todos os usos possíveis das palavras. Isto é, esses termos não apresentam uma definição exaustiva, já que não sabemos todas as situações em que eles podem ou não ser utilizados com segurança (STRUCHINER, 2002, p. 11-22). Nada mais propício para a introdução arbitrária de discursos punitivistas no momento da decisão, principalmente quando, das 8 circunstâncias judiciais, 5 delas conduzem a uma análise sobre a pessoa do acusado, a demonstrar uma clara tendência subjetivista na aplicação da pena privativa de liberdade (CARVALHO, 2010, p. 154).

No que tange, em específico, ao conceito de culpabilidade para a determinação da pena-base, salutar é a conclusão de Rodrigo Roig:

De fato, a ausência de contornos do conceito de culpabilidade na quantificação da pena sofre críticas por parte de amplos setores da doutrina alemã, fundadas na afirmação de que a referência a uma ininteligível culpabilidade apenas esconde valorações de índole subjetiva, parciais e por muitas vezes impregnadas por emoções do juiz criminal. Resulta, assim, reforçada a tese de que os juízos acerca da culpabilidade, uma vez que compostos por considerações subjetivas, não devem constituir fundamentos para o incremento da sanção penal em prejuízo do autor, mas apenas ao seu favor (ROIG, 2013, p. 34).

Com efeito, a ausência ou obscuridade de contornos legais para determinados critérios de dosimetria da pena não podem ser supridos de forma gravosa. Muito embora expressões com textura aberta sejam uma realidade em leis penais, por vezes de forma intencional, não se justifica a escolha arbitrária das consequências penais ao acusado. Isso porque, não obstante a vagueza dos termos, existe sim um parâmetro a ser seguido: a linha principiológica, de cunho garantista, determinada pela Constituição Federal. Daí os magistrados não terem escusas ao estarem reproduzindo discursos punitivistas em detrimento das garantias dos réus no cálculo da pena. Entretanto, mesmo quando há precisão conceitual, não deixa de ocorrer a manipulação de termos, reconstruídos retoricamente pelos juízes na sentença. O resultado são penas demasiado elevadas, impostas por um juiz que se arvora da condição de legislador, posto que almeja prevenir a sociedade do crime através da intimidação da pena, instrumentalizando-se o réu para fins de prevenção geral (ROIG, 2013, p. 53).

Pelo contrário, ao julgador cabe conferir máxima efetividade aos ditames constitucionais, e não modelá-los, utilizando-se, para tanto, da condenação como instrumento de sua própria política criminal, sem qualquer legitimação democrática, em detrimento da diretriz constitucional de diminuir a afetação do indivíduo. Inconteste, assim, a necessidade de uma fundamentação mais densa quanto às premissas utilizadas pelo julgador na sua opção por uma maior ou menor pena.

2. CASOS CONCRETOS - ANÁLISE DA CULPABILIDADE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA EM CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES NAS JUSTIÇAS FEDERAL DA 5ª REGIÃO E ESTADUAL DE PERNAMBUCO

Antes de passar-se à análise de como os magistrados estão procedendo com a individualização da pena nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, é preciso pontuar que a Lei nº 11.343/06 quis dar ênfase a algumas das circunstâncias judiciais no momento de determinação da pena-base. Nos dizeres do art. 42 do referido diploma legal, *o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*. Pelo fato da personalidade e da conduta social já estarem previstas no art. 59 do CP, bem como diante da constatação de que a natureza e a quantidade da droga fazem parte das circunstâncias e das consequências do crime, o que se tem é que o legislador quis apenas

evidenciar quais circunstâncias específicas seriam mais importantes do que as outras (NUCCI, 2013, p. 350).

Com isso, não se quer dizer que as outras circunstâncias não devam ser analisadas, pelo contrário. Tanto que o foco deste trabalho é o conceito de culpabilidade e a análise crítica da utilização desse conceito na dosimetria por parte de juízes de 1º grau da Justiça Federal da 5ª Região e da Justiça Estadual de Pernambuco. Para tanto, foram escolhidas 6 sentenças proferidas entre os anos de 2011 e 2013, sendo 3 de competência estadual e 3 de competência federal.

Como é cediço, existe uma aparência de isenção e pureza do judiciário, uma vez que a seletividade mais exposta, mais ostensiva, resta a cargo da polícia. Entretanto, sob o manto de uma aparente neutralidade, não se constata isenção, conforme é possível observar nas penas elevadas que são impostas aos condenados.

A grande questão é que os julgadores, levados por ímpetos de punitividade, não fazem distinção entre os agentes envolvidos com o atacado e com o varejo. A prática vai no sentido de penalidades severas, quando a margem da pena em abstrato serviria exatamente para individualizar de forma proporcional as penas do pequeno e do grande traficante (CARVALHO, 2013, p. 79). Tendo os juízes ampla discricionariedade na determinação da pena, esta deveria ser diretamente proporcional à responsabilidade de respeitar as garantias constitucionais – ao menos, é isso que se espera em uma perspectiva democrática. Vejamos, pois, o conteúdo de parte das sentenças analisadas:

a) Processo nº 0009175-50.2012.8.17.0001, da 1ª Vara Criminal dos feitos relativos a entorpecentes da Capital (sentença exarada em 08/02/2013):

Diante da análise das circunstâncias judiciais constantes do art. 59, do Código Penal [...] deve ser levada em consideração a culpabilidade do réu, dada a consciência da ilicitude da sua conduta, tendo esta um índice de reprovação perante o ordenamento jurídico penal [...].

De pronto, vê-se um claro exemplo em que o magistrado realiza um juízo de constatação da culpabilidade, quando, nesta fase, de aplicação da pena, deveria graduá-la. Ora, se não houvesse a consciência da ilicitude, sequer seria possível passar para a fase da dosimetria da pena, de forma que o julgador, basicamente, repetiu o óbvio. Ademais, na linha de raciocínio construída, é impossível estabelecer a pena mínima para o acusado, posto que a culpabilidade sempre estará presente na fase de individualização da pena.

b) Processo nº 0131130-53.2009.8.17.0001, da 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes da Capital (sentença exarada em 28/02/2011):

O réu A. L. da S. foi flagrado transportando quase 11 kg de pasta básica de cocaína, enquanto que o réu S. L. de S. adquiriu tal substância.

Não há como deixar de apontar o elevado grau de culpabilidade dos réus no odioso comércio de drogas.

Tais fatos, de fato, merecem reprovação social.

[...]

A personalidade e a conduta social de todo traficante devem ser consideradas desajustadas porque visam ao lucro fácil e desonesto, pouco se importando com a vida dos usuários.

Provavelmente a motivação de traficar surgiu da ideia do "lucro fácil". [...]

As consequências e os efeitos dos crimes analisados indicam expressivo grau de nocividade à saúde e à segurança pública.

É preciso pontuar, *a priori*, o quão lacônico foi o julgador na análise da circunstância judicial da culpabilidade. Simplesmente, pelo fato de os acusados terem se envolvido com o *odioso comércio de drogas*, realizando conduta típica, eles automaticamente apresentam culpabilidade elevada. Ademais, muito embora não seja o foco do presente trabalho, importante também registrar o conteúdo das conclusões referentes à personalidade e à conduta social, o qual, juntamente com o exposto quanto à culpabilidade, consubstancia verdadeira violação ao princípio da secularização. Afinal, segundo as observações do juiz, ser traficante implica ser um desajustado – [...] *como se todos aqueles que respondem pelo delito de tráfico fizessem parte de uma única categoria herética e violenta por natureza* (ZACCONE, 2007, p. 199) –, afirmativa bastante envolta em moralismos dos quais os julgadores deveriam se abster. Reproduz-se, assim, uma faceta do direito penal do autor (CARVALHO, 2010, p. 168).

Ainda em sua fundamentação, bastante sucinta, o juiz afirma que os fatos narrados merecem reprovação social. Ora, a assertiva constitui verdadeiro pleonasma, posto que, se o tráfico ilícito de drogas não fosse reprovado socialmente, ele sequer constituiria fato típico.

Por fim, no que diz respeito à natureza do bem jurídico, a saúde pública, cumpre destacar que sua violação não enseja um maior desvalor na resposta penal, sob pena de *bis in idem*. Com efeito, violar o bem jurídico protegido pela norma é elemento da ação típica, pressuposto para a existência do delito, e não consequência do mesmo. Em suma, o que se tem é que, diante do inimigo social, discursos moralistas se impõem, gerando reflexos em várias das circunstâncias judiciais, não só na culpabilidade.

c) Processo nº 0001050-31.2010.8.17.1370, da Vara Criminal Comarca de Serra Talhada (sentença exarada em 03/05/2011):

Pelo que consta nos autos, os dois réus encontravam-se em um veículo interceptado por policiais militares, onde foram flagrados portando maconha e uma prensa de ferro destinada a compactar o entorpecente, a ser destinado ao comércio. Quando da dosimetria da pena, na análise da pena-base, o juiz pronunciou-se de forma idêntica para ambos os acusados:

a) a culpabilidade é evidente, merecendo alto grau de reprovabilidade a conduta do réu, além de incontestável e acentuada, agindo ele com dolo direto e determinado; b) o réu possui registro de antecedentes criminais; c) os motivos alegados para o cometimento do crime não o justifica e nem restaram comprovados, mas sabe-se que o motivo é a aquisição de dinheiro fácil, em detrimento da saúde pública e segurança da sociedade; d) as circunstâncias não lhe são favoráveis, e na atualidade, o tráfico de drogas, é um dos grandes problemas sofridos pela sociedade de Serra Talhada e de toda a região; e) as consequências do delito são graves, levando, inclusive, na maioria das vezes, ao cometimento de outros crimes em virtude do vício que, por sua vez, financia o comércio das drogas; f) as consequências extrapenais do delito são gravíssimas diante de inúmeros jovens que se viciam ao iniciar a sua trágica trajetória no mundo das drogas; g) o comportamento da vítima em nada facilitou a ocorrência do crime, pois a vítima é a própria coletividade, que em nada contribuiu para o cometimento do crime, ao contrário, grande tem sido as campanhas pelos meios de comunicação e pela própria lei para evitar o tráfico de droga.

Assim, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão.

[...]

Para o cumprimento das penas impostas aos apenados determino inicialmente o regime fechado (art. 33, §2º, a, e §3º c/c 34, ambos do CP, e art. 2º, §1º, Lei nº8.072/90), devido à natureza do crime para o qual os réus foram condenados, de modo que designo a Penitenciária de Salgueiro-PE, ou em outro estabelecimento a ser designado pelo juízo da execução. A "exasperação" do regime semiaberto para o fechado se deu da análise das circunstâncias judiciais, corroborada com o fato de o delito perpetrado trazer graves consequências para a sociedade, e em razão da articulação dos infratores na preparação da droga, aliado à periculosidade deles e às circunstâncias do art.59, do Código Penal, analisadas anteriormente, impor o regime menos gravoso seria desatender ou atentar contra mandado de criminalização prevista na nossa Constituição e criar um benefício indevido para o tráfico de entorpecente, o que é vedado para outros delitos hediondos ou equiparados, forte nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF.

A pena-base dos réus foi fixada em 4 anos acima do mínimo legal, com base em argumentos demasiado genéricos e reprodutores de elementares da conduta típica. No que tange à culpabilidade, não houve qualquer demonstração do porquê ela é *evidente, incontestável e acentuada*, apenas meras afirmações lançadas sem qualquer base empírica. Neste ponto, é

preciso reafirmar que a simples presença do dolo direto, sem nenhuma informação adicional que consubstancie uma maior reprovabilidade, não pode servir de embasamento para uma alta culpabilidade. Caso contrário, nenhum crime com dolo direto poderia ter como pena cominada o mínimo legal. Diante do quadro apresentado, salutar expor a conclusão de Salo de Carvalho, citando a obra de Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*:

Mesmo critérios subjetivos (referentes ao autor do fato) devem ser demonstrados empiricamente, ou seja, objetivados na prova, pois a subjetivação de hipóteses e argumentos “*gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não mais à comprovação de fatos objetivos, mas para a análise da interioridade da pessoa julgada*”; obtendo, como corolário, a degradação “*(...) da verdade processual (empírica, pública e intersubjetivamente controlável) em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador*” (CARVALHO, 2010, p. 149).

O julgador, ao proceder da forma exposta quando da aplicação da pena, viola frontalmente o art. 5º, LV, da CF/88. Com efeito, ao não motivar adequadamente a decisão, utilizando-se de termos genéricos e sem embasamento no arcabouço probatório, seus argumentos tornam-se, simplesmente, irrefutáveis, em ampla dissonância com a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Para finalizar, no momento de determinação do regime inicial de cumprimento de pena, o juiz, sem pudores, afirma que a modalidade deve ser a fechada em virtude da natureza do delito – muito embora, abaixo, tenha citado a súmula 718 do STF, a qual aduz que *a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*. Por mais que, após, o magistrado ainda pormenorize sua fundamentação, os argumentos continuam genéricos ou são simples afirmações da presença de elementares do tipo. Chega-se a falar até em periculosidade, quando esta é requisito para a aplicação da medida de segurança, e não da pena – para esta, é preciso culpabilidade (CARVALHO NETO, 2003, p. 35).

d) Processo nº 0011737-85.2011.4.05.8100, da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (sentença exarada em 13/03/2012):

Em linhas gerais, a ré, de nacionalidade uruguaia, foi presa em flagrante delito quando tentava embarcar em voo com destino a cidade de Lisboa/Portugal, em 09/10/2008, no Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza/CE, transportando consigo, por meio de uma mala com fundo falso, 2,050 kg (dois quilos e cinquenta gramas) de cocaína na forma de

cloridrato. Sem antecedentes, tendo apenas se envolvido neste tipo de criminalidade por estar com câncer, resta claro que a ré enquadra-se no clássico caso de *mula*, apenas o fim de uma grande e complexa rede do crime organizado. Não obstante a singeleza de sua conduta, a qual em nada destoou da práxis do transporte internacional da droga, a ré, em primeiro grau, teve a pena-base fixada em 12 anos de reclusão. Segue trecho da sentença:

Quanto aos dois últimos - personalidade e a conduta social do agente -, deve-se registrar que a personalidade do condenado e a sua culpabilidade convergem a um juízo de reprovabilidade mais acentuado. Com efeito, a ré, em seu interrogatório, afirmou ter 49 anos. Nota-se, portanto, que se trata de pessoa instruída, plenamente ciente não só da ilicitude do crime de tráfico de entorpecentes mas das consequências do mesmo. Assim, fixo a pena-base com relação ao crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em 12 (doze) anos de reclusão.

O juízo de reprovabilidade – culpabilidade –, no caso, é mais acentuado simplesmente porque a ré tinha 49 anos quando da prática do delito, de forma que ela estava plenamente ciente das consequências de seus atos. Ora, não foi exposto pelo julgador qualquer elemento que exigisse uma maior censura; pelo contrário, a existência de câncer e falta de dinheiro para o tratamento poderiam até ter sido sopesadas em favor da acusada. Em verdade, o juiz apenas afirmou ser a ré imputável, quando se sabe que a imputabilidade sequer adentra na análise da culpabilidade como circunstância judicial – o grau de inimputabilidade não será avaliado no momento, uma vez que, se reduzido, implicará na incidência de causa de diminuição de pena (art. 26 do CP), a ser computada na terceira fase da dosimetria (COLLE, 2005). No máximo, o juiz descreveu que a acusada agiu com dolo, o que, sem a descrição de uma circunstância excepcional a qual fundamente um maior desvalor da conduta, é totalmente inócuo nesta fase da persecução criminal.

Não há qualquer circunstância excepcional, seja no tipo de droga traficada, seja na quantidade, que ofereça mais danos do que já é normalmente esperado no crime de tráfico. Sendo a conduta tipificada, espera-se, com efeito, a reprimenda estatal, porém com a devida proporcionalidade. Não há como comparar a atividade de uma mula, a qual leva consigo apenas poucos quilos em um fundo falso de bagagem, com a do organizador da rede de tráfico, ou com um transportador de vultosas quantidades de entorpecente. Da forma como atuou o julgador, entretanto, corre-se o risco de punir com maior rigor aquela pessoa usada como mula, ao invés daquele que coordena e comanda a operação criminoso do topo da pirâmide organizacional.

Se uma mula recebe por pena-base 12 anos, quantos anos deve ser a pena imposta para o articulador da quadrilha? Se a atividade de mula, a parte mais frágil e simplória da complexa

cadeia do tráfico internacional, não merece a fixação de pena-base no mínimo legal (levando-se em consideração que as outras circunstâncias são favoráveis), qual atividade merece? Pelo que se infere da argumentação exposta pelo julgador do caso, porém, é simplesmente impossível que a dosimetria parta do patamar mínimo.

Dessa forma, é inócuo e, pior, configura inadmissível injustiça aplicar penas desarrazoadas para as mulas, as quais, de fato, não são o cerne do problema, mas apenas os pontos fracos sobre os quais acaba recaindo a penalização. Diante desse quadro de exacerbação de penas, como se penas elevadas, por si só, fossem prevenir a ocorrência de novos delitos, imputando-se ao acusado as inseguranças sociais, salutar é o posicionamento de Rodrigo Roig, para quem a visão preventivo-geral pode levar a pena a superar as fronteiras da própria culpabilidade (2013, p. 129), como foi o caso.

e) Processo nº 0016089-68.2011.4.05.8300, da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (sentença exarada em 14/02/2012):

A configuração da culpabilidade no caso em apreço e a análise acerca dos elementos que a compõem já foram objeto de linhas anteriores e assim se procedeu justamente para que se pudesse concluir sobre ser o réu merecedor ou não de condenação.

Assim sendo e superada a referida questão, em sede de circunstâncias judiciais, não mais cabe definir a culpabilidade, mas sim observar, no caso em concreto, o grau de reprovação social que o crime e o autor merecem, atribuindo à culpabilidade a qualificação de intensa, média ou reduzida.

No caso sub examine, verifica-se que a acusada, de forma voluntária e consciente, traficou elevada quantidade de droga com destino ao exterior, utilizando-se de artifícios para camuflar a substância e mesmo a ilegalidade de seu ato, na tentativa de ludibriar a fiscalização.

Sobre sua conduta, portanto, entendo que a culpabilidade assumiu grau intenso.

Mais uma vez, está-se diante do caso de mula arregimentada para o tráfico internacional de drogas. Neste caso, muito embora o magistrado tenha explicitado de forma coerente como se analisa a culpabilidade na fase de determinação da pena, ele, a fim de configurar a culpabilidade como *intensa*, simplesmente descreve o *modus operandi* do delito, como se houvesse qualquer nota de excepcionalidade neste. Na conduta da acusada, é óbvio que ela iria camuflar a substância, sendo esta medida basicamente inerente a quem quer esconder algo ilícito, no caso, cerca de 1kg cocaína (o que, em definitivo, não é uma grande quantidade). Com a argumentação acima, o magistrado chega as vias de determinar um maior grau de reprovabilidade da conduta com base na realização da ação típica, e não na análise dos

elementos da inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. Em síntese, configura-se uma espécie de *bis in idem*: a pessoa é condenada porque realizou um fato típico, e tem a sua pena majorada porque realizou um fato típico.

f) Processo nº 0020116-94.2011.4.05.8300, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (sentença exarada em 31/05/2012):

Em linhas gerais, a denunciada foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional dos Guararapes, tentado embarcar para Bruxelas com 1,5kg de cocaína acondicionada em 3 estabilizadores de computador. Nada mais típico para essa modalidade de delito. A magistrada, entretanto, imputou a ré uma pena-base de 7 anos de reclusão, 2 anos acima do mínimo. No que diz respeito à culpabilidade, a juíza assim concluiu, de forma absurdamente lacônica:

No que se refere às circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), primeiramente devo considerar com preponderância os critérios previstos no art.42 da lei 11.343/06. Assim, verifico, conforme já detalhado na fundamentação da sentença, que a natureza da substância, qual seja, cocaína, com alto grau nocivo para a saúde física e mental do usuário, bem como a relevante quantidade da substância (1.500g), que é matéria prima para diversas outras drogas, lhe é desfavorável. Assim, tenho que a ré agiu com culpabilidade intensa.

Ora, a análise da culpabilidade é um trabalho complexo, de forma a ser inadmissível afirmações monossilábicas, como a culpabilidade é mínima, grave ou intensa (COLLE, 2005). A julgadora, entretanto, diante das informações relativas à natureza da droga e à quantidade, normais para a espécie de delito em comento, simplesmente concluiu, em um salto lógico incognoscível, que a culpabilidade seria intensa. Houve, pois, uma verdadeira confusão na análise de diferentes circunstâncias judiciais, configurando-se um camuflado *bis in idem*. Com efeito, recai duas vezes sobre a conduta um desvalor em virtude da natureza e da quantidade da droga: quando da análise das circunstâncias natureza e quantidade e quando da análise da culpabilidade. Como resultado, tem-se que, mais uma vez, a mais singela das ações relativas ao tráfico internacional não tem a ela cominada pena-base no mínimo legal.

A linha de raciocínio construída no que tange às mulas, infelizmente, leva ao desrespeito ao princípio da individualização da pena. Isso porque, segundo os argumentos utilizados, se a pessoa atuou como mula, automaticamente significa que a culpabilidade é intensa, em um determinismo o qual não leva em consideração as peculiaridades de cada caso.

Após essa breve análise dos argumentos judiciais relativos à imposição da pena privativa de liberdade para traficantes, é possível constatar que os magistrados estão criando os seus próprios critérios de política criminal, atuando não como julgadores, mas como *justiceiros* ou *agentes de segurança pública*. Invadem, dessa forma, o âmbito de competência do legislativo, indo de encontro à política criminal delineada pelo constituinte/legislador, o qual, mesmo com todas as suas mazelas⁸, ainda é o representante da vontade do povo. Ao menos, mantendo-se a determinação da política criminal pelo legislativo, poder-se-ia garantir um mínimo democrático, diferentemente do que ocorre no judiciário, no qual cada julgador terá as suas próprias concepções do fenômeno criminal, dando-se margem ao decisionismo.

Com isso, não se está aqui a defender que a política criminal seja de propriedade exclusiva do legislador, devendo o magistrado evitar a sua influência ao imputar a prática de crime ao réu e, em seguida, ao impor a pena. Muito pelo contrário. A análise do delito e da pena com base apenas em generalizações, em uma abordagem puramente técnico-científica, faz com que as decisões possam não ser ajustadas ao caso concreto (ROXIN, 2000, p. 07). Conforme aduz Claus Roxin, [...] *deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito* (ROXIN, 2000, p. 14). Ou seja, cada categoria do delito deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal, a fim de que a aplicação do direito não se resuma a um mero automatismo.

Não obstante, conforme destacou o próprio doutrinador alemão na citação acima, não se pode olvidar jamais das garantias dos acusados, as quais estão erigidas na lei, tomada em sentido amplo. Desta feita, os fundamentos de valoração político-criminal não podem advir do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei (ROXIN, 2000, p. 18), o que, infelizmente, vem ocorrendo na prática judiciária brasileira, como no caso da análise da culpabilidade na dosimetria da pena de condenados por tráfico de entorpecentes. Afinal, os magistrados, na ânsia de impor a sua própria política criminal punitivista, menosprezam a política redutora de danos estabelecida a nível constitucional.

3. CONCLUSÕES

Por mais que o sistema penal não seja eficiente quanto as suas funções explícitas, ele precisa se legitimar, a fim de consolidar a sua aceitação no meio social. Ora, é preciso dar, ao menos, uma falsa sensação de eficácia para o público consumidor do discurso punitivo, o que

transforma o processo penal em um mecanismo de punição antecipada, por exemplo, ou de exacerbação de dor. Ainda persiste, pois, um violento desrespeito aos ditames constitucionais, de forma que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha sido um marco na reconstrução democrática brasileira, passados 25 anos de sua promulgação, ainda se fazem necessários grandes esforços com vistas a garantir sua imperatividade normativa.

Com efeito, a culpa deixa de ser analisada de forma técnica e avaliativa, com base exclusivamente no fato, para ser definida em função da “personalidade” do acusado ou em função de terceiros, destinatários do discurso preventivo-geral ou do punitivista. No caso em comento, eis que as penas elevadas dos réus de tráfico de entorpecentes acabam servindo de embasamento, de forma transversa e superficial, à função declarada do Direito Penal de proteção social, já que o sistema está a punir os crimes, em tese independentemente dos autores da prática delituosa. Responde-se, pois, aos anseios punitivistas da sociedade, a qual, de fato, vive aflita, com medo da violência social.

Observa-se, entretanto, que essas punições não passam de meros agrados para o público do sistema jurídico-penal, posto que, já tendo ocorrido a condenação, é questionável a efetividade das elevadas penas no combate ao tráfico, mormente quando se trata de pequenos traficantes. Surge, assim, um fenômeno bastante interessante: além de haver um deslocamento do Direito Penal do fato para um Direito Penal do autor, houve a criação de um Direito Penal do espectador (ROIG, 2013, p. 143), sedento de punição.

As consequências desse punitivismo, consoante já exposto, não se limitam àqueles que foram selecionados pelo sistema penal. Isso porque a função repressiva é apenas uma das facetas desse sistema, que acaba exercendo controle até sobre aqueles que não estão envolvidos com a criminalidade. A polícia, por exemplo, principalmente nas periferias, controla o direito de ir e vir das pessoas, restringe reuniões e o lazer e desrespeita a inviolabilidade domiciliar, sob a chancela do discurso do direito penal na guerra contra as drogas (ZACCONE, 2007, p. 129). Inúmeras, pois, são as violações aos direitos dos sujeitos vulneráveis à incidência das agências punitivas.

E quando o sujeito passa por todos os filtros da seletividade, alcançando o judiciário, ainda tem de suportar as arbitrariedades cometidas por um poder, que, em tese, deveria ser o guardião da lei. Pelo que se vislumbra, os julgadores os quais olvidam de toda a dogmática relativa à culpabilidade na dosimetria da pena, estabelecendo tempos de reclusão exagerados aos acusados por tráfico, acabam por transformar o decreto condenatório em instrumento de aplicação de uma política criminal específica, e não a delineada pelo constituinte/legislador.

Sequer os juízes se dão o trabalho de fingir que há um silogismo na aplicação da lei penal; o que há é desejo de retribuição mesmo.

No caso, impõem uma punição de traficantes com severidade, porém ao completo desprezo das garantias da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional relativa à culpabilidade e à aplicação da pena. No que se refere ao crime de tráfico ilícito de drogas, cujos agentes foram eleitos para serem a encarnação do mal, o pior existente na sociedade, as consequências são ainda mais graves, já que as fronteiras entre as funções declaradas e latentes do direito penal estão, literalmente, se esvaindo. Agora, os fundamentos das funções latentes passam a ser definidos como a base de novos discursos oficiais, de forma que o Estado não tem mais pudor em, claramente, defender o extermínio e o ódio, o que potencializa a violência estatal a níveis alarmantes.

Pelo observado, os julgadores esquecem que a pena é um fenômeno político, e, portanto, deve ser reflexo da posição política adotada pelo Estado. Se o Poder Constituinte originário e o legislador definiram a culpabilidade como necessária à imposição de pena, tendo o princípio da culpabilidade *status* de cláusula pétrea para assegurar a liberdade individual em face do Estado Leviatã, não cabe ao intérprete legal negar a referida norma e impor pena em contrariedade aos ditames do Estado de Direito. Em assim ocorrendo, o que se vislumbra é o exercício do poder punitivo sem a mínima legitimação democrática. Daí falar-se que é no Direito Penal em que se manifestam, de forma clara os limites da democracia em nosso país.

Acaso continuemos com a ideia de uma democracia crua na seara penal, em que a vontade do povo é simplesmente a vontade da maioria, continuarão a ocorrer os desrespeitos às garantias constitucionais com base no punitivismo exacerbado, no pânico moral, que só gera uma política criminal potencializadora de danos. É preciso, pois, atentar para a democracia constitucional ou de direito, não antitética à primeira concepção de democracia, mas a qual assegura a igualdade de tratamento aos cidadãos, criminosos ou não.

Diante de todo esse quadro de graves erros na dosimetria da pena, a postura do operador do direito não deve ser a de ratificar o poder político punitivo do Estado de polícia. Em verdade, entre o garantismo e o inquisitorialismo, o jurista precisa se posicionar, sempre tendo em vista um atuar comprometido com a efetividade da Constituição. Não se trata aqui sequer de ativismo judicial, mas sim de conferir vida às opções políticas do constituinte de 1988. É preciso, pois, comprometer-se com um direito que, se não é um ontológico instrumento de mudança social, o pode ser. Para tanto, faz-se necessário o verdadeiro entrelaçamento entre as ciências penais (dogmática, criminologia e política criminal), com vistas a desenvolver estratégias de redução de danos frente ao incremento da punitividade.

Talvez tudo isso possa ser sintetizado em uma palavra: alteridade. Ao impor a pena, o magistrado precisa lembrar que, no banco dos réus, há uma pessoa; é imprescindível reconhecê-la como semelhante, para, assim, realizar um juízo de valor sobre a reprovabilidade da conduta sem preconceções ou imagens distorcidas da realidade. Neste ponto, peço vênia para invocar o pensamento de Bobbio:

[...] para além das razões de método, pode-se aduzir em favor da tolerância uma questão moral: o respeito à pessoa alheia. Também, nesse caso, a tolerância não se baseia na renúncia da própria verdade, ou na indiferença frente a qualquer forma de verdade. Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito à pessoa alheia. Aparentemente, trata-se de um conflito entre razão teórica e razão prática, entre aquilo que devo crer e aquilo que devo fazer. Na realidade, trata-se de um conflito entre dois princípios morais: a moral da coerência, que me induz a pôr minha verdade acima de tudo, e a moral do respeito ou da benevolência em face do outro (BOBBIO, 2008, p. 191).

Por fim, cabe lembrar que também nem tudo se resolve com a polícia e o direito penal. E um exemplo disso está sendo implementado na cidade de São Paulo, na famosa Cracolândia, área do bairro da Luz. Enquanto que, até recentemente, era comum o questionamento de como conter os drogados sem efetivos mecanismos penais punitivos, a revista Fórum Digital demonstra os primeiros efeitos positivos do projeto *São Paulo de Braços Abertos*, o qual visa recuperar o usuário de droga que vive na rua por meio da reinserção social e do trabalho, de adesão voluntária (LONGO, 2014). Cerca de 300 moradores da localidade, agora, limpam ruas e praças, tentando recuperar a dignidade perdida. Persiste, assim, a esperança.

¹ Nas palavras do autor: a) o direito penal não defende a todos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 1999, 162).

² *É inequívoco [...] que a Constituição brasileira de 1988 adotou um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expresso de que se tem notícia* (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, P. 631). Para mais exemplos de mandatos constitucionais de criminalização, vide, p. 628/629.

³ Para a condenação de um indivíduo como criminoso, há um processo de dupla seleção, do qual não se pode apartar o seu caráter de escolha política. Primeiramente, ocorre a criminalização primária, com a escolha pelo legislador dos bens jurídicos dignos de tutela penal e a indicação dos comportamentos tidos por ofensivos; após, há a criminalização secundária, em que alguns

selecionados pelas agências de controle social formal (judiciário, polícia, ministério público...) e informal (opinião pública, mídia...) ganham a pecha de criminosos, tendo de arcar com as consequências nefastas de um sistema penitenciário falido.

⁴ A doutrina começou a observar que as funções declaradas do sistema penal, de proteção dos bens jurídicos essenciais da sociedade, constituem, em verdade, uma espécie de camuflagem para as verdadeiras funções, sub-reptícias, latentes, normalmente não declaradas. É como se o sistema penal, para se legitimar, utilizasse uma série de princípios e ideologias justificadoras, porém apresentando pífia eficácia. Ao revés, esse discurso oficial, de suposto combate à criminalidade e ao mal social, acaba por realimentar a dinâmica do fenômeno delitivo, em um ciclo vicioso que só consolida as desigualdades sociais (vide NEPOMOCENO, 2003).

⁵ Apenas a título exemplificativo, seguem alguns dados de pesquisa realizada por Rodrigo Azevedo e Jaime Weingartner com 48,5% dos membros do Ministério Público Gaúcho (em tese, estado com um dos Judiciários mais vanguardistas do Brasil), divulgados em 2004: 83,8% afirmaram ser a legislação brasileira branda, o que dificultaria a contenção da criminalidade; 82% foram favoráveis à expansão do Direito Penal, e, indagados sobre a possibilidade de tal medida vulgarizar o sistema penal, 62,8% acreditam que não seria o caso (apud CARVALHO, 2010, p.101-102). Quanto aos juízes, em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros nos anos de 2005 e 2006, 74,5% foi a favor da proibição da liberdade provisória, com ou sem fiança, para os crimes de tráfico de drogas (apud CARVALHO, 2010, p. 104-105).

⁶ *Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a punir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendam à organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estas, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral (FOUCAULT, 2002, p. 226-227).*

⁷ Conforme preceitua Luiz Regis Prado: *Assinala-se, corretamente, que a evolução do Direito contemporâneo e o desenvolvimento da responsabilidade objetiva (= sem culpa), bem como o recurso cada vez maior às noções de risco e de solidariedade têm contribuído para potenciar ainda mais a incerteza e a ambiguidade que envolvem a ideia de culpabilidade (2010, p. 378).*

⁸ Por não ser objeto desse escrito, não se pretende aqui adentrar nas discussões quanto ao sistema representativo. A referida citação é apenas para elucidar que, segundo a ordem constitucional vigente, o Poder Legislativo é fundamentado no voto popular, de forma que deveria ser, portanto, a expressão da vontade do povo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina. 2012. Política criminal e crise do sistema penal: Utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. BATISTA, Vera Malaguti. Rio de Janeiro: Revan.

BARATTA, Alessandro. 1999. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

BATISTA, Vera Malaguti. 2003. **Difíceis ganhos fáceis** – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan.

BOBBIO, Norberto. 2008. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier.

CARVALHO, Salo de. 2010. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** – o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. 2013. **A Política criminal de drogas no Brasil** – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO NETO, Inacio. 2003. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2013.

COLLE, Juliana de Andrade. 2005. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6232>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. 2007. **Direito Penal: volume 3** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense.

FOUCAULT, Michel. 2002. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes.

FRANCO, Alberto Silva. 2007. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. 2006. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

LONGO, Ivan. 2014. Para deixar de ser Cracolândia. *In: Revista Fórum Digital*. Edição 131, de 24 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/131/para-deixar-de-ser-cracolandia/>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2009. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. 2013. **Leis penais e processuais penais comentadas: volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PAVARINI, Massino. 2010. O encarceramento de massa. *In: Depois do grande encarceramento*. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). Rio de Janeiro: Revan.

PRADO, Luiz Regis. 2010. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1** – parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2013. **Aplicação da Pena** – limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva.

ROXIN, Claus. 2000. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar.

SARMENTO, George. 2008. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. *In: Direitos fundamentais na Constituição de 1988* – estudos comemorativos aos seus vinte anos. ALENCAR, Rosmar Rodrigues (org.). Porto Alegre: Núria Fabris.

SIQUEIRA, Leonardo. 2009. Comentários à lei de drogas – Lei nº 11.343/2006. *In: Leis Penais Comentadas*. DAOUN, Alexandre Jean; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (org.). São Paulo: Quartier Latin.

SOBOTA, Katharina. 1995. Não mencione a norma! *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito nº 7*. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Universitária.

STRUCHINER, Noel. 2002. **Direito e linguagem** – Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar.

TORON, Alberto Zacharias. 2009. Considerações Criminológicas sobre a repressão ao uso e ao tráfico de drogas. *In: Leis Penais Comentadas*. DAOUN, Alexandre Jean; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (org.). São Paulo: Quartier Latin.

ZACCONE, Orlando. 2007. **Acionistas do nada** – quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan.