

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO**

JACKSON TEIXEIRA DE FREITAS

CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA
raça, tráfico de drogas e prisão preventiva.

São Paulo

2024

Jackson Teixeira de Freitas

CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA
raça, tráfico de drogas e prisão preventiva.

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentado
ao Departamento de Direito Penal (DPM) da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, em cumprimento às
exigências formais como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito, como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito,
Orientador: Mauricio Stegemann Dieter

BANCA EXAMINADORA:

Profº Dr. Mauricio Stegemann Dieter

Profº Dr.

São Paulo - SP
2024

AGRADECIMENTOS

A primeira pessoa a agradecer não podia ser outra pessoa se não minha mãe. Durante toda a minha vida, seu amor e apoio incondicionais me permitiram chegar até aqui. A senhora sempre acreditou em mim, e me apoiou independente do caminho que eu escolhia, do teatro ao direito. Mas acima do seu apoio direto, desde que me entendo por gente, é a sua coragem, sua força e a sua luta que me inspiram e me impulsionam. Um conterrâneo seu diz que tudo que a vida quer da gente é coragem, e a senhora sempre irradiou esse sentimento para mim. No dia que a senhora escolheu deixar o sertão roseno, ainda criança, para ter uma vida melhor através da educação, pavimentou o meu caminho com o seu exemplo díspar de coragem. Além disso, a sua dedicação, zelo e pensamentos críticos enquanto educadora, também me inspiraram profundamente. Um dia, espero me tornar uma pessoa tão forte, determinada e dedicada como a senhora.

Outras duas mulheres da minha vida também foram essenciais e tenho muito a agradecer, minhas avós Raimunda e Francisca. Vó Raimunda, infelizmente a senhora faleceu antes de ver seu neto se formar, mas tudo que aprendi com a senhora vai me acompanhar para o resto da vida. Muito mais do que a utilidade das ervas, com a senhora aprendi a ter fé, a ser resiliente, seguir aquilo que acredito com justiça e honestidade. Tão importante quanto tudo isso que aprendi é o tamanho da saudade de ouvir sua voz melódica contando os causos daquele jeito que só você sabia contar. Obrigado pela força e pelo amor.

A minha avó Francisca, agradeço por ser o maior e melhor exemplo de bondade e gentileza que tive na vida. Desde as minhas primeiras memórias com a senhora, tudo que consigo sentir é um amor profundo e sincero que a senhora sempre compartilha com todos ao seu redor. A senhora é aquele tipo único de pessoa que só de estar do lado, nas ações mais simples da vida, faz com que a gente aprenda algo. Obrigado por sempre acreditar em mim e me inspirar a ser a melhor pessoa que eu puder ser. Agradeço também o meu avô Dudu, que com seu jeitinho me ensinou a respeitar aquilo que acredito e quero, e a lutar com gana. Quando eu era criança, ver o senhor na lida da roça com tanta garra, com certeza me fez ter o brio que tenho hoje para lidar com a vida. Também quero agradecer ao meu padrinho, Raimundo, e à minha madrinha, Vanusa, que sempre me trataram com muito amor e cuidado, me apoiando e me incentivando, obrigado por estarem comigo, as vezes distantes em espaço, mas próximos no coração. Igualmente importante sempre foi estar ao lado do meu irmão, Jonathan, que durante a vida toda, mas mais ainda durante a graduação foi meu confidente, me ouvindo com

toda atenção e carinho. Crescer ao lado de uma pessoa com o coração tão bom, foi um privilégio ao qual sou muito grato.

Não poderia deixar de agradecer a todos os amigos que me acompanharam nessa jornada.

Agradeço ao Pavão, por ser também um irmão que a mais de 15 anos me acompanha, me apoia e esteve comigo em tantos momentos incríveis e difíceis. Ser quem eu sou ocorre na medida daquilo que somos.

Minha amiga Katie, que durante tantos anos está ao meu lado, sempre me incentivado a ser minha melhor versão (e mais organizada), agradeço pela loba que você é e sempre vai ser, sua amizade traz o melhor de mim.

Agradeço ao Douglas pela amizade generosa desde os anos dourados do ensino médio, e com a qual aprendi tantas coisas. Sua generosidade foi uma das coisas que me levou à São Francisco, ao teatro e ao direito penal. Obrigado por ser essa pessoa praticamente diretiva na minha vida, por tantos sorrisos e sentimentos compartilhados. Você é um exemplo na mesma medida que é um amigo.

Aos meus amigos franciscanos, sem vocês eu jamais teria conseguido me formar, Letícia, João, Arthur, Michel, Duda e Giu. A experiência da graduação poderia ter sido terrivelmente feia, se não fosse a beleza dos sorrisos e lágrimas que compartilhamos. Agradeço profundamente à Letícia, por ter se tornado uma irmã nesses cinco anos, por cada uma das nossas conversas, por cada ato cuidadoso e gentil que só você dispendeu a mim. Ao João, por ser meu melhor amigo franciscano, um companheiro de aventuras, dramas e confidências, além de um dos maiores importantes apoios durante essa jornada. Estar do seu lado sempre é como estar perto do sol. Ao Arthur pelo seu carinho e força, sobretudo na pandemia, em diversos momentos tão difíceis seu suporte e humor único também me deram forças. Agradeço também a Giu e a Duda pela gentileza e carinho que sempre tiveram comigo. Meu profundo agradecimento ao Michel, por todas as nossas conversas, pelos abraços e ouvidos sempre atentos, por ser essa pessoa, que só de trocar duas palavras já nos tira um sorriso e nos impulsiona.

Aos amigos que o Arcadas me deu, Artur, Bruno, Camila, vocês estiveram nessa luta antes e durante a São Francisco, cada um de vocês tem uma força única que me faz ter vontade de lutar pelo que acredito. Aos amigos do 22, Arthur, Vini, Bruno, Pietro. Os momentos que vivemos juntos me ensinaram que a maior forma valor é a amizade. Obrigado por me permitirem pensar tanto e em comunhão, estar com vocês é um dos poucos momentos que me sinto livre para ser totalmente quem eu sou, dando vazão ao que penso.

RESUMO

A presente monografia, pautada no materialismo histórico-dialético, tem como objetivo analisar o fenômeno da seletividade penal, sobretudo da criminalização secundária no âmbito das audiências de custódia, a partir da análise dos processos em que as prisões em flagrante foram convertidas em prisões preventivas. Para tanto, foi abordado o multi-método, consistente na combinação de metodologias quantitativas e qualitativas. Assim, foram analisados 166 processos em trâmite no Fórum Central Criminal da Barra Funda, no período de abril a julho de 2022. Assim, foram analisadas as decisões que decretaram a prisão preventiva considerando a quantidade de drogas apreendidas e a raça dos réus. Ao final da análise, constatou-se a sobrerepresentação de pessoas negras portando menos drogas proporcionalmente que pessoas brancas.

Palavras-chave: Seletividade Penal; Criminalização Secundária; Racismo; Tráfico de Drogas; Prisão Preventiva.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Decretação de Prisão Preventiva por Raça

Figura 2: Percentual comparativo de pessoas presas por variedade de drogas de acordo com a raça

Figura 3: Percentual proporcional de presos em flagrante por raça

Figura 4: Justificação Tipicidade a partir de fatores circunstanciais (Quantidade)

Figura 5 :Comparação Proporcional de argumentos para legitimar a garantia da ordem pública

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. REFERENCIAL TEÓRICO.....	8
1.1 A teoria crítica ao direito e ao direito penal.....	8
1.2 Criminologia Crítica e Radical.....	19
2. METODOLOGIA.....	14
3. RAÇA E RACISMO.....	29
3.1 A escolha dos autores.....	29
3.2 O contrato racial de Mills.....	30
3.3 O dispositivo de racialidade de Sueli Carneiro.....	37
3.4 Os autores Marxistas: Balibar e Wallerstein, e Almeida.....	46
3.4.1 Balibar e Wallerstein.....	47
3.4.2 Silvio Almeida.....	52
4. SELETIVIDADE PENAL E RACISMO.....	58
4.1 A criminalização primária e secundária em Batista, Slokar e Zaffaroni.....	58
4.2 A seletividade penal a partir do materialismo-histórico.....	65
4.3 Racismo e Seletividade Penal no contexto específico brasileiro.....	76
5. A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS.....	79
5.1 Breve contexto histórico e normativo.....	79
5.2 Política de guerra às drogas e suas ideologias.....	83
5.3 A lei 11.343/06, particularidades, questões dogmáticas e processuais.....	88
6. PRISÃO PREVENTIVA POR TRÁFICO DE DROGAS NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	94
6.1 As audiências de custódia.....	95
6.2 A prisão Preventiva.....	98
7. ANÁLISE DOS PROCESSOS.....	107
7.1 A confirmação da hipótese inicial: a sobrerepresentação de negros portando proporcionalmente menos drogas.....	107
7.2 A atuação policial.....	112
7.3 A análise das decisões.....	118
7.3.1 Pressupostos positivos e negativos.....	118
7.3.2 Requisitos positivos e hipóteses de cabimento.....	123
8. CONCLUSÃO.....	126

INTRODUÇÃO

O sonho dantesco narrado por Castro Alves persiste, e os tombadilhos contemporâneos, agora rodeados por muros e construídos em terra firme, continuam infligindo incalculável dor e desespero à população pobre e negra brasileira. Nesse contexto, o sistema penal através do encarceramento em massa no contexto da guerra às drogas, levou ao encarceramento desproporcional de pessoas racializadas, pobres e marginalizadas.

Dessa forma, a presente pesquisa foi desenvolvida com o intuito de, através do método materialista histórico-dialético, analisar o fenômeno da seletividade penal, especificamente da criminalização secundária, no âmbito das audiências de custódia, analisando a decretação da prisão preventiva por tráfico de drogas. Assim, buscou-se identificar a possível aplicação da conversão de prisão para réus pretos e pardos, presos em flagrante portando menos drogas proporcionalmente que brancos.

Assim, as perguntas-problema que fundamentam esse trabalho foram: (a) Como julga o Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito das audiências de custódia, os presos em flagrante por tráfico de drogas, racializados (pretos e pardos) e os não racializados (brancos)?

A partir desta pergunta inicial, desdobram-se outras três, quais sejam: **(a.a)** quais os elementos argumentativos que legitimaram a adequação típica ao delito de tráfico de drogas? **(a.b)** Investigados racializados têm a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva portando proporcionalmente menos drogas do que investigados brancos? **(a.c)** quais os elementos argumentativos jurídicos e sociológicos utilizados para legitimar a utilização da medida cautelar restritiva de liberdade?

Os processos analisados foram extraídos das audiências de custódia realizadas no Complexo Criminal Ministro Mário Guimarães, durante os meses de abril a julho de 2022. Esta análise propôs verificar a possível existência da reprodução de violências institucionais e estruturais ligadas à raça, no instituto das audiências de custódia, que possam ferir os princípios de igualdade e legalidade jurídica resguardados pela Constituição Federal em seu art. 5º, bem como a observância aos ditames processuais penais que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Para tanto, foram mobilizados métodos quantitativos e qualitativos, orientados pelas teorias críticas criminológicas, econômicas e raciais. Ao final da pesquisa, foi possível atestar a hipótese inicial, confirmando a seletividade penal intrinsecamente ligada ao racismo histórico e estrutural.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

Neste capítulo e no próximo, serão delimitados os referenciais teóricos que nortearam a elaboração da pesquisa que deu origem à presente tese de láurea, bem como os aportes metodológicos mobilizados para seu desenvolvimento e análise dos resultados obtidos. Assim, é proposital a opção de alocar a metodologia e o aporte teórico como primeiros elementos a serem apresentados, sobretudo, visando destacar o caráter materialista-histórico-dialético que, enquanto método científico, norteou a presente pesquisa. Inicialmente, a presente tese de láurea utiliza como referencial metodológico a teoria crítica ao direito, a criminologia crítica e radical, em diálogo com o realismo marginal de Zaffaroni e alguns elementos, sobretudo quanto a questão racial, da análise foucaltiana.

1. 1 A teoria crítica ao direito e ao direito penal

Quanto à teoria crítica ao direito, é necessário primeiro dar um passo atrás e explicar o materialismo-histórico-dialético de Marx¹, para somente depois desembocar na teoria crítica ou imanente ao direito. Em síntese sobre o materialismo, este propõe em contraposição ao idealismo, partir da realidade concreta e material para, somente depois, criar categorias abstratas que ajudem a compreender a realidade:

Parece ser correto começarmos pelo real e pelo concreto, pelo pressuposto efetivo, e, portanto, no caso da economia, por exemplo, começarmos pela população, que é o fundamento e o sujeito do ato social de produção como um todo. Considerado de maneira mais rigorosa, entretanto, isso se mostra falso. A população é uma abstração quando deixo de fora, por exemplo, as classes das quais é constituída. Essas classes, por sua vez, são uma palavra vazia se desconheço os elementos nos quais se baseiam. P. ex., trabalho assalariado, capital etc. Estes supõem troca, divisão do trabalho, preço etc. O capital, p. ex., não é nada sem o trabalho assalariado, sem o valor, sem o dinheiro, sem o preço etc. Por isso, se eu começasse pela população, esta seria uma representação caótica do todo e, por meio de uma determinação mais precisa, chegaria analiticamente a conceitos cada vez mais simples; do concreto representado [chegaria] a conceitos abstratos [Abstrakta] cada vez mais finos, até que tivesse chegado às determinações mais simples. Daí teria de dar início à viagem de retorno até que finalmente chegasse de novo à população, mas desta vez não como a representação caótica de um todo, mas como uma rica totalidade de muitas determinações e relações.”²

¹ “Así, si bien Marx y Engels no trabajaron sistemáticamente la cuestión penal, sí han prestado atención al delito y la ley al estudiar las dinámicas del sistema capitalista, a la vez que la lógica de la teoría materialista de análisis puede ser aplicada al estudio del delito y el castigo.” - Vegh Weis, Valeria Todo preso es político : una historia sobre la in-justicia penal. 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2024. P. 64.

² MARX, Karl. Marx, Karl, Grundrisse : manuscritos económicos de 1857-1858 : esboços da crítica da economia política / Karl Marx. Introdução à Contribuição à Crítica da Economia Política São Paulo : Boitempo ; Rio de Janeiro : Ed. UFRJ, 2011. E-book. P. 48– destaquei.

Paralelamente, Marx destacou que seu conceito de historicismo dialético difere totalmente da escola idealista, sobretudo a Hegeliana, dado que o materialismo em Marx é o reverso do apresentado por Hegel³. Ou seja, na perspectiva de Marx, a dialética é um “processo histórico da contradição da realidade, das próprias relações produtivas e práticas do homem”.⁴ Nesse sentido, o capitalismo se configura a partir da caracterização da força de trabalho enquanto mercadoria, sendo a única dentre todas as outras capaz de gerar valor. Nesse contexto, quanto ao trabalhador, esta mercadoria “lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma de trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma mercadoria dos produtos do trabalho”.⁵ Assim, para o capitalismo se reproduzir através da valorização do valor mediante a exploração do trabalho assalariado, é necessário que seja extraída a mais-valia da força de trabalho, que somente é possível através da equivalência formal da circulação de mercadorias. Para tanto, derivando da forma mercadoria, outras duas formas de sociabilidades são essenciais e determinam a especificidade do capitalismo em comparação com os outros modos de produção: a forma política organizada a partir do Estado e a forma jurídica, representada vulgarmente pelo Direito.

Nessa vereda, uma vez que a força de trabalho assume o caráter de mercadoria, que é inserida na circulação a partir da lógica de equivalência com outras mercadorias, seu possuidor sendo o trabalhador, e seu comprador, sendo o capitalista proprietário dos modos de produção, passa também o trabalhador a aquirir o status de proprietário. Essa relação estabelece, de fato, pela primeira vez o caráter jurídico necessário para reprodução do capitalismo. A caracterização do trabalhador como proprietário da sua força de trabalho, que a vende no mercado pelo salário, em uma pretensa equivalência, é essencial para diferenciar, por exemplo, do modo de exploração da servidão feudal, o qual o senhor era em si o proprietário da força de trabalho de seu servo, que era explorado mediante violência direta. No capitalismo, a exploração se dá de forma velada, a partir da máscara que coloca a todos a qualidade de sujeitos de direitos, livres, iguais e proprietários.

[...] como pressuposto para sua comercialização enquanto mercadoria, a força de trabalho deve pertencer àquele que a oferece ao possuidor do dinheiro, pois do contrário, não estariam ambos no circuito de troca equivalentes, mas sim no âmbito de uma relação de coerção direta, extraeconômica, de servidão. Por essa razão, o possuidor do dinheiro deve encontrar a força de trabalho como propriedade do trabalhador livre, sendo possível constatar que é apenas o desenvolvimento do

³ MARX. *Do posfácio à segunda edição alemã do primeiro tomo de O Capital*” In: Marx; Engels. Obras escolhidas, São Paulo, Alfa-Ômega, S/d, V.2, p.15.

⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. P. 247. 9ª Ed. Barueri-SP: Atlas, 2022.

⁵ MARX, KARL. *O Capital: crítica à economia política: livro I: o processo de produção*. P. 245. 2ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

mercado de trocas que cria, pela primeira vez a possibilidade e a necessidade de transformar os indivíduos em proprietários jurídicos.”⁶

Dessa forma, a exploração da mais-valia pelo capitalista se dá mediante a concepção de que se tratar de apenas uma trocar comercial a partir do interesse individual entre sujeitos iguais, livre e proprietários, através de um contrato que representa o acordo de vontades. Para tanto, é necessária a forma jurídica que atribui a qualidade desses indivíduos como sujeitos de direito. Quanto à forma jurídica, esta se estabelece, portanto, da necessidade de que “para que os produtos de trabalho humano possam relacionar-se entre si como valores, os homens devem relacionar-se entre si como pessoas independentes e iguais”⁷. Ainda, é imperioso destacar nesse contexto, que a forma jurídica não existe como mera abstração na mente dos juristas, mas sim como parte integrante da realidade material:

“Que se desenvolve não como sistema de pensamento, mas como um sistema específico de relações no qual os homens ingressariam não porque tenham escolhido conscientemente, mas porque a isso são coagidos pelas condições de produção. O homem torna-se mercadoria com sua enigmática propriedade de valor.”⁸

Entretanto, a atribuição dos indivíduos enquanto sujeitos de direito, livre, iguais e proprietários, longe da clássica concepção liberal que fundamenta o constitucionalismo, não se revela como de fato dotados dessas características de modo universal. Ao contrário, a ideologia contratual oculta o conflito entre a classe dos “possuidores-de -si” e dos “proprietários”.⁹ Isso porque “[...]confrontando-se como contratantes, trabalhador e capitalistas são juridicamente igualados: ambos sujeitos de direito, e nisto se abstrai o seu pertencimento a classes antagônicas.”¹⁰ Consequentemente, “[...] a igualdade jurídica ratifica e implementa a desigualdade de classe, reproduzindo-a sob a aparência da oposição de interesses privados.”¹¹

Nesse contexto, o Estado surge como um ente apartado da relação entre os vendedores da força de trabalho e os compradores detentores do dinheiro e dos modos de produção, em razão da necessidade prática de um mediador entre os interesses, considerando a

⁶ SILVA, Júlia Lenzi. Para uma crítica além da universidade: forma jurídica e previdência social no Brasil. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28082020-030856/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

APAP. 62.

⁷ Ibid. P. 70. Apud. PACHUKANIS. **A teoria gera do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929).**

⁸ Ibid.

⁹ Ibid. P. 74.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

impossibilidade do exercício de força direta para manutenção das relações de subordinação e exploração.¹²

“A máquina do Estado se realiza de fato como “vontade geral” impessoal, como “poder de direito” etc, na medida em que a sociedade representa um mercado. No mercado, cada comprado e cada vendedor é um sujeito de direito *par excellence*. A partir do momento que entram em cena as categorias de valor e valor de troca, a vontade autônoma das pessoas que participam da troca passa a ser o pressuposto. O valor de troca deixa de ser valor de troca e a mercadoria deixa de ser mercadoria se a proporção da troca for determinada por uma autoridade que se situa fora das leis imanentes do mercado.

A coerção como prescrição de uma pessoa sobre a outra, sustentada pela força, contradiz a premissa fundamental da relação entre os possuidores de mercadorias. Por isso, em uma sociedade de possuidores de mercadorias e dentro dos limites da troca, a função da coerção não pode aparecer como função social, já que não é abstrata como tal.

[...] É por isso que a coerção não pode aparecer aqui em sua forma não mascarada, como um simples ato de conveniência. Ela deve aparecer como uma coerção proveniente de uma pessoa abstrata e geral, como uma coerção que representa não os interesses do indivíduo da qual provém – já que na sociedade mercantil toda pessoa é egoísta –, mas os interesses de todos os participantes das relações jurídicas. O poder de uma pessoa sobre a outra é exercido como o poder do próprio direito, ou seja, como o poder de uma norma objetiva e imparcial.”¹³

Portanto, longe das concepções idealistas jusnaturalistas e juspositivistas¹⁴ do direito, em verdade, as pessoas são sujeitas ao direito, e não sujeitos de direito, as garantias mais basilares da pretensa democracia liberal, longe de garantir a igualdade, liberdade e propriedade a todos, em verdade apenas oculta a exploração da classe trabalhadora.

Isto posto, passando para a crítica Pachukaniana ao direito penal, que posteriormente influenciou diversos criminólogos críticos¹⁵, o princípio basilar que norteia o direito penal para Pachukanis é a equivalência.¹⁶ Para o autor, a explicação para a pena privativa de liberdade e do próprio direito penal moderno, não está na tentativa racionalizadora das funções da pena – o que posteriormente será entendido como a sua função social declarada –, mas diretamente ligada à sociabilidade capitalista e a universalização da forma mercadoria e da sua circulação. Nesse aspecto, além da origem calcada fundamentalmente no núcleo da sociabilidade

¹² PACHUKANIS, Evguiéni. B.. Teoria Geral do Direito e Marxismo.1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2017. P. 139-151

¹³ Ibid., p. 146.

¹⁴ Sobre as críticas ao Jusnaturalismo e ao positivismo quanto à teoria do Estado em Pachukanis ver: PACHUKANIS, Evguiéni. B.. Teoria Geral do Direito e Marxismo.1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2017. P. 146-149.

¹⁵ “Como descreve Gabriel Furquim, a proposta de Pachukanis antecede e posteriormente referendada por autores clássicos da Criminologia Crítica, como Georg Ruche e Otto Kirchsheimer; Dario Melossi e Massimo Pavarini, além de referenciais brasileiros do campo, como Juarez Tavares.” – DINIZ, Bruna Rachel de Paula. **Movimentos Identitários e Direito Penal:** as demandas dos movimentos negro, feminista e LGBT+ e a crítica marxista do direito penal. 2024. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-23052024-174559/>. Acesso em: 19 nov. 2024., p.74 nota 135.

¹⁶ Op. Cit., p.173.

capitalista, a prática penal do poder também representa um instrumento de defesa da dominação de classe¹⁷.

Nesse contexto, a ideia de equivalência, a qual Pachukanis concebe como “primeira ideia puramente jurídica”¹⁸, tem sua fonte na forma mercadoria. Dessa forma, [...] o delito pode ser considerado uma variante particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, contratual, é estabelecida *pos factum*, ou seja, depois de uma relação arbitrária de uma das partes”¹⁹. Assim, “[...] a proporção entre o delito e a reparação se reduz à mesma proporção de troca”²⁰. Consequentemente, “[...] a pena surge como um equivalente que compensa a vítima”²¹. Para chegar à pena como restituição por equivalência, primeiro Pachukanis demonstra a construção do direito penal e de seus elementos constitutivos a partir de uma análise histórica que aqui será dividida em 4 momentos.

No primeiro momento, o autor destaca que o direito penal está ligado historicamente ao costume da vingança de sangue²². Sua primeira regulamentação e conversão em retaliação pelo costume, tem como marco a lei de talião, “olho por olho dente por dente”. Nesse aspecto, a vingança deixa de ser um fenômeno puramente biológico e “torna-se um instituto jurídico, na medida em que ela é ligada de um modo ou de outro à forma de troca equivalente, da troca de acordo com valor”²³. Assim, o direito penal arcaico, como o direito romano, evidencia claramente a relação de equivalência. Como exemplo, Pachukanis menciona o fato de um devedor inadimplente no império romano poder pagar com partes do próprio corpo, e que o culpado por mutilação respondesse por sua propriedade²⁴. Desse modo, “a ideia de um acordo equivalente surge aqui de modo plenamente patente, sem ser complicada e dissimulada por quais quer elementos casuais. Em consequência disso, **também o processo penal adquire caráter de um acordo comercial**”²⁵.

A posteriori, em um segundo momento, ao analisar o surgimento das penas públicas, o autor aduz que foram introduzidas “[...] principalmente por razões fiscais e serviam de meio de preencher o tesouro dos representantes do poder.”²⁶ Paralelamente, surgiu a punição como

¹⁷ “Essencialmente, ou seja, do ponto de vista puramente sociológico, a sociedade burguesa, por meio do seu sistema de direito penal, assegura seu domínio de classe e mantém a obediência da classe explorada.” Op. Cit. p. 171. – Após é aprofundada a relação de dominação de classe pelo direito penal. P. 171-173.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Op. Cit., p. 168.

²² Op.cit., p. 167.

²³ Ibid. P. 203.

²⁴ Ibid., p. 204.

²⁵ Op. cit., p. 204 – destaquei.

²⁶ Ibid.

meio de manutenção da disciplina e de proteção à autoridade do poder sacerdotal e militar. Nesse aspecto, é destacado pelo autor a influência que a religião, ou as igrejas, desempenharam ao acrescentar ao elemento material da punição como indenização do dano, o motivo ideológico da expiação e purificação.²⁷ A partir disso, a igreja, ao associar a reparação do dano aos motivos ideológicos supracitados, faz do direito penal “[...]construído sob os princípios da vingança privada, um meio mais eficiente de manutenção da disciplina social, ou seja, **do domínio de classe”**²⁸

No terceiro momento, com o desenvolvimento e maior estruturação das classes eclesiásticas e laicas, surge a necessidade de mobilizar o poder punitivo para proteger os seus privilégios e aumentar a exploração dos camponeses: “[...] a desintegração da economia natural e, com isso, o aumento da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado de castas implicam outras tarefas para a justiça criminal.”²⁹ Neste período, o principal papel desempenhado passa a ser o inquisitório, “[...] as penas se tornam meios para o extermínio físico ou de intimidação. Essa é a época das torturas, dos castigos corporais e de formas brutais de pena de morte”³⁰

No quarto momento, já na modernidade com o advento da revolução burguesa, esta última (assim com as classes anteriores) imprime sua marca na especificidade histórica do sistema de política penal, constituindo um “[...]terror de classe organizado que apenas em certo grau diferencia-se das assim chamadas medidas excepcionais chamadas medidas excepcionais aplicadas no momento da guerra civil”. Assim, apesar do abrandamento das penas no contexto do humanismo – que não necessariamente aboliu a tortura e os tratamentos cruéis, a pena adquire novas formas circunstanciais. Nesse contexto, Pachukanis defende que entender o verdadeiro sentido da ação punitiva do Estado somente é possível ao se reconhecer a natureza conflitiva, intrínseca à divisão de classe:

“Entender o verdadeiro sentido da ação punitiva do Estado de classe é possível, apenas, partindo de sua natureza antagonista. As assim chamadas teorias do direito penal, que deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade como um todo, estão praticando, consciente ou inconscientemente, uma deformação da realidade. “A sociedade como um todo” existe apenas na imaginação desses juristas. Na verdade, temos diante de nós classes com interesses contraditórios. Qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou.”³¹

²⁷ “A influência da organização sacerdotal, ou seja, da Igreja, no direito penal se manifesta no fato de que, ainda que a pena conserve sua natureza de equivalência ou de reparação, essa reparação já não está mais diretamente ligada ao dano sofrido pela vítima e não justifica sua reivindicação, mas recebe um significado superior, abstrato, como castigo divino”. – Ibid.

²⁸ Ibid. Destaquei.

²⁹ Ibid. P. 171.

³⁰ Ibid.

³¹ Op.cit.,p.172.

Dessa forma, Pachukanis prescreve que ser um instrumento de defesa e dominação de classe representa o **conteúdo e o caráter** do sistema penal. Consubstancialmente, sua **forma** deriva diretamente da troca mercantil pela equivalência, uma vez que “o ato de legítima defesa, dessa maneira, deixa de ser apenas um ato de defesa para se tornar uma forma de troca, um modo particular de circulação que ocupa seu lugar ao lado da circulação comercial “normal”³². Assim, “delito e pena são o que são, ou seja, adquirem sua forma jurídica no solo das operações de transação”³³.

Delito e pena são o que são, ou seja, adquirem sua natureza jurídica no solo das operações de transação. Enquanto essa forma se conserva, a luta de classes se realiza como jurisdição. Inversamente, o próprio termo “direito penal” perderia qualquer sentido, uma vez que dele evaporasse o princípio da relação de equivalência. Dessa maneira, o direito penal se torna parte integrante da superestrutura jurídica, uma vez que encarna uma variedade dessa forma fundamental à qual a sociedade moderna está subordinada: a forma da troca de equivalentes com todas as suas consequências e implicações. A realização dessas relações de troca no direito penal é um dos lados da realização do Estado de direito como forma ideal de relação entre os produtores de mercadoria independentes e iguais que se defrontam no mercado.³⁴

Desenvolvendo melhor a particularidade dessa forma do direito penal a partir da equivalência, Pachukanis busca responder à pergunta de como identificá-la, considerando que, a priori, o direito penal não parte, do prejuízo da vítima, mas da violação da norma. A resposta, está no fato de a vítima não desaparecer, mas tornar-se o pano de fundo da relação. Nesse sentido, toda a abstração da violação ao interesse público está absolutamente calcada na vítima. De modo que, mesmo que haja apenas uma norma violada sem nenhuma vítima – como é o caso do tráfico de drogas em que a vítima é a saúde pública –, o promotor encarnaria a abstração da violação do interesse público, exigindo a reparação.

“Essa dicotomia, por meio da qual o próprio poder estatal surge no papel de parte (o promotor) e no papel de juiz, demonstra que o processo penal, como forma jurídica, é indissociável da figura da vítima, que exige “reparação” e, consequentemente, é indissociável da forma mais geral do contrato. O promotor, como é esperado de uma “parte”, reclama um “valor alto”, ou seja, uma pena severa, o infrator solicita uma indulgência – “um desconto” –, e o tribunal decide “pela justiça”. Coloque completamente de lado essa forma de contrato e você privará o processo penal da sua “alma jurídica”. Imagine por um minuto que o tribunal se ocupe de fato apenas da discussão sobre a maneira de mudar a condição de vida de dada pessoa para que esta seja afetada no sentido de uma correção ou para que se proteja a sociedade, e o próprio sentido do termo “pena” evapora.”³⁵

³² Op.cit., p. 173.

³³ Ibid.

³⁴ Op. Cit. p. 173.

³⁵ Op.cit., p. 174-175.

Nesse contexto, ao aprofundar a essencialidade do princípio da reparação equivalente no sistema penal, Pachukanis explica como este se relaciona ao conceito de dolo (que na teoria finalista da ação encontra-se na tipicidade) e da culpa, que juntos comporão a medida da pena. Para desvelar essa relação, o autor contrapõe o direito penal arcaico – que abrange essencialmente a dimensão do dano, não prevendo o conceito individual e psicológico de responsabilidade – ao direito penal contemporâneo. No primeiro, há responsabilidade é pautada em uma concepção coletiva, e a equivalência é essencialmente decorrente do dano. Por outro lado, “a sociedade burguesa dissolve todos os laços primitivos e orgânicos preexistentes entre os indivíduos. Ela proclama o princípio “cada um por si” e o realiza de modo consistente em todos os domínios, incluindo o direito penal.”³⁶ Assim, a introdução do elemento psicológico diferenciador entre o dolo e a culpa resultará, proporcionalmente, em uma pena maior ou menor, na medida que se o resultado foi previsto (dolo) ou não foi previsto e poderia ter sido previsto (culpa). Paralelamente, o conceito de imputabilidade permite determinar a total ausência de responsabilidade, portanto, de culpa³⁷.

Consequentemente, o elemento psicológico do tipo (dolo e culpa) e a imputabilidade, longe de afastar o princípio da retribuição equivalente, em verdade, cria um novo fundamento. Isso porque, a graduação de responsabilidade representa um fundamento para a graduação das penas, de modo que “[...]esse momento novo, ideal ou, se preferir, psicológico, que se une ao momento material do prejuízo e ao momento objetivo da ação para oferecer conjuntamente um fundamento para a determinação da proporção da pena.”³⁸ Nesse sentido, percebe-se a intrínseca relação entre a retribuição equivalente a estes elementos, na hipótese em que se troca a pena por um tratamento terapêutico, por exemplo. Caso mude essa perspectiva, a proporcionalidade perde totalmente o sentido, dado que o objetivo não está mais na retribuição equivalente, mas efetivamente na finalidade do tratamento, ou seja, recuperação do paciente, proteção da sociedade etc. Nesse aspecto, Bruna Diniz em sua tese de mestrado discorre com maestria:

Ainda que para Pachukanis a culpabilidade fosse entendida englobando a aferição de dolo e culpa, tomando com referencial o modelo positivista do século XIX,

³⁶ Op.cit, p. 175.

³⁷ “Finalmente, construiu o conceito de inimputabilidade, ou seja, a total ausência de responsabilidade. A introdução do momento psicológico no conceito de responsabilidade significava, evidentemente, a luta racional contra os crimes. Apenas com base nas diferenças entre as ações imputáveis e inimputáveis pode ser construída uma teoria da prevenção particular e geral.”

³⁸ Em um ato cometido dolosamente, a responsabilidade é mais grave e, consequentemente, em iguais condições, mais grave será a pena; em um ato cometido por mera culpa, a responsabilidade será menos grave, e *caeteris paribus*, a pena diminui; finalmente, em caso de responsabilidade inexistente (infrator inimputável), o castigo não é aplicado.

notadamente com a obra de Von Liszt, a sua proposta se mantém firme, mesmo com o desenvolvimento posterior da dogmática.

De forma sucinta, a proposta de von Liszt é de analisar os elementos objetivos do delito nas categorias da tipicidade e da antijuridicidade e alocar toda análise de ordem psicológica relativa ao autor do fato na culpabilidade. Com isso, busca verificar o grau de liberdade para o cometimento do delito, que não é baseado em situações concretas, a rememorar a noção de sujeito de direito, mas na capacidade de ação de um agente abstrato. Observa-se que, com a autonomia conquistada pela categoria da culpabilidade na teoria geral do delito, essa proposição de Pachukanis se confirma, já que o que acontece é um ganho de sofisticação teórica para aferição do grau de liberdade do agente para sua efetiva equalização com a quantidade de liberdade a lhe ser retirada.

Dessa forma, chegando ao ápice da explicação, Pachukanis demonstra como a pena proporcional à culpa, representa, em essência, a reparação proporcional ao prejuízo, e sua especificidade no capitalismo. Assim, acrescenta mais uma camada à especificidade do direito penal moderno: a medida da pena enquanto medida abstrata de tempo de privação de liberdade em dias, meses e anos, ou seja, o *quantum* de pena em tempo de vida livre. Essa característica específica do direito penal moderno, representa a forma pela qual, no capitalismo, a reparação proporcional se expressa. Isso porque, “esse modelo é inconsciente, mas está profundamente ligado ao homem abstrato e à abstração do trabalho humano mensurável pelo tempo.” Tal forma de representação da pena, somente foi possível diante da redução das formas concretas de riquezas sociais ao seu nível simples e abstrato, conformado pelo trabalho humano medido pelo tempo.³⁹

Dessa forma, em que pese a névoa representada pelas teorias justificadoras da pena, que tentam atribuir-lhe uma finalidade diversa (especial positiva/negativa, prevenção geral negativa/positiva) a retribuição equivalente sobrevive e é o norte que orienta a proporcionalidade a partir da culpa.

“Por isso é tão natural o desejo de muitos teóricos do direito penal, principalmente daqueles que se consideram avançados, de eliminar completamente esse momento da equivalência, que se torna claramente absurdo, e concentrar a atenção nos objetivos racionais da pena. O erro desses criminalistas progressistas se encerra no fato de que, ao criticar a assim chamada teoria absoluta da pena, acreditam estar diante apenas de pontos de vista falsos, confusões de pensamento que podem ser dissipadas com uma crítica teórica. Na verdade, a forma absurda da equivalência não surge a partir das confusões de determinados criminalistas, mas a partir das relações materiais da sociedade de produção mercantil que dela se alimenta. A contradição entre o fim racional da proteção da sociedade ou a reeducação do infrator e o princípio da restituição por equivalência existe não apenas nos livros e nas teorias, mas na própria vida, na prática tribunal, na própria estrutura da sociedade. Desse mesmo modo, a contradição entre o fato de o trabalho conectar as pessoas como tais e a forma absurda de expressão desse fato no valor da mercadoria existe não só nas teorias e nos livros, mas na própria prática social.”⁴⁰

³⁹ Op. Cit.

⁴⁰ Op. Cit., p. 178.

Nesse contexto, Pachukanis expõe o fato que o sistema penal, em verdade, não está comprometido com sua finalidade, muito menos com o garantismo, em verdade seu conteúdo é ser um instrumento de dominação de classe, e sua forma, a retribuição equivalente. Esses dois elementos são essenciais para entender, no geral, tanto o direito penal, quanto o processo penal, que apesar da independência epistemológica, atuam de modo intrínseco representando a mesma forma e conteúdo. Nesta tese de láurea, a análise pachukaniana é essencial para entender o porquê da aplicação tão significante da prisão preventiva no contexto tráfico de drogas.

A uma, porque expõe o núcleo da forma jurídica como um todo, enquanto derivada da forma mercadoria em um processo em que, os indivíduos, não como sujeitos de direitos (livres, proprietários e iguais), mas como sujeitos ao direito são submetidos ao sistema penal, que longe de ser uma garantia, em verdade, é um instrumento de subjugação de classe. Em segundo plano, pois revela a finalidade do direito penal e como este se constitui, ou seja, sua forma e conteúdo. Isto posto, deve se considerar a relação intrínseca entre direito penal e processo penal que constituem o “Sistema Jurídico Penal”. Conforme destacado por Binder, a concepção finalística clássica de que o processo penal “serve para a realização da lei penal”⁴¹ é diminuta, e oculta que a relação existente entre o Direito penal e o Direito processual penal é intrínseca. Isso porque, ambos são corresponsáveis pela configuração da política criminal e são eixos estruturadores do “Sistema Jurídico Penal”, que representa “o conjunto de instituições vinculadas ao exercício da coerção penal e do castigo estatal”.⁴²

Inclusive, o próprio Pachukanis ora se refere ao direito penal em si, ora ao sistema penal⁴³, e ora ao processo penal. Quanto ao processo penal em si, neste capítulo voltado ao direito e à violação de direito, é mencionado pela primeira vez quando Pachukanis discorre sobre o direito penal arcaico, caracterizado pela sua grosseria evidente, em que a ideia de troca equivalente apareceria desnuda. Dessa forma, Pachukanis conclui que o processo penal, consequentemente, também “adquire caráter de transação comercial”⁴⁴.

Posteriormente, ao discorrer sobre a dicotomia por meio da qual o próprio poder estatal surge no papel de parte (promotor) e no papel do juiz, Pachukanis reflete sobre o próprio papel

⁴¹ Bider. P. 12.

⁴² Ibidem.

⁴³ Por exemplo, quando menciona que “Se considerarmos que a natureza da sociedade burguesa é ser uma sociedade de proprietários de mercadoria, deveremos assumir *a priori* que seu sistema penal é o mais jurídico, de acordo com o sentido que estabelecemos antes.” Op.cit., p. 174.

⁴⁴ Op.cit., p.

do processo penal e sua “alma jurídica”, de modo que sua forma jurídica seria indissociável da forma mais geral do contrato:

Essa dicotomia, por meio da qual o próprio poder estatal surge no papel de parte (o promotor) e no papel de juiz, demonstra que **o processo penal, como forma jurídica, é indissociável da figura da vítima, que exige “reparação” e, consequentemente, é indissociável da forma mais geral do contrato**. O promotor, como é esperado de uma “parte”, reclama um “valor alto”, ou seja, uma pena severa, o infrator solicita uma indulgência -um desconto-, e o tribunal decide “pela justiça”. Coloque completamente de lado essa forma de contrato e você privará o processo penal da sua “alma jurídica”. Imagine por um minuto que o tribunal se ocupe de fato apenas da discussão sobre a maneira de mudar a condição de vida de dada pessoa para que esta seja afetada no sentido de uma correção ou para que se proteja a sociedade, e o próprio sentido do termo “pena” evapora. Isso não significa que todo o **procedimento penal** esteja completamente desprovisto dos elementos simples e compreensíveis aqui citados; o que queremos demonstrar é, simplesmente, que nele, nesse procedimento, há particularidades que não abrangem considerações simples e claras sobre a finalidade social, mas representam um momento irracional, mistificador e absurdo, e, ainda, que é justamente esse o momento especificamente jurídico.”⁴⁵

Nesse contexto, Pachukanis esclarece como a garantia ao processo penal representa o meio pelo qual o Estado “estabelece sua relação com infrator no quadro leal de um negócio comercial”:

Não lhe resta outra coisa senão conceder ao infrator a chance de pagar em sua própria moeda (umas quantas semanas de privação da liberdade) pelo pequeno delito. De resto, a justiça burguesa coloca todo seu empenho para que o contrato com o infrator cumpra-se de acordo com todas as regras da arte, ou seja, para que cada um possa verificar e garantir que o pagamento seja feito com justiça (**princípio da publicidade do processo judicial**), para que o infrator possa negociar livremente (**princípio do contraditório**), para que, com isso, possa usar os serviços de um profissional judiciário experiente (**direito de ser representado por um advogado**) etc. Em resumo, o Estado estabelece sua relação com o infrator no quadro leal de um negócio comercial, e é nisso que consiste a assim chamada **garantia do processo penal**.

Portanto, processo penal e direito penal estão intrinsecamente ligados, sendo o processo penal responsável por viabilizar o princípio da retribuição equivalente através de sua natureza essencialmente contratual. Inclusive, a análise da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva por tráfico de drogas, é um ótimo exemplo de como, ao fim e ao cabo, a finalidade da cautelar pessoal é a retribuição equivalente enquanto antecipação da pena.

Isso porque, se no direito penal a retribuição equivalente é mais evidente em razão da parametrização dada a partir da gravidade do delito e do grau de culpa, que irá definir o quantum de pena, no processo penal, por mais que se alegue que a finalidade da prisão preventiva é

⁴⁵ Ibid.

acautelar o processo, seus elementos validadores e as fundamentações nas decisões demonstram o contrário. Consoante será demonstrado no capítulo específico sobre os fundamentos das decisões, em grande parte destes dos processos analisados, a conversão da prisão em flagrante para preventiva foi determinada sob a gravidade do delito do tráfico de drogas, bem como pelo fato deste ter uma pena superior a 4 anos. Este último requisito objetivo para autorizar a prisão preventiva, revela de pronto seu caráter retributivo, de modo que o processo penal torna-se diretamente um instrumento de viabilizar, antes da sentença, o cumprimento da sanção.

Assim, lado a lado, direito penal e processo penal, atuam dentro da ideologia jurídica de modo a exercer um controle de classe, sendo responsável, no máximo, por infringir uma pena a partir da retribuição equivalente. Nesse sentido, no caso do tráfico de drogas, essa pena no contexto da guerra às drogas em nada afeta positivamente a sociedade, uma vez que seus efeitos, longe de alcançar as suas finalidades (em qualquer das teorias legitimadoras da pena), em verdade dão impulso para o comércio ilegal de substâncias.

Ainda, a seletividade penal, em todos os seus níveis, representa uma prova material da finalidade do sistema penal, visto que, empiricamente, demonstra quem são as pessoas efetivamente aprisionadas, frente aquelas que não o são. Os filtros sociais, raciais, culturais etc. que levam ao encarceramento de determinadas pessoas em detrimento de outras, sem qualquer lastro na pretensa proporcionalidade entre a lesão ao bem jurídico violado pela conduta criminosa e a pena, escracham a verdadeira face do sistema penal.

2.2 Criminologia Crítica e Radical

Após brevemente indicar a crítica Pachukaniana ao direito e ao direito penal enquanto referenciais primeiros, seguimos, em apertada síntese, qual seria o suporte teórico mobilizado consistente na criminologia crítica e radical. A priori, a criminologia crítica⁴⁶ se difere das escolas positivistas porque propõe um deslocamento do autor dos crimes, para as condições objetivas as quais estes são cometidos, e das causas para os mecanismos de construção da realidade social.⁴⁷ Isso representa, uma dupla contraposição à criminologia positivas, de acordo com Baratta:

⁴⁶ Não cabe aqui fazer longas digressões sobre as diferentes criminologias críticas, alguns autores selecionam a teoria do etiquetamento como aquela que primeiro rompeu com a tradição positivista, sendo classificada como “fenomenológica. Paralelamente, a sociologia do desajuste e enfim, as teorias críticas do idealismo de esquerda e o reformismo. – SANTOS, Juarez Cirino. 2018. P. 16-24. Batista, Vera Malaguti. P.89 - 97

⁴⁷ Batista, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** Rio de Janeiro Revan, 2011, 2a edição, julho de 2012, 2^a reimpressão, 2015 P.89

Em um **primeiro lugar**, o desfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio. Em **segundo lugar** o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a “realidade social” do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realização dos processos de criminalização”⁴⁸

A criminologia crítica permite, portanto, um salto qualitativo sobretudo quanto ao paradigma etiológico e consequentemente, a superação de suas implicações ideológicas – e conflitantes – quais sejam: **(a)** a formulação do desvio e da criminalidade enquanto realidade ontológica, portanto, preexistente à reação social; **(b)** a concepção acrítica das definições legais como princípio de individualização da formulação da mesma realidade ontológica⁴⁹. Assim, para a criminologia crítica o desvio deixa de prescrever-se a partir de uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e indivíduos, e passa a ser percebida como um bem negativo⁵⁰, que se perfaz a partir de uma dupla seleção, a criminalização primária e secundária (que será desenvolvida propriamente adiante no capítulo específico sobre criminalização secundária):

“uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a **seleção dos indivíduos, estigmatizados entre todos os indivíduos**, que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.”⁵¹

Em paralelo, o texto de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Yung, quanto a criminologia crítica e seu método, esclarece que o enfoque materialista é também radical, tendo em vista que argumenta por “uma criminologia que esteja normativamente comprometida com a abolição de desigualdades em riqueza e poder”⁵². Sendo que, ao contrário, um estudo criminológico que não faz julgamentos do tipo de sociedade em que ocorre o fenômeno do desvio, reduz a criminologia ao exame das causas do crime⁵³. Nesse sentido, o método radical, busca entender as coisas pela raiz, observando o homem nas sociedades:

“O conceito de negatividade social definido pela Criminologia crítica com base na perspectiva da classe trabalhadora e dos assalariados em geral, tem por objeto principal a violência estrutural das relações de produção capitalistas, que excluem ou

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. P.160

⁴⁹ Ibid., p.160.

⁵⁰ Ibid., p. 161

⁵¹ Ibid.

⁵² TAYLOR, Ian. WALTON Paul. YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. P.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid. P. 57.

reduzem a satisfação de necessidades reais de assalariados e de marginalizados do mercado de trabalho, destacando a contradição entre condições reais desumanas e condições potenciais humanas de existência, avaliadas conforme o nível de desenvolvimento tecnológico das forças produtivas.”⁵⁴

Dessa forma, se por um lado a escola positivista se exaure na explicação do crime como um produto etiológico decorrente de causas determinantes, de modo a privar o sujeito criminalizado de racionalidade e poder de escolha. Por outro lado, a teoria da rotulação e as teorias clássicas explicam o crime como um produto de “uma razão pervertida”, uma “forma pura” somente controlada pela força do Estado. Superando as duas anteriores, a Criminologia Radical “se empenha na tarefa de uma análise materialista de crime e do sistema de controle social, subordinada à estratégia geral que liga a teoria científica à prática política no objetivo final de construção do socialismo”⁵⁵.

Nesse contexto, a criminologia radical a partir da teoria marxista - que seria radical no sentido de tomar as coisas pela raiz, ou seja, da posição de classe, do processo produtivo fundado na separação de trabalhador/meios de produção, da relação capital/trabalho assalariado – estuda o crime e o controle social baseado na divisão da sociedade de classes e na reprodução das condições de produção e reprodução social. Assim sendo, a criminologia radical comprehende o “[...] tipo social de autor (posição de classe)” bem como o “[...] tipo de sociedade (formação econômico-social)”, considerando “[...] seu estágio de desenvolvimento (nível tecnológico), o papel da formação econômico-social no mercado mundial (posição na relação imperialismo/ dependência)” e, por fim, “[...] as funções na divisão internacional do trabalho (fornecedor de matéria-prima e de mão-de-obra ou exportador de capitais)”.

Partindo desses pressupostos, o objeto da Criminologia Radical representa “o conjunto das relações sociais compreendendo a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas do controle social. Paralelamente, seu compromisso seria com “socialismo, mostrando a insuficiência das reformas penais, denunciando o oportunismo pragmatista das políticas penais alternativas - mas apoiando as medidas liberalizantes – e afumando a impossibilidade de resolver o problema do crime no capitalismo”. Ainda, comprehende como sua base social “as classes trabalhadoras [...] as massas marginalizadas da sociedade capitalista”.

Outro aspecto da criminologia radical que representa relevância para a presente tese de láurea é o conceito de crime. Logo nas primeiras aulas de Direito Penal aprendemos que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, e que essa concepção é o resultado de um longo percurso teórico de diversas escolas do pensamento dogmático que, ao final, levaram à essa

⁵⁴ DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical.** Forense, 1981. P. 69

⁵⁵ Op.cit., p. 38. Apud. Young, 1980, p. 110-11)

concepção. Entretanto, o que pouco compreendemos a partir desse conceito analítico de crime, é que essa concepção advém do positivismo jurídico enquanto definição legal, que está correlacionada com outras duas definições igualmente positivistas, a definição naturalista (positivismo sociológico) e a definição ética (positivismo jurídico-sociológico). Na perspectiva da criminologia radical, essas definições constituem o conceito burguês de crime, “que exclui o aspecto subordinado da contradição histórica, a classe trabalhadora e a ideologia que fundamenta um conceito *socialista* de crime”⁵⁶.

No conceito sociológico burguês de crime, há uma pressuposição funcional da ordem social, em que há um estado natural (normal) para a vida associada havendo normas de conduta instituídas como critérios definidores dessa normalidade, ou de pré-requisitos funcionais para a existência da sociedade. Dessa forma, a conduta desviante seria contrária a esses parâmetros de modo que é concebida enquanto “anormal” ou antinatural. Consequentemente, desencadeia o sistema de recompensa ou punição, que seria um mecanismo de controle das tendências egoístas e anárquicas da natureza humana. Portanto, nessa perspectiva, o controle social seria “neutro”, com sua operatividade decorrente de normas institucionalizadas em critérios “[...]do “normal” e do “patológico”, legitimadas pelo “consenso normativo”, maximizando os aspectos positivos pela recompensa e minimizando aspectos negativos pela punição”⁵⁷, pautado em uma ordem social em equilíbrio, o qual o delito seria um conflito e uma desorganização social. Paralelamente, a definição legal burguesa de crime se pauta no normativismo a partir de um “[...]critério legal procedural: crime é definido pela lei criminal editado pelo Estado”.

Posteriormente, a metodologia contemporânea científica distingue várias definições do conceito de delito: definição real, definição nominal, e definição operacional de modo que:

O conceito de crime não foge desse esquema: a definição legal é uma modalidade de **definição nominal**, como descrição das ações socialmente danosas e cominação sanções; a **definição analítica** é constituída pelas jurídicas da tipicidade (adequação da conduta ao modelo legal), da antijuridicidade (realização injustificada do tipo de proibição geral) e da culpabilidade (reprovação do autor pela realização não permitida da conduta proibida, com o poder concreto de agir de outro modo)-essas categorias da definição *analítica* funcionam como **definição operacional** para o sistema de justiça criminal (conhecimento e punição das ações socialmente danosas); a **definição real** do conceito de crime é o objeto específico da criminologia tradicional: “crime é um sintoma de desorganização social” (Sutherland & Cressey, 1960, p. 23), ou “delinquência é uma expressão de agressão não-socializada” (Jenkins & Hewitt, 1944, p. 84-94). Finalmente, as definições *sociológicas* são uma mistura de definição *real* (relações universais) com definição *operacional* (propriedades intrínsecas), enquanto as definições *éticas* são uma composição de definição *real* (injúria social) com definição *nominal* (sanção legal).⁵⁸

⁵⁶ Ibid., p. 53.

⁵⁷ Ibid. p. 54.

⁵⁸ Op. cit., p. 57.

Dados esses parâmetros, a criminologia radical desenvolve o conceito proletário de crime, de modo a incorporar, criticar e superar o conceito burguês⁵⁹. Para tanto, o conceito socialista de crime considera as bases históricas, econômicas e sociais da estrutura social. Assim, o conceito socialista de crime traz explicações distintas para criminalidade individual e para criminalidade estrutural, calcadas no fundamento da posição da classe do proletariado pertencente ao polo dialético subordinado da contradição estrutural. Dessa forma, a criminalidade individual é concebida como, em certas situações, uma resposta não política, necessária das classes e camadas sociais subalternas, de pessoas em condições sociais diversas como uma resposta inevitável às condições estruturais da sociedade.⁶⁰ Em paralelo, a concepção da criminalidade estrutural compreende o crime como um estímulo para as classes dominantes realizaram uma articulação funcional entre a esfera de produção e os sistemas jurídico políticos.

Desse modo, a definição real advém das determinações estruturais, decorrentes de situações de marginalização, exploração e miséria, bem como por situações de controle da produção/circulação da riqueza e de garantia de impunidade. Sendo que, tanto as situações de marginalização, quanto as de controle da produção/riqueza, são ligadas à “divisão da sociedade em classes produzida pela separação trabalhador/meios de produção (definição analítica), que violam direitos humanos socialistas (definição nominal).”⁶¹

Por fim, quanto à questão da política de controle social, destaca-se a concepção do sistema penal como uma estratégia de poder, inscrita nas instituições jurídico-políticas do Estado, que é explicado como “política das classes dominantes para produção permanente de uma “ideologia de submissão” em todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material”. Assim, há uma relação intrínseca entre o poder político e o saber científico de modo que o poder produz o saber adequado ao seu domínio (ideologia) e o saber reproduz o poder que o produz, nas relações de classe e grupos sociais. Nesse sentido, a criminologia radical incorpora os conceitos elaborados por Foucault, quanto ao conjunto de sistemas penitenciários que trabalham na ortopedia moral e ideológica da classe trabalhadora para discipliná-la, mantendo os fundamentos da ordem social, acrescendo a teria materialista.

No capítulo específico sobre seletividade penal, serão abordados conceitos do realismo marginal de Batista, Slokar e Zaffaroni, bem como a visão materialista e histórica da seletividade a partir de Valeria Vegh Weis, que traz importantes contribuições, sobretudo na atual ordem capitalista vigente, marcada pelo capitalismo bulímico.

⁵⁹ Ibid. p. 59.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

2. METODOLOGIA

Tendo como norte os referenciais teóricos supracitados, logo, a presente pesquisa parte do materialismo histórico-dialético igualmente como base metodológica. Assim, o ponto de partida aqui empregado é aquele que identifica as relações concretas que possibilitam chegar em determinações mais precisas e abstratas para, novamente, tornar ao concreto⁶². No exemplo brasileiro, a plataforma preexistente sobre a qual se constituiu a classe trabalhadora e seus balizadores morais, ideológicos e políticos, foi o escravismo colonial. Tal realidade histórica e social legou às bases e estruturações mais intrínsecas do capitalismo brasileiro, a legitimação da exploração a partir do contexto racial, intrinsecamente ligado ao *status quo* e à lógica de acumulação do capital. Ou seja, é a partir do racismo⁶³, da raça enquanto critério e atributo social historicamente elaborado, que são construídos os aspectos da reprodução das classes sociais e de distribuição de pessoas na hierarquia social⁶⁴.

Nesse contexto, na seara do sistema penal, em razão do racismo estrutural (que será desenvolvido no capítulo seguinte) intrinsecamente ligado à criminalização secundária, tem-se o encarceramento massivo e desproporcional de pessoas racializadas comparativamente às pessoas brancas. Tal realidade é particularmente evidente no contexto do tráfico de drogas no âmbito das guerras às drogas.⁶⁵ Umbilicalmente ligado à criminalização secundária no contexto do tráfico de drogas, está a utilização das prisões preventivas que como já abordado anteriormente.

Em razão disso, a presente pesquisa buscou entender como se perfaz o fenômeno da criminalização secundária, especificamente a partir do processo de criminalização do tráfico de drogas, analisando a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva, decretadas nas audiências de custódia realizadas no Complexo Ministro Mário Guimarães. Conforme descrito na introdução, são quatro perguntas que a presente pesquisa buscou responder:

⁶² Ver explicação sobre o materialismo.

⁶³ “O racismo, cuja essência reside na negação total ou parcial da humanidade do negro e de outros não brancos, constituiu a justificativa para exercitar o domínio sobre os povos de cor.” – GOZALES, Lélia. HASENBALG, Carlos. **Lugar de Negro**. P. 69. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

⁶⁴ Ibid., p. 89.

⁶⁵ De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024, das 852 mil pessoas encarceradas no país, **69,1% são negras**; 72% têm até 30 anos e 86% são homens (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pdf>). Nesse aspecto, de acordo com o Relatório de Informações Penais (RELIPEN), **do total de pessoas presas, 167.936 são por tráfico de drogas** (Relatório de Informações Penais, 2024. P. 108. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf>.) Quanto ao perfil das pessoas criminalizadas por tráfico, o perfil corresponde à maioria de homens, representados por (86%), jovens de até 30 anos (72%), de baixa escolaridade (67%) e negros (68%). – (Op.cit. ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2024).

À pergunta inicial consistente em compreender (**I**) como julga o Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito das audiências de custódia, os presos em flagrante por tráfico de drogas, racializados (pretos e pardos) e os não racializados (brancos)? A partir desta, foram elaboradas três perguntas derivadas sendo, (**I.a**) quais os elementos argumentativos que legitimaram a adequação típica ao delito de tráfico de drogas? (**I.b**) Investigados racializados têm a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva portando proporcionalmente menos drogas do que investigados brancos? (**I.c**) quais os elementos argumentativos jurídicos e sociológicos utilizados para legitimar a utilização da medida cautelar restritiva de liberdade?

Para respondê-las, foi escolhido o multi-método ou triangulação metodológica⁶⁶, consistente na utilização complementar e interrelacional de métodos quantitativos e qualitativos. Nesse contexto, consoante apontou Marcelo Semer: “A dinâmica de associar métodos em um mesmo trabalho empírico não é propriamente uma novidade, sendo cada vez menos possível tratar elementos quantitativos e qualitativos como componentes de realidades distintas e não complementares”.⁶⁷

Assim, o método quantitativo, sucintamente atende à três principais objetivos: “*coletar dados* para o uso do pesquisador ou de outros; *resumir dados* para que sejam facilmente compreendidos; e *fazer inferências descritivas ou causais*, o que envolve usar os dados que observamos para aprender sobre os dados que queremos levantar.”⁶⁸. Nesta pesquisa, a metodologia empírica será mobilizada para coletar dados e fazer inferências⁶⁹ descritivas⁷⁰ e

⁶⁶ multi-método de pesquisa possui diversas definições, entretanto, é possível identificar elementos em comum dentro destas diversas definições, sendo estes: (i) o multi-método ocorre dentro de uma visão em que o pluralismo metodológico é tido como algo positivo, distante da dicotomia presente nas Ciências Sociais entre qualitativo e quantitativo; (ii) Ocorre no multi-método a união de métodos qualitativos e quantitativos para responder à uma pergunta problema; (iii) o caráter pragmático do multi-método. OLIVEIRA, Fabiana. **Triangulação metodológica e abordagem multimétodo na pesquisa sociológica.** in Rev. Ciências Sociais Unisinos, v. 51, P. 135 – 137.

⁶⁷ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. P. 145. Apud. OLIVEIRA, Fabiana. **Triangulação metodológica e abordagem multimétodo na pesquisa sociológica.** in Rev. Ciências Sociais Unisinos, v. 51, P. 136. WESTMARLAND, Louise. **Researching Crime and Justice**, p. 23 e 32.

⁶⁸ EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico] :as regras de inferência.** São Paulo : Direito GV, 2013. P. 23.

⁶⁹ Realizar uma inferência consiste no “*processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos.*” Op. cit., p. 36.

⁷⁰ “A estatística descritiva é a área que estuda o processo de exploração, visualização e summarização de dados. Quando você tem acesso a certa quantidade de dados, a primeira tarefa é entender que tipo de informação esses dados trazem. Essa área da estatística está limitada ao que se consegue observar diretamente e ela apenas descreve, de maneira exaustiva ou summarizada, o conjunto de dados coletados. Daí o seu nome. Essa descrição pode ser apresentada de várias formas, através de uma distribuição de frequências de cada variável, pelo cálculo de medidas resumo, pela tabulação de resultados e pela sua visualização através de tabelas e gráficos.” – NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Livro Eletrônico. P. 45

causais⁷¹. Assim, para realizar qualquer inferência, na pesquisa empírica, após estabelecer as perguntas que nortearão as inferências que se busca construir, é necessário identificar a população de interesse e a amostra.

A população de interesse foi selecionada a partir de dois critérios, sendo estes o critério temporal e o critério espacial. O critério temporal decorreu do fato desta pesquisa, inicialmente, ter sido elaborada como projeto de iniciação científica nos idos de 2022, momento em que, através da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), foi possível obter os dados analisados. Assim, à época, escolheu-se analisar os processos no período correspondente aos meses entre abril e julho de 2022, porque representavam 1/3 daquele ano, o que levaria a uma quantidade considerável de processos. Posteriormente, não foi atualizada a base de dados porque o processo para obtê-los é extremamente moroso, envolvendo a burocracia do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Faculdade de Direito da USP (para obter essa base de dados foram necessários aproximadamente 6 meses). Quanto ao critério espacial, foi escolhido o Fórum Criminal da Barra Funda por ser o competente para julgar os processos por tráfico de drogas cometidos na capital, que em volume de processos representa a maioria do estado de São Paulo⁷².

Dessa forma, a população desta pesquisa corresponde à 286 processos, que tramitavam no Fórum Criminal da Barra Funda, no período correspondente entre abril e julho de 2022, em que houve a conversão da prisão em flagrante por tráfico de drogas para prisão preventiva.⁷³

Passando à definição da amostra⁷⁴, inicialmente, acreditando que a população seria de 298 processos, a amostragem inicial seria de 169 processos. Entretanto, ao verificar os processos, foram identificados 12 em que foi concedida liberdade provisória. Portanto, a população real, em que a prisão em flagrante foi convertida para prisão preventiva é de 286

⁷¹ “A estatística inferencial é a área que estuda como certas conclusões podem ser logicamente induzidas a partir da análise de um conjunto de dados sujeitos a uma variação aleatória. A estatística inferencial complementa a descritiva. Enquanto esta resume, explora e descreve os dados, aquela faz afirmações que vão além da mera descrição dos dados, como, por exemplo, (i) inferências sobre uma população (caso os dados constituam uma amostra), (ii) previsões sobre o comportamento futuro das variáveis e (iii) reconhecimento de tendências, associações e correlações nas variáveis” – Op. cit. P. 46.

⁷² CNJ. DATAJUD. Dados de 2022. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em 13.11.2024.

⁷³ O Tribunal de Justiça de São Paulo informou que foram identificados pelo sistema interno do tribunal resultado um total de 298 processos que através do Termo de Audiência de Custódia foi possível identificar que o Flagrante foi convertido em Prisão Preventiva. Além disso, foram levantados outros 636 processos em que não foi possível identificar a decisão de conversão, pois apresentavam como resultado da audiência a emissão de Termo de Audiência de Custódia Genérico.

⁷⁴ “Amostragem é o procedimento através do qual um subconjunto de elementos é selecionado para estimar as características da população a qual pertencem. Por permitirem a estimação, as características da amostra são denominadas estimadores, enquanto as características da população são chamadas parâmetros. NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. P. 77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

processos. Consequentemente, a amostragem final foi de 166 processos⁷⁵, definida a partir de um grau de confiança⁷⁶ de 95%, com uma margem de erro⁷⁷ de 5%. Além desses processos analisados para fins estatísticos, também foram examinados 17 processos em que ocorreram grandes apreensões, e que não foram considerados junto à amostragem porque, em média, a quantidade de drogas apreendidas superava em 10 vezes a quantidade dos demais processos. Nesse contexto, considerando que a amostragem é composta por “poucos casos” esses processos que estavam muito acima da média geral iriam inviabilizar as inferências em razão das médias ou medianas ficarem anômalas. Dessa forma, os processos de grande apreensão foram analisados à parte, sem serem considerados para fins inferenciais, apenas para fins descritivos.

Estabelecido a população e a amostragem, passa-se às variáveis. Para responder às perguntas propulsoras da pesquisa, a análise do processo foi dividida em três partes, sendo estas: (i) A quantidade de drogas apreendidas e a raça dos réus; (ii) a atuação policial na prisão em flagrante; (iii) a análise das decisões proferidas no âmbito das audiências de custódia em que ocorreu a conversão.

Na análise da quantidade de drogas apreendidas foram consideradas as seguintes variáveis: (a) a raça dos investigados⁷⁸; (b) o verbo imputado; (c) a quantidade geral de drogas em gramas; (d) as substâncias apreendidas; (e) se foram apreendidas mais de uma droga; (e) a variedade das drogas apreendidas; (f) a quantidade de drogas apreendidas em gramas por tipo de drogas; (g) a média total da soma total de drogas apreendidas; (h) a média total de drogas apreendidas por raça; (i) percentual maior da média de drogas apreendidas por investigados brancos; (j) percentual menor da média de drogas apreendidas por investigados racializados.

Na análise da atuação policial no flagrante, foram consideradas as variáveis: (a) raça dos réus; (b) quantidade da variedade de drogas apreendidas; (c) o verbo imputado; (d) as

⁷⁵ Tamanho da amostra = $[z^2 * p(1-p)] / e^2 / 1 + [z^2 * p(1-p)] / e^2 * N$. Sendo que, N = tamanho da população, z = escore z, e = margem de erro, p = desvio padrão.

⁷⁶ O nível de confiança representa a probabilidade da pesquisa ter os mesmos resultados se for aplicada com um outro grupo de pessoas.

⁷⁷ Os resultados de um teste estatístico sempre embutem um componente de incerteza. Margem de erro, valor-p e nível de significância são indicações de aproximação, que não têm o propósito ou a pretensão de extirpar a incerteza. Para a estatística, a verdade é um animal selvagem que se deixa observar a alguma distância, mas que nunca permitirá ser encarcerado. O erro faz parte do conhecimento humano e, além de ser um sinal de honestidade e maturidade intelectual, admitir sua presença é o único caminho conhecido para minimizar e controlar seus efeitos. Negar o erro é o meio mais rápido para se incorrer nele.

⁷⁸ A raça dos investigados foi obtida a partir dos seguintes documentos presentes nos autos dos processos analisados extrato de qualificação das partes, questionário sobre a Covid-19, e o Boletim de Ocorrência. Não foi encontrado nenhum instrumento normativo que determine como deve ser feito o reconhecimento racial. Dessa forma, considera-se que foram adotados os critérios de heteroidentificação. Em outras palavras, os agentes policiais quando dos atos formais da prisão em flagrante identificavam a raça dos réus. Cabe destacar que o IBGE, diferentemente, adota o critério de autoidentificação racial.

circunstâncias do flagrante; (e) qual corporação realizou o flagrante (Polícia Militar, Civil, ambiental, agentes de segurança do metrô/trem; (f) qual o tipo de diligência em que se deu ou decorreu o flagrante (se em razão de uma investigação preliminar, em patrulhamento, decorrente de denúncia anônima, em operação ou em diligência específica para o combate ao tráfico).

Por fim, na análise das decisões, as variáveis foram separadas em dois blocos que se interrelacionam. Um para analisar a subsunção dos fatos à conduta típica, ou seja, o exame da tipicidade (pressuposto positivo para decretação da prisão em flagrante, consistente na materialidade delitiva ao lado da autoria delitiva)⁷⁹, e outro para analisar os requisitos positivos e as hipóteses de cabimento da decretação da prisão preventiva. Assim, foram examinadas as seguintes variáveis: (a) O verbo imputado; (b) a soma do total das drogas apreendidas; (c) O modelo da decisão; (d) se a quantidade ou variedade de drogas apreendidas justificou a tipificação; (e) se a forma de acondicionamento justificou a tipificação; (f) qual o argumento mobilizado para afastar a figura do tráfico privilegiado; (g) Se a ordem pública foi mobilizada como requisito positivo e, a partir disso se (g.1) temor a população obreira foi considerado; (g.2) ausência de atividade laboral; (g.3) confissão⁸⁰; (g.4) impedir a reiteração delitiva; (g.5) equiparação ao crime hediondo; (g.6) se houve menção genérica à lesividade da droga; (h) se a conveniência da instrução criminal foi mobilizada como requisito positivo e partindo disso (h.1) qual foi a justificativa; (i) se assegurar a aplicação da lei penal mobilizada como requisito positivo e, a partir disso, (i.1) qual foi a justificativa; (j) se a reincidência foi considerada como hipótese de cabimento; (k) se outros processo sem trânsito em julgado foram considerados como hipótese de cabimento⁸¹;

No capítulo destinado à análise da conversão serão abordados cada um desses três blocos de análise e apresentadas as inferências e descrições obtidas. Essa divisão em três blocos e a considerável quantidade de variáveis, partiu da necessidade e dificuldade de tentar compreender de forma mais ampla e segura o porquê da conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva e, o porquê de pessoas racializadas serem presas portando menos drogas que

⁷⁹ Os pressupostos negativos consistentes na análise pelo juiz de excludentes de ilicitude não entraram como variáveis porque, tratando-se de tráfico de drogas, esse dado tornou-se irrelevante, dado que os magistrados excluem quaisquer hipóteses de excludente de modo automático. Inclusive, para além do texto padrão pré-moldado das decisões, se quer há análise desse pressuposto.

⁸⁰ A confissão foi mobilizada tanto como elemento a justificar os indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas presentes nos pressupostos positivos, quanto dentro do *periculum libertatis* dentro do conceito de ameaça à ordem pública.

⁸¹ Não foi considerado como variável a hipótese atrelada à quantidade mínima de 4 anos de pena cominada no tipo, porque o tráfico de drogas a pena é superior ao mínimo, mas essa questão será abordada quando da análise do afastamento da figura do tráfico privilegiado em que a pena inicial é inferior a 4 anos.

pessoas brancas. O fenômeno da criminalização secundária é multifatorial, assim como a sua relação intrínseca com o racismo no contexto brasileiro. Assim, partindo da análise sistemática e analítica dos pressupostos processuais, somado às questões sociais (mais evidentes na atuação policial) foram necessárias escolhidas essas variáveis para, assim, tentar reduzir ao máximo os vieses.

Ao que tange a análise qualitativa⁸², em resumo, foi mobilizada sobretudo na interconexão entre os elementos jurídicos da dogmática penal e processual penal, e a análise sociológica e criminológica. Para tanto, os dados obtidos na análise quantitativa foram confrontados com os referenciais teóricos já mencionados, em busca de um maior aprofundamento do objeto de estudo. Afinal, conforme explicado adiante, o racismo estrutural e institucional que permeia o fenômeno da criminalização secundária, exige certamente, além dos dados descritivos e inferenciais, uma análise qualitativa e os interrelacione e deem profundidade.

3. RAÇA E RACISMO

4.1 A escolha dos autores

A priori, antes de tecer qualquer análise quanto as audiências de custódia a utilização da prisão cautelar no contexto do tráfico de drogas, relacionando a quantidade de drogas e a raça dos réus, é essencial, abordar conceitos sobre raça e racismo, para somente depois construir a nefasta ponte que liga esses conceitos à realidade do sistema penal. Isso porque, em que pese a finalidade específica do direito penal na sociabilidade capitalista, norte metodológico e teórico desta pesquisa, sua aplicação nas pessoas concretas se dá consubstancialmente a partir destes primeiros conceitos e realidades.

Conforme será abordado posteriormente, a criminalização secundária e o caráter selecionador intrínseco ao exercício do direito penal, de acordo com Zaffaroni⁸³, se dá sobretudo a partir de dois elementos, sendo estes (i) o estereótipo do criminoso e (ii) o caráter tosco do delito empreendido. Nesse contexto, raça e racismo estão ligados profundamente com

⁸² “A pesquisa qualitativa se define por uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações.” – Machado, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. P. 14.

⁸³ Ibid. p. 20

ambos os elementos conformadores da criminalização secundária, de modo que, para compreendê-los, sobretudo na realidade brasileira, é necessário destrinçar estes conceitos.

Isto posto, para construção dos conceitos a seguir serão mobilizados autores do campo não marxista (Mills e Carneiro) e do marxismo (Silva, Balibar e Willesten). A escolha de evocar autores de diferentes campos teóricos será abordada considerando a complexidade de, através de uma monografia elaborada na estria via da graduação em Direito, minimamente construir alguma ideia do que seja o racismo e o porquê deste ser um elemento central na sociabilidade capitalista e, consequentemente, no sistema penal. Dessa forma, espera-se, minimamente, através destes autores abracer a dinâmica de raça, sobretudo no contexto brasileiro.

3.2 O contrato racial de Mills.

Iniciando por Mills, em sua obra “O Contrato Racial”⁸⁴ através das lentes da filosofia analítica⁸⁵, em suas primeiras linhas o autor define o que em última análise se trata o racismo, aduzindo que a “Supremacia Branca é o sistema político não nomeado que fez do mundo moderno o que ele é hoje.”⁸⁶ A partir deste primeiro panorama, Mills discorre que o racismo é “em si um **sistema político**, uma estrutura particular de poder para um governo formal ou informal, para o **privilegio socioeconômico** e para normas de distribuição diferenciadas de riquezas materiais, benefícios e responsabilidades, **direitos e deveres**”⁸⁷.

Assim, a noção de contrato racial para Mills seria uma forma de conexão com a teoria dominante, a qual atribui ao contratualismo, visto que esse seria “a língua franca da política de nossos tempos”⁸⁸. Entretanto, o contrato racial não existe como um contrato entre todos “(nós, o povo”), mas apenas entre as pessoas que contam, as pessoas que realmente são pessoas (nós, os brancos)”⁸⁹. Portanto, o contrato racial é a teorização do pacto entre brancos que origina e sustenta a supremacia branca.⁹⁰

Neste aspecto, Mills discorre que a teoria do contrato racial não se pauta no contrato enquanto mera “ferramenta normativa, um dispositivo conceitual para trazer à tona nossas instituições sobre justiça”⁹¹, mas é empregado de acordo com o “espírito dos contratualistas

⁸⁴ MILLS, Charles W. **O contrato Racial**. Edição comemorativa de 25 anos. ^a Ed. Rio de Janeiro: Zahar,2023.

⁸⁵ Charles W. Mills. **The domination contract. Meritum**, Revista de Direito da Universidade FUMEC: Vol. 8, Nº 02 - julho/dezembro 2013. P. 18. Ver também no prefácio de O contrato Racial: MILLS, Charles W. **O contrato Racial**. Edição comemorativa de 25 anos. ^a Ed. Rio de Janeiro: Zahar,2023. P. 12.

⁸⁶ MILLS, Charles W. **O contrato Racial**. Edição comemorativa de 25 anos. ^a Ed. Rio de Janeiro: Zahar,2023. P.33.

⁸⁷ Ibid., p. 35 – destaquei.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., p. 40.

⁹¹ Ibid., p. 37.

clássicos”⁹², ou seja, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Dessa maneira, o contrato é mobilizado por Mills de forma descriptiva, com o intuito de gerar juízos sobre a justiça e injustiça social, explicar a gênese efetiva da sociedade e do Estado, a estruturação da primeira, como o governo através do segundo funciona, e a psicologia moral das pessoas⁹³.

Ao construir o conceito de contrato racial em uma visão geral, Mills indica que este é político, moral, epistemológico e uma realidade histórica.⁹⁴ Iniciando pelo caráter político e moral, o autor explica que os contratualistas modernos os diferenciam sendo o contrato político o modo de explicar como a sociedade foi estabelecida em relação ao governo e as nossas obrigações com este. Ou seja, como o contrato formou a sociedade, dentro da ideia de que os indivíduos “naturais” foram retirados do estado de natureza e recolocados “constituídos” como membros de um corpo coletivo⁹⁵, e como estabeleceu o Estado, dentro também do ideal de transferência de poderes, direitos e deveres, ao Estado soberano, a partir de uma relação de confiança. Paralelamente, o contrato moral seria a base do código moral estabelecido para sociedade que norteia e regula o comportamento das pessoas. Entretanto, no contrato racial esses elementos tomam outra perspectiva, que somado ao caráter epistemológico que prescreve as normas de cognição às quais seus signatários devem aderir, se estabelece de modo a criar uma classe de humanos (os brancos), que ao serem retirados do estado natural, são absorvidos/integrados pelo novo estado social e político-moral, e os sub-humanos (não brancos), alheios, preteridos e subordinados aos primeiros, dentro de uma relação contratual de meta-acordos estruturado a partir de critérios raciais⁹⁶.

Desse modo, Mills explica que na sociedade construída a partir do contrato racial os brancos a integram enquanto seres já sociopolíticos, enquanto os não brancos estariam no estado

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.p. 41-78.

⁹⁵ MILLS, Charles W. **O contrato Racial**. Edição comemorativa de 25 anos. ^a Ed. Rio de Janeiro: Zahar,2023. P.41.

⁹⁶ “O contrato racial é aquele conjunto de acordos ou meta-acordos formais ou informais (contratos de nível superior *sobre* contratos, que estabelecem os limites de validade dos contratos) entre os membros de um subconjunto de seres humanos, doravante designados por (mutáveis) critérios “raciais” (fenotípicos/genealógicos/culturais) C1, C2, C3..., como “branco” e coextensivos (levando em consideração a diferenciação de gênero), com a **classe de pessoas plenas**, para categorizar o subconjunto restante de seres humanos como “não brancos” e com um **status moral diferente e inferior, subpessoas, de modo que tenham uma posição civil subordinada em regimes políticos brancos ou governados por brancos que os brancos já habitam ou estabelecem**; ou em transações com esses regimes na condição de estrangeiros, com as regras morais e jurídicas que normalmente regulam o comportamento dos brancos em suas relações uns com os outros, não se aplicando de maneira alguma em relações com não brancos ou aplicando-se apenas de forma qualificada (dependendo em parte da mudança das circunstâncias históricas e de qual variedade particular de não brancos está envolvida); mas, de qualquer modo, o **objetivo geral do contrato é sempre criar um privilégio diferencial dos brancos como grupo em relação aos não brancos como grupo, a exploração de seus corpos, terras e recursos e a negação de oportunidades socioeconômicas iguais para eles**. Todos os brancos são *beneficiários* do contrato, embora alguns brancos não sejam *signatários dele’*. - Ibid. p. 43-44. Destaquei.

de natureza, representados pelo arquétipo dos selvagens. Nesse cenário, o Estado longe do papel neutro do contratualismo clássico, **teria como propósito específico manter e reproduzir a ordem racial supracitada, possibilitando os privilégios e vantagens aos cidadãos brancos e mantendo a subordinação dos não brancos.** Consequentemente, o sistema jurídico neste Estado racial demarca claramente o status de brancos e não brancos mantendo e reproduzindo a ordem racial e garantindo os privilégios daqueles pertencentes à cultura e fenótipos brancos a despeito dos outros, tanto nos costumes quanto através das leis.⁹⁷

Antes de discorrer sobre o aspecto epistemológico, histórico e econômico específico do contrato racial, ainda na interrelação entre o conteúdo moral e político, Mills adentra na concepção moral do contratualismo clássico e sua implicação no regime político, demonstrando que no contratualismo clássico o “bom regime político se baseia em um fundamento moral preexistente”⁹⁸, lastreado na cosmovisão cristã, em que haveria uma lei moral imanente na estrutura do universo que dirige a consciência humana, delimitando os direitos e deveres de todos. Essa principiologia moral restringiria as leis humanas e atribui os direitos civis, de modo que o contrato político seria responsável por codificar essa moralidade pré-existente, “registrando -a e preenchendo os detalhes para que não tenhamos que confiar em um senso ou consciência, moral divinamente implantado, cujas percepções podem as vezes ser distorcidas por interesses próprios”⁹⁹.

Esse processo de politização do contrato racial é conceituado por Mills como o **caráter moral objetivo**, crucial para a corrente dominante da tradição contratualista que estabelece que seu fundamento seria a “liberdade e a igualdade no estado de natureza”¹⁰⁰, “supostamente comprometido como igualitarismo moral, a igualdade moral de todos os homens, a noção de que todos os homens importam da mesma maneira e de que todos os homens devem ter direitos iguais”¹⁰¹.

Em oposição, no contrato racial, essa moralidade decodificada por cores restringe a posse da liberdade e igualdade, visto que somente reconhecidas às pessoas brancas, legando aos demais a localização no degrau moral inferior, diante da miopia proposital daqueles que ocupam

⁹⁷ MILLS, Charles W. **O contrato Racial**. Edição comemorativa de 25 anos. ^a Ed. Rio de Janeiro: Zahar,2023. P.41-42.

⁹⁸ Ibid., p. 48.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid. p. 49

¹⁰¹ Ibid.

os degraus superiores¹⁰². Consequentemente, os termos deste contrato definem os parâmetros para a moralidade branca como um todo.¹⁰³

Tão substancial quanto o caráter político e moral, Mills caracteriza o contrato racial a partir de uma **epistemologia moral e empírica peculiar**, em que haveria um “entendimento sobre o que conta como uma interpretação correta e objetiva do mundo e, ao concordar com essa visão, se concede (“contratualmente”) um pleno direito cognitivo no regime político, na comunidade epistêmica oficial”¹⁰⁴. Desse modo, essa epistemologia peculiar é descrita como um acordo para interpretar erroneamente o mundo¹⁰⁵, a partir da segurança que essa interpretação será validada pela autoridade epistêmica branca. Essa interpretação errônea do mundo, se manifesta em verdadeiro processo cognitivo delirante, que deturpa e promove um autoengano branco, formando uma economia cognitiva moral e psíquica necessária para a conquista, colonização e escravização.¹⁰⁶ Assim, apesar de Mills entender esses fenômenos mentais como acidentais, ele indica que são prescritos pelos termos do contrato racial, que exige cegueiras e opacidades estruturadas para o estabelecimento do regime político branco.

Avançando sobre o contrato racial enquanto uma realidade histórica, Mills o define como um fenômeno historicamente real e localizável em oposição aos contratualistas modernos que, através de seu projeto meramente prescritivo, abandonou a pretensão de ser capaz de explicar as origens históricas da sociedade e do estado. Portanto, o contrato social seria, inclusive, uma forma de explicar a consolidação da sociedade e do Estado moderno de modo historicamente aferível¹⁰⁷.

Dessa forma, essa origem seria localizada pela série de eventos do colonialismo europeu e pelas “viagens de descoberta” que teriam marcado a criação do mundo moderno. Esses eventos ao longo dos mais de 500 anos, estabeleceu o contrato racial, e este, por sua vez,

¹⁰² MILLS, Charles W. **O contrato Racial**. Edição comemorativa de 25 anos. ^a Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 49-51.

¹⁰³ “Os termos do contrato racial definem os parâmetros para a moralidade branca como um todo, de modo que as teorias contratualistas concorrentes de Locke e Kant sobre direitos e deveres naturais ou teorias anticontratualistas posteriores, como o utilitarismo do século, são todas limitadas por estipulações desse contrato.”¹⁰³ Ibid., p. 43.

¹⁰⁴ Ibid., p. 52.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ “Assim, com efeito, em questões relacionadas a raça, o contrato racial prescreve para seus signatários uma epistemologia invertida, uma epistemologia da ignorância, um padrão particular de disfunções cognitivas localizadas e globais (que são psicológica e socialmente funcionais), produzindo o resultado irônico de que os brancos, em geral, não serão capazes de compreender o mundo que eles próprios criaram. [...] Haverá mitologias brancas, Orientes inventados, Áfricas inventadas, Américas inventadas, com uma população correspondente forjada, países que nunca chegaram a ser, habitados por pessoas que nunca existiram — Calibã e Tonto, Man Friday e Sambo —, mas que alcançam uma realidade virtual através de sua existência em contos de viajantes, mitos folclóricos, ficção popular e erudita, relatos coloniais, teoria acadêmica, cinema de Hollywood, vivendo na imaginação branca e impostos com determinação sobre suas contrapartes alarmantes da vida real” - Ibid., p. 107 Ibid., p. 54.

estabeleceu a legitimidade do Estado-nação, codificando a moralidade e o direito dentro desses limites. Aqui, percebe-se a importância do elemento jurídico nesse estabelecimento histórico da hegemonia branca, visto que foi justamente esse arranjo normativo histórico-jurídico que possibilitou a emergência dos brancos europeus “como “senhores da espécie humana”, os “senhores de todo o mundo”, com o crescente poder de determinar a posição dos não europeus que são seus sujeitados”¹⁰⁸.

Nesse contexto, utilizando-se da divisão cronológica de Antony Padgen¹⁰⁹, o qual estabelece que a divisão dos impérios europeus se deu em períodos marcados pela “colonização das Américas, de 1492 à década de 1830, e a ocupação da Ásia, da África e do Pacífico, da década de 1730 até o período após a Segunda Guerra Mundial”¹¹⁰, Miils destaca que em todos os casos a raça configurou-se como denominador conceitual comum. Isso porque, gradualmente o marcador de distinção entre os subjugadores e subjugados foi migrando do elemento religioso e geográfico, para o racial¹¹¹. Ao longo desse processo histórico marcado pelo colonialismo, o humanismo europeu foi construído influenciando a política e moral europeia em conjunto e a partir do contrato racial, de modo que foi se estruturando a concepção de que somente o europeu teria a qualificação de ser humano, o que posteriormente foi fixado como somente os brancos teriam essa condição.¹¹² Consequentemente, “no século XIX a opinião branca convencional assumia casualmente a validade incontrovertida de uma hierarquia de raças “superiores” e “inferiores”, raças “mestras” e “subjugadas”, para as quais, é óbvio, regras diferentes devem ser aplicadas”¹¹³.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, o contrato racial nesse contexto histórico, criou um regime branco transnacional, como uma comunidade virtual com rígida separação mantida por “barreiras de cor”¹¹⁴, em que o contrato racial, apesar de variar de acordo com o modo particular de cada localidade (como por exemplo o caso latino-americano em que há uma

¹⁰⁸ Op.cit., p. 55.

¹⁰⁹ Op.cit. p. 55. Apud. Kwame Anthony Appiah, *In my Father's House: Africa in the Philosophy of Culture*. Oxford: Oxford University Press, 1993. [Ed. bras.: *Na casa de meu pai: A África na filosofia da cultura*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997].

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ “Assim, uma categoria se cristalizou ao longo do tempo no pensamento europeu para representar entidades que são *humanoides*, mas não totalmente *humanas* (“selvagens”, “bárbaros”), e que são identificadas como tal por serem membros do conjunto geral de raças não brancas. Incentivados pela antiga distinção romana entre os civilizados dentro e os bárbaros fora do império, a distinção entre os humanos completos e os questionáveis, os europeus estabeleceram um código moral de duas camadas com um conjunto de regras para brancos e outro para não branco.” - Op.cit., p. 58

¹¹² Op.cit.,p.62.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Op.cit.,p.66.

hierarquia mais sutil de cores que no caso anglo-americano)¹¹⁵, mantém os brancos no topo da hierarquia social.

Quanto ao aspecto socioeconômico, Mills defende que o contrato racial é um contrato de exploração que cria a dominação econômica europeia global e o privilégio racial acional branco. Tal pois, ao estabelecer uma hierarquia moral e dividir juridicamente o regime político de acordo com a raça, o contrato racial garante e legitima o privilégio “daqueles indivíduos brancos/pessoas e a exploração daqueles indivíduos designados como não brancos/subpessoas”¹¹⁶. Nesse sentido, é destacado que, apesar da descolonização formal ter ocorrido na África e na Ásia, em todo mundo apesar de nativos negros, pardos e amarelos governem seus países, a economia global é essencialmente dominada pelos antigos poderes coloniais, Estados Unidos e Canadá:

“Assim, pode-se dizer que **o mundo é essencialmente dominado pelo capital branco**. Os números globais sobre renda e propriedade são, claro, discriminados nacionalmente, e não racialmente, mas se uma desagregação racial transnacional fosse feita, revelaria que os brancos controlam uma porcentagem da riqueza mundial grosseiramente desproporcional aos seus números. Uma vez que não há razão para pensar que o abismo entre o Primeiro e o Terceiro Mundos (que coincide amplamente com essa divisão racial) será superado — vide o fracasso abjeto de vários planos das Nações Unidas a partir da “década de desenvolvimento” dos anos 1960 em diante —, parece inegável que, nos próximos anos, o planeta será dominado pelos brancos. Com o colapso do comunismo e a derrota das tentativas do Terceiro Mundo de buscar caminhos alternativos, o Ocidente reina supremo. [...] Além disso, não apenas a Europa e os antigos estados colonizadores brancos são globalmente dominantes, mas dentro deles, onde há uma presença não branca significativa (povos indígenas, descendentes de escravizados importados, imigração voluntária não branca), os brancos continuam a ser privilegiados em relação aos não brancos. As velhas estruturas de exclusão formal e de jure foram amplamente desmanteladas, as velhas ideologias explicitamente biológicas, abandonadas — o contrato racial, como se verá adiante, está sendo continuamente reescrito —, mas as oportunidades para os não brancos, embora tenham se expandido, permanecem abaixo das para os brancos”¹¹⁷

Por fim, a interrelação entre o contrato racial, o sistema penal e a violência estatal são concebidas a partir da necessidade de que o primeiro seja aplicado por meio da violência e do condicionamento ideológico. Dessa forma, Mills contrapõe o contratualismo clássico ao qual o Estado liberal-democrático seria um Estado neutro e ético, em que sua legitimidade deriva do consentimento livre dados pelos signatários para proteger e salvaguardar o bem-estar de seus

¹¹⁵ , “embora houvesse variações no contrato racial, dependendo das variações locais no contrato racial, dependendo das circunstâncias e do modo particular de exploração — por exemplo, um sistema racial bipolar nos (anglo) Estados Unidos contra uma hierarquia de cores mais sutil na América Latina (ibérica) —, a tribo branca, como representante global da civilização e da modernidade, continua a ocupar, geralmente, o topo da pirâmide social.⁴

¹¹⁶ Op.cit., p. 69.
¹¹⁷

cidadãos, ao Estado do contrato racial que é por definição “não neutro, uma vez que seu objetivo é trazer conformidade com os termos do contrato racial entre a população de subpessoas, que obviamente não terá motivos para aceitar esses termos voluntariamente, uma vez que o contrato é um contrato de exploração”¹¹⁸.

Nesse contexto, Mills discorre que o Estado racial mobiliza a violência física e o condicionamento ideológico com a finalidade de, primeiramente se estabelecer e posteriormente se reproduzir.¹¹⁹ Dessa forma, o sistema penal e a polícia enquanto braços coercitivos do Estado racial, interpretam os papéis de executores do contrato racial, atuando em duas frentes: (i) na manutenção da paz e prevenção de crimes entre cidadãos brancos e (ii) na **manutenção da ordem racial, detectando e destruindo os “desafios a ela, de modo que, em todos os Estados colonizadores brancos, os não brancos são encarcerados em proporções diferenciais e por períodos mais longos”**¹²⁰.

Para demonstrar que a violência estatal no contexto do sistema penal não é um mal arbitrário produto do sadismo individual da branquitude, Mills evoca a desvalorização da vida do negro em comparação ao do branco, trazendo o fato aterrador e indiscutível do quanto a morte de uma pessoa branca é considerada uma ruptura social terrível da ordem social, enquanto a de um negro não, pelo contrário¹²¹. Assim, menciona os dados relacionados a não aplicação da pena capital por morte de negros assassinados por brancos e a sobrerepresentação contrária. Nesse contexto, tanto ação violenta do Estado quanto a individual dos brancos justicieros contra os negros, decorrem da acepção ideológica que bestializa o negro, visto que considerado enquanto inherentemente bestiais e selvagens, em razão do estado de natureza que carregam consigo.

Em conclusão, a teoria do contrato racial teoriza o processo histórico do colonialismo e como este, de fato, estabeleceu um regime social em que aqueles tidos como brancos figuram no topo da pirâmide social, gozando do status de ser humano, enquanto as pessoas racializadas ou não brancas, são marcadas pelo status de sub-humanidade. Esse contrato racial ao qual todos os brancos são signatários e pactuam recebendo os seus privilégios, é estruturado social,

¹¹⁸ Op.cit., p. 116-129.

¹¹⁹ Op.cit., p. 128.

¹²⁰ Op.cit., p. 130.

¹²¹ Enquanto escrevia a presente tese de láurea, o Jornal Folha de São Paulo realizou um levantamento que constatou o aumento de 83% de pessoas mortas no período entre janeiro à agosto de 2024 em comparação com o ano anterior. Nesse aspecto, apesar de a população negra representar 41% da composição da população de São Paulo, de acordo com o Censo de 2020, há uma sobrerepresentação de negros assassinados pela polícia que representam 2 em cada 3 mortes. – Mortes pela polícia de São Paulo crescem 78 % em 2024 2 de cada 3 vítimas é negra. O Estado de São Paulo, São Paulo, publicado em 22.10.2024, acesso em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/10/mortes-pela-policia-de-sp-crescem-78-em-2024-2-de-cada-3-victimas-e-negra.shtml>

ideologicamente, culturalmente, juridicamente, de modo a manter e reproduzir os privilégios daqueles tidos como brancos. Nesse aspecto, o norte e a base teórica sendo o contratualismo, essa estrutura racial se dá a partir de uma codificação moral e política a qual concede aos brancos o status de cidadãos, que abandonaram o estado de natureza e adentraram na civilização, enquanto encerra os não brancos no estágio bestial anterior. Desse modo, legitima-se todo o tipo de desigualdade, racismo, tratamento jurídico desigual, levando em última análise, ao tratamento dispensado no sistema penal, em um Estado racial não neutro que tem como objetivo a manutenção das estruturas que o sustentam, qual seja o próprio contrato racial.

3.3 O dispositivo de racialidade de Sueli Carneiro

Sueli Carneiro, em um diálogo direto com o autor anterior (bem como diversos outros como Heidegger) e, sobretudo, a partir dos conceitos foucaultianos de dispositivo e de biopoder, propõe em *Dispositivo de Racialidade*, um estudo de cunho reflexivo e especulativo das relações raciais no Brasil¹²². Em sua obra, Carneiro elabora como o ser (branco) se constrói a partir do não ser do outro (não branco), e partindo disso, discorre como a “função assassina do estado só pode ser assegurada desde que o Estado funcione, no modo do biopoder, pelo racismo”¹²³. Essa construção particular do ser mencionada, é dada a partir da interpretação do ser ontológico de Heidegger¹²⁴, em oposição ao ôntico. O primeiro (ontológico) prescreve o ser como ele é, enquanto a dimensão do ôntico seria os entes particulares, ou as determinações do ser. Assim, a dimensão ôntica do ser refere-se a cultura, raça, cor, religião e etnia, enquanto a dimensão ontológica seria o ser em si.¹²⁵

Dessa forma, partindo desses conceitos, Carneiro interpreta-os indicando como na particularidade do ser negro há uma inversão da construção do ser, que passa a ter sua determinação pela sua dimensão ôntica e não ontológica:

“Na minha interpretação é a ideia de universalidade que emancipa o indivíduo e permite-lhe expressar a sua especificidade. Em contrapartida, é a ideia de particularidade que o aprisiona, reduzindo o seu ser a essa particularidade que

¹²² CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

¹²³ Op. Cit., p.19. Apud. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 215.

¹²⁴ Op. cit., p.19. Apud. Heidegger, Martin. **Ser e Tempo.**

¹²⁵ Aqui, me fez lembrar da relação dialética marxiniana da essência e aparência do ser, que na dimensão econômica é elaborada pelo valor e a forma valor. Honestamente, não comprehendo se é um paralelo possível, mas o conceito do ser ontológico me instigou nesse sentido.

aprisiona o indivíduo negro ao seu grupo específico. Ao fazer do ôntico o ontológico do Outro, o Eu hegemônico rebaixa o estatuto do ser desse Outro”¹²⁶.

Partindo dessas premissas iniciais, a autora define raça como um conceito que “não corresponde a nenhuma realidade social”¹²⁷, isto é, trata-se de uma classificação social construída a partir de uma atitude negativa frente a certos grupos sociais, “e informada por uma noção específica de natureza, como algo endodeterminado”¹²⁸. Assim, a raça enquanto conceito “permite – ou seja, fazer passar por realidade natural preconceitos, interesses e valores sociais negativos e nefastos –, tal conceito tem uma realidade social plena”¹²⁹. Ainda, adverte que o combate ao conceito de raça e suas consequências espúrias, somente é possível ao se reconhecer a realidade social a partir da sua nomeação.

Nesse contexto, a cor atua enquanto conceito racialmente definido de modo a dar critério explicativos para as diferenças sociais entre negros em brancos “na medida da existência de uma concepção racial pré-existente, da qual a cor é tributária, e na medida em que foi possível, a partir dela, estabelecer as diferenciações de raça”¹³⁰. Dessa forma, partindo desse primeiro critério, o racismo seria “uma forma bastante específica de naturalizar a vida social, isto é, de explicar diferenças pessoais, sociais e culturais a partir de diferenças tomadas como naturais”¹³¹.

Assim, na visão da autora, a raça é elemento estrutural das sociedades multirraciais de origem colonial. Partindo disso, faz uma crítica visão materialista histórico-dialético dos “pensadores de esquerda” porque considera que a noção de *apartheid* social e a supremacia do conceito de classe “não alcançam, ao contrário, inviabilizam ou mascaram a contradição racial presente nas sociedades raciais”¹³² visto que nelas raça/cor/etnia (em especial no Brasil) são variáveis que impactam a própria estrutura de classe”¹³³. Paralelamente, o racismo enquanto pseudociência, legitima a produção dos privilégios simbólicos e materiais para a supremacia branca que o engendrou, sendo o ideário racista dependente de sua capacidade de naturalizar a sua concepção sobre outro. Como exemplo, é elencada a profecia autorrealizadora que é

¹²⁶ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 19.

¹²⁷ Op. Cit., p.20. Apud. Guimarães, Antônio Sérgio. XXXXX.

¹²⁸ Op. Cit.

¹²⁹ Op. Cit.

¹³⁰ Op. Cit.

¹³¹ Op. Cit. Apud. GUIMARÃES.

¹³² Adiante, serão trazidos pensadores do campo marxista que, ao contrário do mencionado pela autora, colocam raça e cor no cerne da reprodução da exploração capitalista, inclusive no contexto brasileiro, como faz Silvo Almeida.

¹³³ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 21

essencial para justificar a desigualdade ao confirmar as expectativas negativas sobre o negro. Dessa forma, “a pobreza a que estão condenados os negros no Brasil é parte da estratégia racista de naturalização da inferioridade social dos grupos dominados – negros ou afrodescendentes e povos indígenas”¹³⁴.

Passados esses marcos conceituais iniciais, Caneiro desenvolve sua teoria racial trazendo para o contexto brasileiro os conceitos de dispositivo, discurso e biopoder. Adiante, serão trazidos de modo superficial cada um deles, sobretudo quanto ao biopoder, o qual a autora caracteriza como signo de morte e pode ser facilmente ligado com a questão da violência policial, do encarceramento massivo de pessoas negras e do morticínio da guerra às drogas.

Iniciando pelo conceito de dispositivo, para Foucault, o dispositivo consiste, em síntese, “em estratégias de relações de força, sustentando tipo de saberes e sendo por eles sustentadas”¹³⁵. Dessa forma, o dispositivo se expressa enquanto uma rede que se pode estabelecer entre elementos que constituem “um conjunto heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas”¹³⁶. Nesse sentido, o dispositivo que é um dispositivo de poder, opera a partir dessa heterogeneidade de elementos e pela relação de poder que entre eles se estabelece, expressando “um objetivo estratégico que atende a uma urgência histórica”¹³⁷.

Assim, partindo do referencial conceitual supracitado, Sueli Carneiro propõe que adota a noção de dispositivo de Foucault, porque ele ofereceria:

“recursos teóricos capazes de apreender a heterogeneidade de práticas que o racismo e a discriminação racial engendram na sociedade brasileira, na natureza dessas práticas, a maneira como elas se articular e se realimentam ou se realinham para cumprir um determinando objetivo estratégico”¹³⁸

Nesse contexto, o dispositivo instaura uma divisão que tem efeitos ontológicos e constitui sujeitos através da enunciação do outro. Isso significa, que o dispositivo constitui “uma nova unidade em cujo núcleo se aloja uma determinada identidade padronizadora, e, fora dele, uma exterioridade oposta, mas essencial para afirmação daquela identidade nuclear”¹³⁹. O exemplo inicial apresentado para explicar como o dispositivo cria essa identidade

¹³⁴ Ibid., p. 21.

¹³⁵ Ibid., p. 28. Apud. FOUCAULT.

¹³⁶ Ibid., p. 27. Apud. FOUCAULT.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 28

¹³⁹ Ibid.

padronizadora que se afirma pelo seu oposto, é o clássico dispositivo da saúde mental, em que para Foucault, seria responsável pela emergência dos sujeitos normais e patológicos. Assim, a emergência do doente mental viabiliza o homem normal, que se define pela diferença em relação ao outro, este último para se autoafirmar, então, proclamará: “não sou louco”¹⁴⁰.

Em continuidade, Carneiro explora que, se para Foucault o dispositivo de sexualidade que “estabeleceu uma nova distribuição dos prazeres, dos discursos, das verdades e dos poderes”¹⁴¹, foi responsável pela constituição ontológica do corpo burguês e, consequentemente mobilizado como estratégia de afirmação da burguesia enquanto classe econômica, o dispositivo de racialidade calcado no estatuto da cor da pele teria, igualmente, pautado a constituição da classe burguesa como dominante. Dessa forma, haveria uma imbricação do dispositivo de racialidade com o de sexualidade. Quanto ao disposto de racialidade, este seria responsável pela formação ontológica do Eu hegemônico, branco, que seria dotado de vitalidade porque escreveu o outro no signo da morte.¹⁴²

Portanto, Carneiro propõe complementar a visão de Foucault, de modo a explicar que o Eu hegemônico adquiriu a sua superioridade através da produção do inferior, “pelo agenciamento que esta superioridade produz sobre a razoabilidade, a normalidade e a vitalidade”¹⁴³. Paralelamente, então, o dispositivo de racialidade produziria, pautado na cor da pele, uma dualidade entre positivo e negativo, ao qual a brancura representa o fator de identificação do normal. Logo, uma vez que o dispositivo de racialidade demarca a humanidade como sinônimo de brancura, definirá as demais dimensões humanas hierarquizando-as conforme há proximidade ou distanciamento desse padrão:

“Deriva daí o senso comum segundo o qual a vida dos brancos vale mais do que a de outros seres humanos, o que pode constatar na diferença com que a sociedade reage a casos de violência contra brancos das classes hegemônicas, em que se mostra consternada, e quando assiste indiferente ao genocídio dos negros e dos outros não brancos. Aqui está o princípio da autoestima e a referência do que é bom e desejável do mundo, estabelecendo o branco burguês como paradigma estético para todos”¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Ibid., p. 29.

¹⁴¹ Ibid., p. 30. Apud. FOUCAULT.

¹⁴² “Interessa demarcar aqui que a abordagem de Foucault abre a possibilidade de uma análise que, focando no domínio da racialidade, investiga os atributos supostamente essenciais do Eu Hegemônico – branco, portanto, – e do Outro. Lembrando que o Eu é dotado de razoabilidade porque produziu o louco; é dotado de normalidade porque produziu o anormal; e de vitalidade porque inscreveu o Outro no signo da morte.” – Op. Cit., p. 31.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 33

Entretanto, Carneiro diverge de Foucault quanto ao momento a partir do qual se forma uma situação favorável para o surgimento dos dispositivos “que operam, no campo ontológico, pela construção do Outro como não ser”¹⁴⁵, que para o primeiro seria a partir do século XVIII. Em sua visão, o dispositivo de racialidade “remonta a momentos anteriores ao do surgimento da sociedade disciplinar, na qual ganhará novos sentidos”, trata-se do marco temporal teorizado por Challes Mills em seu contrato racial. Assim, o dispositivo de racialidade teria surgimento junto ao contrato racial, portanto – conforme já exposto acima –, no final do século XV, em um primeiro momento com as expedições de conquistas, e depois com o imperialismo europeu. Consubstancialmente, partindo do marco teórico do contrato racial coincidindo com o dispositivo de racialidade, Sueli Caneiro desenvolve que além deste elemento temporal, o contrato racial de Mills seria o que estrutura o dispositivo de racialidade¹⁴⁶.

Nesse sentido, Carneiro aproxima o conceito de dispositivo e de contrato racial, pois, mesmo reconhecendo que Foucault não é uma referência para Mills, considera que “é possível detectar pontos de encontro entre as duas reflexões, sobretudo no que diz respeito à multiplicidade de elementos heterogêneos que constitui um dispositivo de poder e a rede que entre eles se estabelece”¹⁴⁷. Neste aspecto, discorre que o dispositivo de racialidade pautado no contrato racial de Mills, se beneficiou dos discursos sobre o negro durante o escravismo colonial, sendo rearticulado a partir do século XIX, de modo que essas representações acerca da racialidade constituíram a ideologia mobilizada enquanto arma política para o imperialismo europeu. Tal ideologia racial – e não a ideologia de classes –, lastrada no pensamento de Hannah Arend, seria a responsável pelo desenvolvimento das nações europeias e “estabeleceu os padrões de hierarquia social que têm na racialidade seu diferenciador fundamental”¹⁴⁸.

No contexto brasileiro, a racialidade se forma enquanto dispositivo diante da corrupção do valor de trabalho realizada com a escravidão, que constituiu nos campos ontológico, epistemológico e de poder, a relação e entendimento de subalternidade do negro pelo branco:

Meu pressuposto é o de que, no contexto da modernidade ocidental, a racialidade vem se constituindo num dispositivo, tal como essa noção é concebida por Foucault. A racialidade é compreendida como noção produtora de um campo ontológico, um campo epistemológico e um campo de poder, conformando, portanto, saberes, poderes e modos de subjetivação cuja articulação institui um dispositivo de poder. **Para compreender como isso se dá no Brasil, é preciso lembrar que a escravidão corrompeu o valor do trabalho: compulsório para o escravo, não tinha como ser**

¹⁴⁵

¹⁴⁶ Para evitar repetições desnecessárias, a autora desenvolve nas páginas seguintes os conceitos apresentados por Mills, dando ênfase ao epistemicídio negro e abordando, na sua visão como o contrato racial se desenvolve e se exprime, Op. Cit., p. 33-38.

¹⁴⁷

¹⁴⁸ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 38.

considerado positivo pelo senhor branco. Este, liberado de trabalhar pela existência do escravo, foi viciado no ócio. O trabalho manual foi estigmatizado pela tradição, igualmente estigmatizadora, da escravidão. A abolição seria, nesse contexto, o momento da emergência do negro na nova ordem disciplinar que se instaura no Brasil, na passagem de uma economia baseada no trabalho escravo para o livre. É esse novo status que o dispositivo de racialidade, enquanto dispositivo do poder disciplinar emergente, haverá de demarcar em ações teóricas de assujeitamento, semelhantes ao que é denominado por Muniz Sodré, em outra situação, de “uma espécie de símbolo ontológico das classes econômica e politicamente subalternas”¹⁴⁹.

Passando agora para o elemento narrativo do dispositivo de racialidade, em síntese, o discurso que molda as relações sociais brasileiras, seria o mito da democracia social, o qual a sua construção e permanência evidenciaria a sua função estratégica de apaziguar as tensões étnico-raciais.¹⁵⁰ Nesse sentido, “o mito da democracia racial corresponde ao desejo de uma autorrepresentação da sociedade e de uma representação positiva do país, frente ao “complexo de inferioridade internalizado e legitimado cientificamente.”¹⁵¹

Consequentemente, o resultado de todo o exposto em sua teoria até aqui é a “pobreza crônica da existência negra, na medida em que a mobilidade de classe torna-se controlada pela racialidade”¹⁵². Dado que, sendo o racismo o dispositivo de poder de sociedades multirraciais de passado escravocrata¹⁵³, este que opera como disciplinador, ordenador e orientador das relações sociais.

Por fim, o último aspecto da obra de Carneiro a ser destacado nesta tese de láurea, trata-se do biopoder, o qual a autora aduz que inscreve a negritude sob o signo da morte. De início, **biopoder na filosofia foucaultiana, refere-se à assunção da vida pelo poder e a consequente inclinação para a estatização do biológico (no sentido de Estado).**¹⁵⁴ Nesse aspecto, o poder soberano que até o século XIX era exercido de modo a poder “fazer morrer e deixar viver”, o biopoder se constituiria enquanto o poder de “fazer viver e deixar morrer”. Essa alteração ao qual Foucault qualifica, seria, uma alteração das técnicas disciplinares, que deixam de atuar essencialmente sobre o corpo dos indivíduos, e passa a atuar sobre a multiplicidade dos indivíduos. Não se trata de uma alteração da disciplina individual pela das massas, mas a incorporação da última refinando a anterior para reger o corpo econômico e político da sociedade pós explosão demográfica no contexto da industrialização.¹⁵⁵ Assim,

¹⁴⁹ Op. Cit., p. 44.

¹⁵⁰ Op. Cit., p. 50.

¹⁵¹ Op. Cit., p. 52. Apud. SOUZA, Jessé. Multiculturalismo, racismo e democracia. P.31.

¹⁵² CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 58

¹⁵³ Importante destacar a ressalva da autora quanto ao fato de a análise do racismo feita por Foucault partiu da experiência do holocausto judeu, portanto, não abarcava esse caráter multirracial construído por Carneiro.

¹⁵⁴ Op. Cit., p. 61. Apud. FOUCAULT, Michel. Em defesa da Sociedade, aula 17 mar. 1976, p. 201.

¹⁵⁵ Op. Cit. P. 62.

“trata-se agora menos do direito de fazer morrer e mais do direito de intervir para fazer viver a massa da população”¹⁵⁶.

Entretanto, a pergunta imediata seria “se o biopoder se inscreve nessa chave de fazer viver e deixar morrer, o que ocorre com a exposição à morte de parte da população?”. A resposta a essa questão é justamente o papel do racismo inserido nesse mecanismo através do seu duplo papel: por um lado, enquanto função negativa fragmenta o campo biológico para dividi-lo em raças introduzindo “um corte entre quem deve viver e quem deve morrer”¹⁵⁷, e por outro, enquanto função positiva, estabelece “quanto mais você deixar morrer, por isso mesmo viverá”¹⁵⁸

Ao desenvolver esse duplo papel do racismo no biopoder, Sueli através de Foucault, estabelece que “o Estado tira a vida de dois modos: pelo assassino direto e pelo assassino indireto, neste caso quando expõe a morte, quando multiplica os riscos de morte, quando promove a morte política dos racialmente inferiores”¹⁵⁹. Isto pois, “o biopoder aciona o dispositivo de racialidade para determinar quem deve morrer e quem deve viver”¹⁶⁰. Nesse aspecto, em última análise, seria o biopoder através do racismo o elemento indispensável para o desenvolvimento do capitalismo¹⁶¹.

Assim, no Brasil, esses vetores que determinam quem é deixado morrer e quem é morto para fazer viver, são corroborados pelos dados que demonstram a desigualdade social em aspectos essenciais da vida, como acesso à saúde, a mortalidade infantil, violência policial.¹⁶² Nesse aspecto, a branquitude e a negritude, portanto, detêm condicionantes diferentes quanto ao viver e ao morrer, dado que o “biopoder enquanto tecnologia de poder voltada à preservação

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Op. Cit. p. 63.

¹⁵⁸ Ibid. Apud. FOUCAULT, Michel. Em defesa da Sociedade, aula 17 mar. 1976, p. 2011-2.

¹⁵⁹ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 65. Apud. FOUCAULT, Michel. Em defesa da Sociedade, aula 17 mar. 1976, p. 2011-2.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ “A definição dos corpos e das parcelas da população adequados para suportar esse processo de desenvolvimento capitalista no momento de industrialização nascente irá determinar, no Brasil, os estoques raciais adequados para essa tarefa. As predisposições raciais definidas para cada grupo humano irão amparar essas escolhas. Os ajustamentos dos fenômenos de população se darão, de um lado, pela política imigratória, como já referido, e, de outro, pelo contrato racial, em que o embranquecimento é tanto um projeto estético e eugenético como uma estratégia de promoção dos grupos raciais considerados adequados para sustentar o processo de modernização econômica.” – Op. Cit. p. 65.

¹⁶² “Nesse contexto, nos dados que vêm sendo produzidos por diferentes agências de pesquisa sobre mortes violentas no Brasil, ecoa a afirmação de Foucault de que “o direito de vida e de morte só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte”. É esse desequilíbrio que vou descrever a seguir enquanto estratégia do biopoder” – Ibid.

da vida de uns e ao abandono de outros para que morram, se presta à determinação sobre o deixar morrer e o deixar viver”.¹⁶³

Como exemplos de práticas decorrentes na sociedade brasileira que inscrevem a racialidade na lógica do biopoder na chave supracitada, Carneiro aborda as mortes de mulheres e homens negros, diferenciado como o controle de biopoder opera diferentemente em cada gênero. No caso do gênero feminino¹⁶⁴, “o controle se dá fundamentalmente por meio do deixar morrer sob o controle da capacidade reprodutiva”¹⁶⁵. Por outro lado, no gênero masculino, “o alvo da estratégia é o corpo do homem negro e a violência se torna o solo constitutivo da produção do gênero masculino negro”.

Em relação ao homem negro, Sueli Carneiro desenvolve o conceito da violência como modo de subjetivação. Nesse excerto, há uma relação direta com o recorte adotado nesta pesquisa, visto que a autora discorre como no “Brasil, o pós **abolição consolidou a racialidade negra como meio delinquente por excelência**, produzindo sobre ela inclusive um dispositivo legal, a Lei da Vadiagem”¹⁶⁶. Partindo desse marco inicial, a autora propõe que, uma vez “abolida” a escravidão, o negro foi excluído do contexto do trabalho, visto que as vagas no campo e na cidade foram ocupadas pelos imigrantes brancos. Igualmente, foram excluídos da possibilidade de ter terras¹⁶⁷, em razão da Lei de Terras. Assim, nesse marco, com o advento da Lei da Vadiagem, a autora sugere que “parece que surge daí o dito popular segundo o qual ‘negro parado é suspeito, correndo é ladrão’”¹⁶⁸.

Nesse contexto, se no tempo do império os sujeitos passivos dos ilícitos se centravam na população negra e branca pobre, que não se enquadrava na relação senhor-escravo, a partir da República, passou a abarcar aqueles despojados da relação de emprego. Inclusive, a Lei da Vadiagem aumentou as penas de trabalhos forçados e de prisão privativa de liberdade, tratando

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Neste trecho do livro, Sueli desenvolve diversas pesquisas que abordam o tratamento médico da mulher negra e como se dá o tratamento diferenciado através da raça. Nesse sentido, deixar viver e deixar morrer se expressa através do contraponto da branquitude a qual se configura como signo que consubstancia na maior expectativa de vida enquanto a negritude é inscrita no signo da morte. Op. Cit., p. 68-78.

¹⁶⁵ Ibid., p. 83.

¹⁶⁶ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 78.

¹⁶⁷ Nesse trecho a autora aborda o artigo “Vadiagem”, de Lúcio Ronaldo Pereira Ribeiro, não tratando diretamente da Lei de Terras. Entretanto, foi esse instrumento jurídico que impossibilitou, antes mesmo da abolição da escravidão, a possibilidade de os antigos escravizados pudessem ter uma pequena porção de terra. A lei foi promulgada dias antes do primeiro instrumento legal “abolicionista”, a Lei Eusébio de Queiroz, muito provavelmente, consciente do processo de esgotamento do modelo escravista sob a pressão internacional, sobretudo da Inglaterra. Dessa forma, a Lei de Terras, ao estipular taxas impossíveis de serem pagas pelos pequenos proprietários rurais, como os ex-escravizados, impedia que estes possuíssem-nas, possibilitando em outra medida o grande latifúndio, dado que a taxa para os proprietários de grandes extensões de terra não representava quase nada.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 79

se de um “retorno” da escravidão pós abolição. Dessa forma, a conexão perversa entre a racialidade e o sistema penal, se construiu também como modo de assegurar a disponibilidade desse contingente populacional como exército de reserva para qualquer das necessidades ou investidas do capital¹⁶⁹.

Assim, essa massa de pessoas marginalizadas, que não foram objeto de inclusão de nenhum projeto do Estado, não foi integrada no status de “cidadão”, tendo a sua liberdade de ir e vir condicionada aos critérios da repressão policial.¹⁷⁰ A consequência, foi a inscrição desse contingente populacional no “âmbito das tecnologias do biopoder por meio das quais o Estado exercitará o seu direito de matar”¹⁷¹. Daí o morticínio da juventude negra¹⁷², que somente se opera diante do descaso das autoridades judiciais que, na chave do delinquente lombrosiano¹⁷³, que fixa o princípio do “mata primeiro, pergunta depois”, não havendo qualquer interesse em apurar quem foi morto, quem matou e porque matou. Ao contrário, nessa relação, a autora indica o fato do erro policial se dar somente quando um branco de classe média é assassinado, o Negro estudado, por sua vez, seria “o negro errado”.¹⁷⁴

Portanto, para Carneiro a composição do dispositivo de racialidade com o biopoder se torna mecanismo de dupla consequência: promoção da vida dos brancos e multicídios de negros na esfera do biopoder:

“Assim, o biopoder instaura nos segmentos inscritos no polo dominado da racialidade uma dinâmica na qual os “cídios” os espreita como ação ou omissão do Estado, enquanto a sociedade se mostra conivente, tolerante ou indiferente. Extermínios, homicídios, assassinatos físicos ou morais, pobreza e miséria crônicas, ausência de

¹⁶⁹ “Este mecanismo de controle, sem dúvida, também era um mecanismo bastante qualificado para o controle sobre a força de trabalho das minorias pobres, notadamente, negros, mulatos, mestiços, cafuzos, mamelucos e estrangeiros pobres. A descrição do tipo da vadiagem, não considerando a possibilidade — tão comum em todos os tempos — do desemprego, mormente no caso dos negros e mulatos —, permitiria que, em tese, num primeiro momento todo aquele que não estivesse trabalhando fosse enquadrado neste tipo legal, o que acarretava, pelo menos, o constrangimento de uma detenção e/ou condução à delegacia.” – Op, cit., p. 79. Apud.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023. P. 78.

¹⁷² Nesse momento ela cita diversos estudos que tratam da violência e mortandade de homens negros, como o exemplo do estudo da UNESCO que classificou o Brasil como quarto país mais violento, em que as mortes violentas entre os jovens negros representam 74%.

¹⁷³ “resultado de uma cultura policial de viés lombrosiano, assentada no princípio do mata primeiro e pergunta depois, uma permissão para matar decorrente da impunidade em relação à violência aos direitos humanos elementares de pessoas às quais não se reconhecem nem direitos nem plena humanidade. Daí por que a negros não se aplicam alguns dos princípios elementares de direitos humanos: o de não ser preso ou detido arbitrariamente e o da presunção de inocência. Desarmado, sem resistir à abordagem policial, Flávio Ferreira Santana é primeiro assassinado fisicamente e depois tenta-se assassiná-lo moralmente.”

¹⁷⁴ “Se a vítima é marginal ou suspeito, não há empenho... o que só ocorre se a polícia comete um erro grosseiro e mata uma pessoa branca, de classe média”. Quando a vítima é um negro bem posicionado socialmente trata-se do negro errado.

políticas de inclusão social, tratamento negativamente diferenciado no acesso à saúde, inscrevem a negritude no signo da morte no Brasil.”¹⁷⁵.

Em suma, para Sueli Carneiro, racialidade e racismo são marcadores de segregação e encerramento da população negra no signo da morte através do dispositivo de racialidade e sua alocação no campo do biopoder, enquanto expressão do poder “fazer viver (branco), deixar morrer (negros)”. Assim, abstrai-se que o direito é consequência desse dispositivo de racialidade, sendo instrumentalizado a partir do biopoder, negando a plena cidadania à população negra e, ao mesmo tempo, utilizado como fundamento para legitimar o morticínio do Estado, sobretudo através da atuação policial.

3.4 Os autores Marxistas: Balibar e Wallerstein, e Almeida.

Diferente do modo como foram expostas as construções teóricas sobre raça e racismo dos dois autores anteriores, ao trazer as reflexões teóricas a partir do campo marxista, não se pretende discorrer sobre cada uma das suas obras selecionadas para esse trabalho. Nesse sentido, por mais inclinado que se possa ser de aprofundar as dimensões teóricas específicas sobre raça e racismo, é preciso lembrar que, em sendo uma pesquisa no âmbito de uma tese de láurea, é necessário um recorte pragmático – até mesmo em função do curto espaço de tempo para elaborá-la. Assim, serão destacados conceitos e reflexões dos autores que melhor se afinaram com o objetivo dessa pesquisa.

De início, criterioso rememorar que não existe um “Marxismo”, mas diversas correntes teóricas que estão mais ou menos alinhadas ao materialismo-histórico-dialético, nas mais diferentes áreas do conhecimento, da economia política ao direito, da filosofia à sociologia.¹⁷⁶ Assim, ressalvadas as diferenças nas elaborações teóricas e aportes metodológicos em particular de cada autor, ao menos quanto ao núcleo da sociabilidade capitalista é preservado. Nesse contexto, considera-se que todos concordam que o capitalismo, enquanto

¹⁷⁵ Ibid., p. 87.

¹⁷⁶ No Direito, em específico, Mascaro divide as correntes em 3 eixos posteriores ao Eixo Clássico, em que se estabelece o pensamento marxista através do próprio Marx e de Engels, sendo estes: (i) um primeiro eixo composto por Lenin, Stunka e Pachukanis, em que o problema fundamental teorizado pelos autores versa sobre a revolução, “fazendo com que se encaminhe a questão prática da transformação política, econômica e jurídica das sociedades presentes”; (ii) o segundo eixo, composto por diversos autores como Gramsci e Lukács, comumente titulada pela tradição como “marxismo ocidental”, em que “trata-se de refletir a respeito das possibilidades e das dificuldades da revolução socialista, ao mesmo tempo em que se abre um campo de análise sobre variadas temáticas que se somam à reflexão marxista como a psicanálise”; e (iii) o terceiro eixo, cunhado como “novo marxismo”, o qual a partir da Althusser, “propõe o resgate da cientificidade do pensamento de Marx, realizando um corte epistemológico em sua obra” seguido por outros autores que buscam um retorno teórico e metodológico ao período clássico e a autores como Pachukanis.

modo de produção, se reproduz por meio da valorização do valor¹⁷⁷, através da exploração do trabalho¹⁷⁸, no contexto da mercantilização e transformação de tudo em mercadoria, gerando como consequência a concentração de capital em posse de poucos, legando aos demais apenas a venda da sua força de trabalho como modo de subsistência.

Ademais, o próprio Marx já indicava que o capitalismo em seu desenvolvimento, adere-se ao contexto histórico-social-econômico de cada realidade ao qual passa a se reproduzir, utilizando das suas estruturas anteriormente construídas para elevar-se e reproduzir a lógica de exploração da classe trabalhadora para reprodução do capital.¹⁷⁹ No exemplo brasileiro, a plataforma preexistente sobre a qual se constituiu a classe trabalhadora e seus balizadores morais, ideológicos e políticos, foi o escravismo colonial. Tal realidade histórica e social legou às bases e estruturações mais intrínsecas do capitalismo brasileiro, a legitimação da exploração a partir do contexto racial, intrinsecamente ligado ao *status quo* e à lógica de acumulação do capital. Ou seja, é a partir do racismo¹⁸⁰, da raça enquanto critério e atributo social historicamente elaborado, que são construídos os aspectos da reprodução das classes sociais e de distribuição de pessoas na hierarquia social.¹⁸¹

3.4.1 Balibar e Wallerstein

Isto posto, os primeiros autores que destaco reflexões para tratar a questão do racismo na perspectiva marxista, são Étienne Balibar e Immanuel Wallerstein, que compilaram alguns ensaios produzidos durante anos no livro “Raça, Nação e Classe: as identidades ambíguas”¹⁸². O objetivo de elaboração da obra, segundo os autores, é elucidar a especificidade do racismo contemporâneo e em que medida ele está relacionado à divisão de classes no capitalismo e as contradições do Estado-nação, bem como refletir em que medida o fenômeno do racismo se articula com o nacionalismo e a luta de classes.¹⁸³ Tal pois, consideram que o fenômeno da

¹⁷⁷ MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo : Boitempo, 2017. Cap. 5, p. 255 – 275.

¹⁷⁸ “O que caracteriza a época capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho”. – MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo : Boitempo, 2017. P. 245, nota 41.

¹⁷⁹ “Por outro lado, a extensão das assim chamadas necessidades imediatas, assim como o modo de sua satisfação, é ela própria um produto histórico e, por isso, depende em grande medida do grau de cultura de um país, mas também, entre outros fatores, de sob quais condições e, por conseguinte, com quais costumes e exigências de vida constituiu-se a classe dos trabalhadores livres de um determinado local. – MARX, Karl. *O Capital: crítica à economia política: livro I: o processo de produção*. P. 246. 2ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2017. Grifado.

¹⁸⁰ “O racismo, cuja essência reside na negação total ou parcial da humanidade do negro e de outros não brancos, constituiu a justificativa para exercitar o domínio sobre os povos de cor.” – GOZALES, Lélia. HASENBALG, Carlos. *Lugar de Negro*. P. 69. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

¹⁸¹ Op. Cit., p. 89.

¹⁸² BALIBAR, Etienne. *Raça, Nação e Classe: as identidades ambíguas*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

¹⁸³ Op. Cit, Prefácio.

divisão da classe operária seria uma característica estrutural das sociedades capitalistas atuais, que determina “todas as perspectivas de transformação revolucionária e até mesmo a organização cotidiana do movimento social”¹⁸⁴.

Nesse contexto, o fundo elementar da discussão é a hegemonia das classes dominantes “[...] que se apoia em sua capacidade de organizar o processo de trabalho, e além disso a própria reprodução da força de trabalho em sentido amplo que engloba, ao mesmo tempo, a subsistência dos trabalhadores e a sua formação cultural”¹⁸⁵. Trata-se aqui, de discutir a subsunção real¹⁸⁶, que constitui o modo de produção capitalista como tal “[...]ou seja, o ponto de não retorno do processo de acumulação do ilimitada e de “valorização do valor” [...]”. Cabe frisar, a importância de indicar que a subsunção real é um dos pontos de partida nucleares das reflexões trazidas adiante, pois, sendo essa uma característica elementar do modo de produção capitalista, um de seus aspectos é justamente a mobilização da violência indireta sob os explorados (e não a direta como no feudalismo ou no escravismo colonial), porque no capitalismo a igualdade formal garantida pela ideologia jurídica, cria mecanismos de violência indireta, inclusive perpetradas pelo aparato estatal. Nesse sentido, na subsunção real, ocorre a abstração total do trabalho, no sentido de que todas as características e habilidades individuais de cada trabalhador são indiferentes ao processo produtivo. Nesse sentido, para os autores, a subsunção real:

“[...] vai muito além da ideia de uma integração dos trabalhadores no mundo do contrato, do rendimento monetário, do direito e da política oficial: ela implica na individualidade humana, que vai desde a educação da força de trabalho até a constituição de uma “ideologia dominante”, suscetível de ser adotada pelos próprios dominados”.

¹⁸⁴ Op. Cit., p.37.

¹⁸⁵ Ibid., p. 38.

¹⁸⁶ A subsunção real ao trabalho é um elemento chave essencial que difere o modo de produção capitalista dos anteriores visto que, “[...] nos modos de produção pré-capitalistas, o domínio de uma classe sobre outras era baseado nas condições objetivas de produção, sendo que os produtores diretos (os que trabalhavam diretamente para produzir um bem) não estavam totalmente separados dos meios de produção, já que mantinham uma relação de posse com eles.” Desse modo, a violência direta da classe dominante sobre os dominados era o recurso essencial para manutenção da exploração. Em oposição, no capitalismo caracterizado pela subsunção real há uma expropriação dos meios de produção objetiva e subjetiva, de modo que “[...] ao contrário, os produtores diretos são expropriados dos meios de produção não apenas no sentido de que não têm a propriedade deles (‘expropriação objetiva’) [...]”, mas, pela ausência de serem capazes de operá-los, “[...] perderam o conhecimento e o domínio sobre os meios de produção e sobre a totalidade do processo de trabalho (‘exploração subjetiva’, ‘subsunção real’ do trabalho ao capital)”. Neste caso, não se autoriza o recurso à violência extraeconômica, mas a de natureza econômica – que é muito mais baseada na ideologia do que na repressão física ou moral direta. O contrato de trabalho, por exemplo, aparece não como uma violência, mas como um ato de vontades em que o trabalhador negocia livremente a sua força de trabalho. Como o trabalhador foi separado do meio de produção, não há necessidade do recurso à violência extraeconômica. – CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **A invenção da Classe Trabalhadora Brasileira: O direito do Trabalho na Constituição da Forma Jurídica no Brasil.** Tese de Titularidade junto ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 43. Apud. Cf. TURCHETTO, Maria. As características específicas da transição ao comunismo. In NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Análise marxista e sociedade de transição*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2005. p. 36.

Em síntese, a partir deste núcleo, os autores trazem reflexões acerca da constituição e permanência dos Estados-nações diante da globalização da mercantilização em contraposição a ideologia uniformizante do universalismo. Nesse aspecto, buscarão responder o porquê da não unificação da forma política estatal em todo o globo, apesar de qualquer barreira para livre troca de mercadorias significar uma perda para o sistema capitalista. Ainda, qual o papel do racismo e do nacionalismo na estruturação de classes e na exploração da classe trabalhadora.

No primeiro ensaio, “Existe um neoracismo?”, Balilar faz conceituações importantes sobre o racismo, a partir da análise da realidade recente francesa, no contexto das imigrações ao país. Portanto, o foco maior do autor nesse contexto está na relação entre o nacionalismo e o racismo, de uma forma que, apesar de considerar uma perspectiva muito diferente da brasileira a qual o escravismo colonial e o marcador biossociológico da cor são essenciais¹⁸⁷, traduzem conceituações que certamente podem ser mobilizadas ressaltadas as diferenças. A priori, Balibar define o racismo como “fenômeno social total”¹⁸⁸ que:

“[...] se inscreve em práticas (diversas formas de violência, de desprezo, de intolerância, de humilhação, de exploração), em discursos e representações como tantas elaborações intelectuais do fantasma de profilaxia ou de segregação (necessidade de purificar o corpo social, de preservar a identidade do “eu”, do “nós, de qualquer promiscuidade, de qualquer mestiçagem, de qualquer invasão), que se articulam em torno de estigmas da alteridade (sobrenome, cor da pele, práticas religiosas). Portanto, ele organiza *afetos* (cujo caráter obsessivo, bem como sua ambivalência “irracional”, a psicologia se consagrou a descrever), conferindo-lhes uma forma estereotipada tanto de seus “objetos” quanto de seus “sujeitos”¹⁸⁹.

Portanto, o racismo, pautado a partir dos elementos da alteridade – no caso brasileiro abstrai-se que seria a cor –, organiza afetos que conferem uma forma estereotipada de seus sujeitos, de modo a criar uma comunidade racista e, por outro lado, obrigam os indivíduos vitimados também a se perceberem como uma comunidade.

Posteriormente, no segundo ensaio da obra, Wallerstein ao discorrer sobre as tensões ideológicas do capitalismo entre o universalismo *versus* racismo e sexism, especifica o papel dos últimos na exploração capitalista em uma relação intrínseca e contraditória com o primeiro. Partindo do pressuposto de que a economia-mundo capitalista, baseia-se na acumulação contínua de capital, que ocorre por meio da mercantilização de tudo através do mercado

¹⁸⁷ Nesse aspecto, concorda-se plenamente com Carneiro, quanto a construção do racismo pautado na cor, no contexto brasileiro.

¹⁸⁸ BALIBAR, Etienne. **Raça, Nação e Classe: as identidades ambíguas**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2021. P.

51

¹⁸⁹ Ibid., p. 52

mundial na forma dos bens, de capital e da força de trabalho, portanto, “tudo que restringe a circulação é hipoteticamente contraindicado”¹⁹⁰. Dessa forma, o capitalismo se vale da ideologia do universalismo¹⁹¹ como um “solvente universal”, que busca dissolver qualquer particularismo que influa no valor dos os bens, do capital e da força de trabalho, de modo a diferenciá-lo de seu valor de mercado, ao criar qualquer espécie de restrição ao fluxo de troca dessas mercadorias.

Desse modo, da mobilização do universalismo haveria, então, duas consequências. A primeira seria a possibilidade de maior eficiência na produção de bens, sobretudo da força de trabalho, visto que, ao dissolver a barreira para o seu emprego possibilitaria, em tese, a alocação de pessoas mais competentes e na ocupação mais adequadas a elas. Desta, decorre o desenvolvimento de mecanismos institucionais inteiros (escolas, normas anti-nepotismo etc.), que desembocaria no sistema “meritocrático”. A segunda consequência, está no emprego desse sistema meritocrático como instrumento de estabilização em termos políticos, considerando que a diferença entre as remunerações se justificariam pelo mérito de cada um individualmente, o que seria “[...] mais aceitável moral e politicamente, pela maioria das pessoas, que o privilégio obtido por herança”.¹⁹²

Entretanto, na prática, Wallerstein defende que ocorre o oposto, visto que o sistema meritocrático seria um dos menos estáveis do ponto de vista político, dado que se aplica na realidade à algumas poucas pessoas em ascensão. Diante disso, uma vez que o universalismo não se realiza na prática e muito menos o sistema meritocrático valida as desigualdades, ou seja, “precisamente devido a essa fragilidade política que o racismo e o sexism entram em cena.”¹⁹³ Nesse aspecto, para o racismo é definido como **não sendo**:

“[...] apenas uma atitude de desdém por uma pessoa de outro grupo, definido por critérios genéticos (como a cor da pele) ou sociais (filiação religiosa, padrões culturais, preferência linguística etc.), nem de medo dessa pessoa. Em geral, o racismo inclui desdém e medo, mas é muito mais que isso. Desdém e medo são secundários em relação ao que define a prática do racismo na economia-mundo capitalista. De fato, seria possível até argumentar que desdém e medo do outro (xenofobia) são aspectos do racismo que envolvem contradição.”¹⁹⁴

¹⁹⁰ Ibid., p. 67.

¹⁹¹ A ideologia universalista trata-se do postulado da igualdade formal entre as pessoas: “O pensamento moderno do Iluminismo, dizem, simplesmente deu um passo adiante nessa lógica monoteísta, derivando igualdade moral e direitos humanos da própria natureza humana, características com as quais todos nascemos, e o resultado disso é que nossos direitos tornaram-se prerrogativas mais que privilégios adquiridos.” - BALIBAR, Etienne. **Raça, Nação e Classe: as identidades ambíguas**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2021. P. 67

¹⁹² Op.cit. p. 68.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴

Essa contradição a que se refere ao final da definição, versa sobre o fato de que, uma vez expulsa uma pessoa através do racismo¹⁹⁵, perde-se a força de trabalho a qual poderia estar sendo explorada para criação do excedente, e “isso representa uma perda para qualquer sistema histórico, mas ela é particularmente significativa no caso de um sistema cuja estrutura e cuja lógica são construídas em torno da acumulação contínua de capital.”¹⁹⁶ Não obstante, apesar do sistema capitalista em expansão precisar de toda mão de obra disponível¹⁹⁷, igualmente, **para maximizar o acúmulo de capital, é necessário minimizar os custos de produção, dentre estes a força de trabalho.** Nesse sentido, a acumulação máxima de capital requer a minimização dos custos com a força de trabalho e, paralelamente, **minimizar os protestos dos explorados.** Assim, para Wallerstein, **a função particular do racismo no capitalismo é desvelada a fim de cumprir estes dois objetivos necessários para maximização do acúmulo de capital.**¹⁹⁸

Isto posto, para explicar como o racismo influiu nessas duas necessidades da maximização do capital, o autor indica que o racismo opera uma “etnização” da força de trabalho, que sempre existiu e determinou uma hierarquização de ocupações e remunerações, partindo de critérios variáveis ao longo da história e localidade. Sobre esse aspecto da etnização, destaca que também operou conforme as necessidades hierárquicas da economia naqueles períodos e lugares.¹⁹⁹ Dessa forma, o racismo possibilita, ao criar raças ou agrupamentos étnico-nacional-religiosos, encerrar esses grupos populacionais em determinados postos da hierarquia fixando os custos com a força de trabalho.²⁰⁰

Nesse contexto, o racismo constante enquanto forma de rancor faria, portanto, “três coisas extremamente bem”: (i) “Permite que se expandam ou se contraiam os contingentes disponíveis, de acordo com as necessidades presentes em qualquer espaço tempo para

¹⁹⁵ Infelizmente, no contexto brasileiro, o termo “expulsar” poderia ser trocado por prender, matar, excluir do mercado de trabalho.

¹⁹⁶ Ibid. p. 69 – destaquei.

¹⁹⁷ Importante ressalvar aqui, a questão do exército de reserva, e das crises circulares do capitalismo que geram desemprego e a distribuição irregular de postos de trabalho ao longo do globo.

¹⁹⁸ “O racismo é a fórmula mágica que concilia esses objetivos.” - Ibid.

¹⁹⁹ Ibid., p. 70.

²⁰⁰ “Ou seja, o racismo sempre combinou alegações baseadas na continuidade do passado (genético e/ou social) com uma flexibilidade orientada para o presente, definindo os limites exatos dessas entidades reificadas que chamamos de raças ou de agrupamentos étnico-nacional-religiosos. A flexibilidade de alegar uma ligação com os limites do passado, combinada com a constante mudança desses limites no presente, adquire a forma de criação e constante recriação de comunidades ou de grupos raciais e/ou étnico-nacional-religiosos. Eles sempre existiram e sempre foram hierarquizados, mas nem sempre são os mesmos. Alguns grupos podem se mover no sistema de classificação; alguns podem desaparecer ou se juntar a outros; outros, ainda, se dividem e geram novos. Mas há sempre alguns que são “pretos”. Se nenhum deles é negro ou existem poucos para desempenhar o papel, há quem invente “negros brancos”. – Ibid.

ocupações menos remuneradas e gratificantes”²⁰¹; (ii) “[...] dá origem e constantemente recria comunidades sociais que, na realidade, socializam crianças para desempenharem papéis apropriados; e (iii) “[...] fornece uma base não meritocrática para justificar as desigualdades”²⁰². Quanto ao último aspecto, o autor dá especial relevância, pois seria este que legitimaria a remuneração mais baixa a um maior segmento dos trabalhadores, em qualquer ocasião, sem, contudo, valer-se da meritocracia.

Assim, o universalismo em uma relação contraditória, porém complementar ao racismo e sexismo²⁰³, permite a maximização do acúmulo de capital, uma vez que o universalismo e a meritocracia “serve como base para que os executivos ou estratos médios possam legitimar o sistema”²⁰⁴, e o racismo com sexismo “serve para que a maioria da força de trabalho funcione muito bem”²⁰⁵. Essa combinação, em razão da sua natureza contraditória, resultaria em um “padrão zigue-zague”²⁰⁶ na medida que diversos grupos adotam um ou outro. Assim, quando grupos passam a tensionar para mobilização do racismo/sexismo, há os casos violentos de massacres ou *apartheid* total, por outro lado, o universalismo levaria a um movimento de equalização. Entretanto, na lógica do autor, nenhum dos dois elementos vão longe demais, dado que o universalismo é barrado pela necessidade de maximizar o acúmulo através da diferença das explorações²⁰⁷, e o racismo/sexismo em seus exemplos extremos encontram barreiras em razão da sua irracionalidade.

Portanto, da obra de Balibar e Wallerstein o racismo seria, além do comumente associado ao desprezo, intolerância etc. com um determinado grupo étnico-nacional-religioso, um mecanismo de controle da classe trabalhadora que, além de levar à exploração acentuada dessas pessoas em postos menos remunerados (quando integrados e não compõem um exército de reserva), legitimam essa equação, confluindo para máxima valorização e acúmulo do capital.

3.4.2 Silvio Almeida

Em diálogo com os autores anteriores, porém especificando a relação entre Estado, capitalismo, racismo, ideologia, e direito, Silvo Almeida propõe uma “*análise materialista do*

²⁰¹ Ibid. p. 71.

²⁰² Op. Cit., p. 71.

²⁰³ Não adentrei no mérito do sexismo, mas este, em apertada síntese influi na agregação de mais-valor através do trabalho doméstico não remunerado, bem como legitima a desigualdade salarial entre homens e mulheres. Op. cit., p. 71-72.

²⁰⁴ Ibid., p. 72

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid., p. 73.

²⁰⁷ “Assim, é muito mais fácil evitar que o universalismo vá muito longe. Em nome do próprio universalismo, basta denunciar o chamado racismo reverso sempre que forem tomadas medidas para desmantelar os aparatos institucionalizados do racismo e do sexismo” – Ibid., p. 73.

racismo”²⁰⁸. Esta análise parte da crítica à insuficiência, tanto aos teóricos liberais e jus positivistas que atribuem ao culturalismo, psicologia ou educação a problemática do racismo²⁰⁹, quanto aos teóricos marxistas que ignoram o fato do racismo, enquanto fenômeno social, estruturar as relações de classe²¹⁰. Assim, o autor busca “[...] 1) entender a forma social do racismo ou, em outros termos, como o racismo se objetiva e se reproduz em relações relativamente determinadas pela sociabilidade capitalista;”²¹¹ e “[...] 2) entender se o vínculo entre o processo de valorização do valor e as práticas racistas é estrutural ou simplesmente circunstancial.”²¹²

Partindo dessa premissa, o autor discorre quanto a relação entre Estado, nacionalismo e ideologia. Nesse aspecto, destaca a relevância da ideologia do nacionalismo e seu papel integrador, que “[...] preenche as enormes fissuras da sociedade capitalista, afastando a percepção acerca dos conflitos de classe, de grupos e, em particular, da violência sistemática do processo produtivo”²¹³. Entretanto, adverte que o nacionalismo e seu derivado, o racismo, não devem ser reduzidos a essa explicação funcional de sua existência, visto que, apesar de parcialmente correta, seria uma explicação frágil em contextos, por exemplo, em que há conflitos de classe entre etnias ou grupos religiosos abertamente. Assim, defende **uma análise relacional histórica e estrutural do racismo**, entre a sociabilidade capitalista e a reprodução da ideologia racista.²¹⁴

Primeiramente, quanto ao Estado, seu papel na sociabilidade capitalista é específica quando comparado aos outros modos de produção, dado que, representa a instituição central do capitalismo, a partir da sociabilidade construída pela relação entre indivíduos formalmente livres, iguais e proprietários, no qual a força de trabalho também é uma mercadoria.²¹⁵ Desse modo, o Estado na sociabilidade capitalista, enquanto ente apartado das relações econômicas e

²⁰⁸ ALMEIDA, S. L. de. **Estado, Direito e análise materialista do racismo**. In: Celso Naoto Kashiura Junior; Oswaldo Akamine Junior, Tarso de Melo. (Org.). **Para a crítica do direito:** reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. 1.ed. São Paulo: Outras Expressões; Dobra universitária, 2015, p. 747-767

²⁰⁹ “A perspectiva liberal tem se mostrado insuficiente para a compreensão do racismo enquanto prática social concreta que, para além dos aspectos morais e culturais, manifesta-se nos planos da economia e da política. *O racismo estrutura relações de poder*, de tal sorte que sua inteligibilidade histórica passa por uma investigação sobre os liames existentes entre a discriminação racial e a reprodução da vida social.” – Op. Cit., p. 747

²¹⁰“Se é pretensão do materialismo histórico dar conta da realidade concreta, tendo como ponto de partida relações sociais igualmente concretas, o racismo é um fenômeno que não pode ser desprezado. Longe de se reduzir a um dado meramente psicológico, o racismo é, antes de tudo, uma relação social. [...] São estes os indivíduos concretos que compõem as classes à medida que se constituem concomitantemente como “classe” e como “minoria” nas condições estruturais do capitalismo. *Para entender as classes em seu sentido material, portanto, é preciso, antes de tudo, dirigir o olhar para a situação real das minorias.*” – Op. Cit., p. 748

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid., p.752

²¹⁴ Ibid., p.751

²¹⁵ Ibid

pretensamente imparcial, representado pela forma-Estado tem como papel manter “ordem e a “internalização das múltiplas contradições”, seja pela coação física, seja por meio da produção de discursos ideológicos justificadores da dominação”²¹⁶.

Nesse contexto, em seu desenvolvimento o capitalismo apoiou-se no “[...]Estado como aparato de violência institucionalizada e como sustentáculo da ideologia nacionalista como fator de integração”. Isso porque, para reproduzir-se manter-se estável, é necessário manter o funcionamento da exploração para extração da mais-valia, em uma realidade permeada por contradições inerentes e estruturais ao próprio modo de produção. Assim, “*Pela ação do Estado e pela conformação normativa operada pelo direito, os indivíduos serão sujeitos de direito, cidadãos, eleitores, empregados etc.*”²¹⁷. Não obstante, ainda entre os elementos necessários para reprodução do modo de produção capitalista, mesmo seus elementos mais intrínsecos como a produção e a extração da mais-valia, dependem de diversos fatores extraeconômicos.²¹⁸ Entre eles, a ideologia, que em apertada síntese, representa o imaginário, forjado pelas práticas sociais concretas levadas ao plano da consciência dos indivíduos, que normaliza a exploração e opressão que marcam a reprodução social. Assim, a ideologia, através da escola, da família, ambiente de trabalho, ou seja, nos diversos aparelhos sustentados pelo Estado, “forma as subjetividades através de uma prática material que interpela o indivíduo e o transforma em sujeito para além da sua vontade e consciência.”²¹⁹

Nesse sentido, a ideologia do nacionalismo permite que os indivíduos se vejam como parte de um mesmo povo, no interior de um território, sob o domínio de uma soberania. Partindo disso, é possível estabelecer o Estado-nação, que permitirá a integração desse povo sob o processo de subjetivização necessário ao capitalismo, controlando e vigilando essa população.

“A questão da delimitação territorial e da construção da nacionalidade merece particular atenção devido às implicações sobre o tema aqui tratado. Como muito bem destaca Joachim Hirsch, o controle da população pelo Estado, o que engloba o processo de formação das subjetividades adaptadas ao capitalismo, depende de um

²¹⁶ Ibid

²¹⁷ “No capitalismo as relações políticas tomam a forma de um Estado impessoal e exterior à vida social que, paradoxalmente, *estabiliza* a sociedade mantendo o processo de individualização e a separação de classe que caracterizam o capitalismo, mas que, ao mesmo tempo, atua para impedir que os antagonismos e os conflitos destruam a vida social. Por isso, o controle estatal da sociedade dar-se-á por meio do estabelecimento de critérios de classificação dos indivíduos de modo que as identidades subjetivas estão diretamente relacionadas ao processo de reprodução social. *Pela ação do Estado e pela conformação normativa operada pelo direito, os indivíduos serão sujeitos de direito, cidadãos, eleitores, empregados etc.*” – Ibid.

²¹⁸ Mas mesmo a produção e a extração da mais-valia, processos que dão especificidade ao capitalismo, não são estritamente econômicos, e dependem de uma série de condições extra-econômicas para se reproduzir. A integração dos indivíduos ao capitalismo é um processo histórico que envolve uma dinâmica de criação, de readaptação e de dissolução de valores, tradições e costumes. Por conseguinte, a exploração e a opressão que marcam a reprodução social se *normalizam* a partir de um *imaginário* derivado das *formas sociais*.

²¹⁹ Ibid., p. 753.

planejamento territorial que permita o controle e a vigilância da população. O controle da natalidade, a definição dos critérios de entrada e permanência no território consoante elementos de nacionalidade determinados pelo direito, a criação de *guetos* ou de reservas para certos grupos sociais (também definidos, direta ou indiretamente, segundo padrões étnicos, culturais ou religiosos), o estabelecimento de condições jurídicas para o reconhecimento de territórios ou de propriedades coletivas segundo a *identidade de grupo* (quilombolas, indígenas etc.) demonstram a sobejo como a nacionalidade e a dominação capitalista se apóiam em uma construção espaço-identitária que pode ser vista na classificação racial, étnica, religiosa e sexual de indivíduos como estratégia de poder”²²⁰

A partir dessa construção sobre o nacionalismo, o racismo seria seu “[...] resultado mais bem acabado [...]”, erigido a partir do imaginário social de inferioridade, intelectual ou moral de um grupo de indivíduos sobre outros, que decorre da sua divisão em raças superiores e inferiores, em que somente os primeiros teriam o status de “seres humanos”.²²¹ Assim sendo, **o racismo não é um ato isolado de preconceito, mas sim um processo social de assujeitamento**, em que “[...]as práticas, o discurso e a consciência dos racistas e das vítimas do racismo são produzidos e reproduzidos socialmente”²²². Consequentemente, o racismo implica na superexploração do grupo classificado como inferior, bem como na sua violência sistemática, estando inscrito nas estruturas sociais e no modo de funcionamento da política e da economia, que só se reproduz sustentado pelo poder estatal. Desse modo, o racismo não se define unicamente “[...]pelos atos de preconceito, mas também como indiferença que “normaliza” a desigualdade racial”²²³.

Nesse aspecto, o racismo enquanto ideologia, “*movimenta o inconsciente*, podendo a partir daí moldar as práticas materiais que dão unidade e justificação às contradições e antagonismos sociais.”²²⁴ Ainda, seria resultante de um processo que “[...]depende, essencialmente, de condições *estruturais e institucionais* para que práticas discriminatórias possam “atingir” a formação dos afetos e da consciência dos indivíduos.” Entretanto, o racismo se constitui não só em um processo dependente da consciência, em que o irracionalismo constrói a ideia de raças dominantes e dominadas, mas também, no mesmo sentido de Balibar e Wallerstein, se complementa com a racionalização efetivada pelos discursos “científicos” racistas.

Sobre a particularidade do racismo no capitalismo, Almeida destaca que o fenômeno do racismo não é exclusivo desse modo de produção, entretanto, “dar ao racismo um caráter

²²⁰ Ibid., p. 754

²²¹ Ibid., p. 755

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid. 756.

eterno e universal apenas encobre o fato de que se faz referência a algo *específico*, integrado às práticas sociais deste tempo histórico e que se define segundo a lógica do capitalismo”. Portanto, é no capitalismo que o racismo garante que o trabalho seja realmente submetido ao capital, retirando qualquer relevância individual do trabalhador, de modo que:

“A institucionalização das diferenças raciais e de gênero garante que o trabalho seja realmente submetido ao capital, uma vez que o racismo retirará do trabalhador qualquer relevância enquanto indivíduo. No mundo (racista), o “negro” não tem condição de reivindicar um “tratamento igualitário” ou exigir que suas “diferenças” sejam respeitadas; o tratamento dispensado ao trabalhador e até mesmo as suas “diferenças” não dependem dele ou do que venha a achar de si mesmo. A forma como o trabalhador será tratado, o que é “justo” ou não e até onde pode ir em suas reivindicações vai depender única e exclusivamente das determinações da produção capitalista e da replicação da forma-valor. Assim é que o racismo se conecta à subsunção real do trabalho ao capital, uma vez que a identidade será definida segundo os padrões de funcionamento da produção capitalista. Por esse motivo é que o racismo enquanto “dominação” convive pacificamente com a subjetividade jurídica, as normas estatais, a impessoalidade da técnica jurídica e a afirmação universal dos direitos do homem, elementos diretamente ligados ao processo de abstração do trabalho”

Adiante, na esteira da análise materialista do racismo elaborada por Almeida, cabe ressaltar sua concepção enquanto estrutural e institucional e sua relação com a violência estatal, o sistema penal e prisional. Nesse contexto, Almeida entende que o racismo tem três dimensões: individual, institucional e estrutural. Essa classificação atende à relação do racismo com três critérios, subjetividade, Estado e economia.²²⁵

A concepção individual de racismo o concebe como um fenômeno ético ou psicológico, de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados que, como consequência, não reconhece o racismo em si, mas atribui ao preconceito decorrente de uma irracionalidade. Assim, a concepção individual de racismo, carece de elementos históricos e leva a uma concepção que nega a existência de sociedades ou instituições racistas, confluindo para percepção de que somente há indivíduos racistas²²⁶.

A concepção institucional, por outro lado, partindo da concepção de que “[...]é no interior das regras institucionais que os indivíduos tornam-se sujeitos, visto que suas ações e seus comportamentos são inseridos em um conjunto de significados previamente estabelecidos na estrutura social”²²⁷, explicam a desigualdade racial a partir da hegemonia de determinados grupos nas instituições em detrimento de outras. Isso porque, a desigualdade racial não se dá apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, “mas fundamentalmente porque as instituições são hegemonizadas por determinados grupos raciais que utilizam

²²⁵ O que é racismo estrutural? P. 28

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid., p. 30.

mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos”. Dessa forma, nesta concepção o racismo é uma dominação a partir do poder exercido por um grupo racial por outro, dado que um deste detém a hegemonia dentro de uma instituição, como por exemplo, o judiciário e o Ministério Público.

Por outro lado, a concepção estrutural se constitui como aquela que melhor comprehende o fenômeno do racismo, dado que este é decorrente da própria estrutura social “ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional”²²⁸. O racismo decorre, dessa forma, de um processo histórico, que no caso brasileiro tem suas raízes na colonização baseada no escravismo, sendo inscrito nas relações sociais atravessando todas as instituições e ditando a divisão de classes e sua estruturação de modo a viabilizar a exploração daquelas vítimas do racismo.

Por fim, quanto a interrelação do racismo com a violência estatal direta e indireta pelo sistema penal, esta se dá – bem como introduzido em “Raça, nação e classe”, através do vínculo com o universalismo. Isso porque, como decorrência do universalismo, a meritocracia é insuficiente para sustentar o discurso que penetra na subjetividade acerca da legitimação da desigualdade entre indivíduos a partir da sua competência pessoal. Assim, diante dessa insuficiência o racismo legitima os privilégios e a desigualdade unindo-se ao anterior. Entretanto, para manter-se, esse racismo meritocrático necessita ser institucionalizado, o que é perpetrado pelo Estado através, por exemplo, dos filtros representados pelos vestibulares e concursos.

Nesse contexto, o sistema penal é responsável por complementar a institucionalização do sistema meritocrático, visto que “[...]estabelece o controle carcerário da pobreza e estigmatizando jovens negros, cuja inserção em esquemas de trabalho altamente precarizados e até mesmo a eliminação física serão vistos com “normalidade” por parte significativa da sociedade”²²⁹. Nessa vereda, o racismo também se relaciona ao sistema penal diante de seu papel exercido nas crises do capitalismo. Diante da acentuação das desigualdades geradas pelas crises do capitalismo, “[...] o racismo, o sexism e todas as discriminações sociais assumem sua face mais cruel nesse contexto de disputa e esfacelamento da sociabilidade regida pelo trabalho abstrato”²³⁰. Assim, o exemplo do encarceramento em massa e da violência policial são aceitos e realizados dado que:

²²⁸ Ibid. 38.

²²⁹ Op. Cit., p. 760.

²³⁰

“O encarceramento e o assassinato pelas forças policiais do Estado são “aceitos” por parte da sociedade justamente **pelo fato deste processo atingir especialmente jovens negros e moradores da periferia**, ocasião em que a compatibilidade da organização espacial e racial da sociedade mostra-se totalmente compatível com o funcionamento regular do capitalismo.”²³¹

Em síntese, abstrai-se a partir das obras de Almeida, que o racismo é um fenômeno estrutural além de uma ideologia, sendo intrínseco ao processo de valorização do valor através da exploração de classe que é pautada e constituída a partir do critério racial. Além disso, permite a utilização de violência contra determinados grupos, diante do efeito de sua aceitabilidade social, consubstanciada na inferioridade de uma raça em relação a outra. Adiante, serão explorados os efeitos do racismo na seletividade penal a partir do conceito de criminalização secundária.

4. SELETIVIDADE PENAL E RACISMO

4.1 A criminalização primária e secundária em Batista, Slokar e Zaffaroni

As perguntas que impulsionaram a presente pesquisa, podem ser agrupadas e resumidas na tentativa de compreender o porquê de o sistema penal brasileiro selecionar, no caso do tráfico de drogas, mais pessoas negras que brancas no processo de criminalização, mesmo que as primeiras detenham menos drogas que as segundas. Dessa forma, a pergunta está relacionada a uma característica intrínseca do sistema penal, qual seja, a seletividade. Esta, no contexto brasileiro, se expressa ligada intrinsecamente ao racismo, que, na visão deste trabalho, representa uma relação de determinação e sobredeterminação recíprocas, uma imbricação entre a seletividade e o racismo estrutural, no cenário da sociabilidade capitalista. Para tentar compreender esse fenômeno da seletividade penal, serão mobilizados os conceitos de criminalização primária e secundária defendidos por Zaffaroni e Slokar, complementados pela perspectiva materialista histórico-dialética de Valéria Vegh Weis, em um trabalho recentemente lançado.

Iniciando por Zaffaroni, Batista e Slokar, os autores descrevem a seletividade penal a partir do poder punitivo, para tanto é necessário dar um passo atrás e explicar a concepção de direito penal para os autores, que posteriormente terá outra formulação por Weis. O **direito penal** é definido como “[...]o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder

²³¹ Ibid., p. 765.

punitivo para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”²³². Nesse contexto, o **poder punitivo** é conceituado como a coação estatal, “caracterizada por sanções diferentes daquelas empregadas pelos demais ramos do saber jurídico: as penas”.²³³ Partindo desse conceito, alguns pontos fulcrais devem ser destacados.

Primeiro, que esta concepção parte do ideal de Estado Democrático de Direito. Para os autores, entretanto, nenhum Estado de Direito é puro, existindo em uma relação dialética onde “não há estados de direitos reais (históricos perfeitos), mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) o estado de polícia neles enclausurado.”²³⁴ Nesse sentido, portanto, o direito penal racionalizaria o poder punitivo do estado, funcionando como um impulsionador do progresso do estado de direito.

Posteriormente, ao abranger a seletividade penal, será compreendido que o seu funcionamento no sistema penal serve para uma desigual distribuição do poder punitivo, beneficiando determinados setores sociais. Entretanto, é defendido que, apesar desse “beneficiamento”, a seletividade não opera “sobre os vulneráveis porque alguma coisa ou alguém maneja todo o sistema penal de modo harmônico”²³⁵. Portanto, não haveria uma

²³² Ao ocupar o conceito de direito penal este é explicado que este: “a) Trata-se, de antemão, de um *ramo do saber jurídico ou dos juristas*. Como tal, vai em busca de um objetivo prático: procura o conhecimento para orientar as decisões Judiciais; b) Na forma republicana de governo, as decisões Judiciais -que também são atos de governo - devem ser racionais, o que implica não serem elas contraditórias (embora a racionalidade não se esgote com esta condição), Daí decorre que seu objeto não se limite a oferecer orientações, mas também que deva fazê-lo em forma de *sistema*, c) O sistema orientador de decisões é construído segundo a *interpretação das leis penais*, que se distinguem das não-penais pela pena. O direito penal requer, pois, um conceito de pena que lhe permita delimitar seu universo, d) Este conceito de pena deve ter amplitude para abranger tanto as penas lícitas quanto as ilícitas, porque de outro modo o direito penal não poderia distinguir o poder punitivo lícito (constitucional) daquele que não o é. Por isso, o direito penal *interpreta as leis penais sempre no marco das outras leis que as condicionam e limitam* (constitucionais, internacionais etc,); e) O sistema orientador que é proposto aos juízes deve ter por objeto *conter e reduzir* o poder punitivo. Não são os juízes que exercem o poder punitivo, mas sim as agências executivas, de acordo com o maior ou menor espaço que lhes concedam as agências políticas (legislativas) e que o poder jurídico (*judicial*) não lhes pode suprimir. O poder de que os juízes dispõem é de contenção e, às vezes, de redução. *A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.*”

ZAFFARONI [AT. AL] Direito Penal Brasileiro, Ed.Revan 2019. Rio de Janeiro. . P. 40.

²³³ Ibid. p. 39.

²³⁴ Ibid. p. 41.

²³⁵ Op.cit. p. 49.

“conspiração” que levaria a um bode expiatório (classe, setor hegemônico, partido oficial, grupo econômico, quando não grupos religiosos ou étnicos)”²³⁶

Partindo desses dois elementos, portanto, abstrai-se que a concepção posterior de seletividade penal, não envolve uma crítica ao ideal de estado, nem à forma do direito penal, de modo que não se pauta na funcionalidade do Estado e do direito penal na sociabilidade capitalista. O direito penal aparece, em última análise, como um instrumento racionalizador do poder punitivo estatal, a qual o seu “sucesso” seria determinante para constituição de um estado de direito frente ao estado policial. Nesse contexto, em que pese a importância pragmática da defesa desse ideal de direito em razão das garantias dele provenientes, é criterioso já postular que essa concepção ignora a própria essência do Estado e do direito penal enquanto personagens centrais da opressão de classe e da reprodução do modo de produção capitalista, conforme indicado no início dessa tese, e posteriormente considerado por Weis.

Dito isso, passamos à conceituação da seletividade penal a partir dos conceitos de criminalização primária e secundária. Intrínseco ao exercício do poder punitivo está o fenômeno da seletividade que se perfaz através da criminalização, definida como a seleção penalizante das agências do sistema penal, que seleciona um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes a pena.²³⁷ Essa criminalização ocorre, primeiramente, no ato e no efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas²³⁸. Nesse contexto, a criminalização primária representa um “ato formal fundamentalmente programático”, representado pela elaboração legislativa pelos agentes primários (poder legislativo e executivo).

Paralelamente, a criminalização secundária representa “a **ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas**, que acontece quando **as agências policiais** detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na da liberdade de ir e vir”. Posteriormente, então, essa pessoa é submetida “à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação). Assim, caso seja compreendido que o acusado cometeu aquela ação “autoriza-se a

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Op. cit., p. 43.

²³⁸ Aqui, pontuo que que também as leis processuais realizam o mesmo processo de criminalização primária. Exemplo perfeito, é a lei processual no que tange à prisão preventiva, que coloca como pressuposto assegurar a aplicação da lei penal, que envolve, no dia-a-dia, a comprovação de endereço fixo, o que leva a muitas pessoas em situação de vulnerabilidade serem presas preventivamente.

imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).”²³⁹

Nesse sentido, o caráter seletivo apresentado pela criminalização secundária, decorre da impossibilidade dos agentes secundários (sobretudo a polícia) darem cabo do projeto da criminalização primária, gerando o que é chamado de cifra oculta. Para Zaffaroni Batista e Slokar, os agentes primários não anteveem a quem caberá na materialidade e individualmente a seleção que habilitam. Assim, em razão da limitada capacidade operacional das agências secundárias, estas criarião critérios próprios para procederem sua atividade, bem como serão condicionadas por fatores sociais externos (como os empresários morais da mídia). Ao criarem esses critérios, a criminalização secundária irá selecionar tanto as pessoas criminalizadas quanto às vítimas que serão protegidas.²⁴⁰ Nessa vereda, a criminalização secundária é compreendida a partir de uma regra geral que se traduz na seleção:

(a) por fatos burdos ou grosseiros (**a obra tosca da criminalidade cuja detecção é mais fácil**), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva). No plano jurídico, é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas *perante à lei* também *na lei*. O princípio **constitucional da isonomia** (art. 5º CR) é violável não apenas **quando** a lei distingue pessoas, mas **também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitraria) dela**.

Quanto aos crimes toscos, estes são mais operacionalizados pela seleção da criminalização secundária por serem mais fáceis de investigar, apurar, atestar e comprovar. Inclusive, um dos crimes indicados como exemplo dessa criminalidade tosca é justamente o “pequeno tráfico de tóxicos”. Por outro lado, as pessoas que “têm baixas defesas perante o poder punitivo” se tornam as principais selecionadas pela criminalização secundária. Isso por diversos fatores, mas o principal deles é o estereótipo. A formação do estereótipo está amplamente ligada ao fato destas pessoas terem acesso justamente à criminalidade tosca, de modo que: “os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes”.

Assim, estas pessoas que têm baixas defesas perante o poder punitivo serão mais vulneráveis em razão (i) das suas características pessoais se circunscreverem às do estereótipo social delinquente; (ii) da educação recebida que resulta na possibilidade de executar apenas crimes toscos de fácil detecção; (iii) da etiquetagem que “suscita a assunção do papel

²³⁹ Ibid. p. 43

²⁴⁰ Op. cit. p. 44-46.

correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (profecia que se autorrealiza)”²⁴¹. Desse modo, “as agencias acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível”²⁴²

Fundamentados nesses elementos, os autores explicam que na sociedade existe um “adestramento diferencial”, que irá resultar em qual tipo de delito, mais ou menos refinado, determinada classe de pessoas poderá executar. Por consequência, aquelas que são adestradas de forma mais simples, realizará crimes mais simples, que por sua vez, serão mais facilmente selecionados, gerando também um estereótipo criminoso sobre essas pessoas. A partir disso, em razão da errônea assunção de que as classes subalternas realizam mais delitos, também é criada a falsa percepção humanista de que a pobreza, a educação deficiente etc. “**são causas do delito, quando na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses seguimentos sociais**”²⁴³. Desse modo, na verdade, a principal causa da criminalidade tosca, seria justamente “a sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento.

Por consequência dessa relação entre o adestramento diferencial, as obras tocas e a formação do estereótipo criminoso, como antecipado acima, os autores defendem que a criminalização secundária, apesar de beneficiar certos grupos sociais, não é orquestrada de modo uniforme. Pelo contrário, as diversas agências detêm interesses próprios, as vezes conflitantes, de modo que a atuação do sistema penal e de sua seletividade, se daria a partir de um “equilíbrio inconstante”²⁴⁴.

Portanto, os autores concluem que a criminalização secundária atua como um filtro, que seleciona as pessoas a serem criminalizadas de acordo com seu grau de vulnerabilidade ao poder punitivo. Esse grau de vulnerabilidade é dividido em três níveis: (a) as mais vulneráveis, por se circunscreverem ao estereótipo criminal “por isso, se tornam mais

²⁴¹ Ibid. p. 47. “

²⁴² Op. cit., p. 47.

²⁴³ Ibid. p. 48.

²⁴⁴ Longe de atuar como um todo harmônico (como a **concepção conspiratória** sugeriria), o sistema penal o faz de modo parcelado e compartmentalizado, no qual cada agência tem seus próprios interesses setoriais e as vezes corporativos e, por conseguinte, seus próprios critérios de qualidade, seus discursos externos e internos, seus mecanismos de recrutamento e treinamento etc. Estas agências disputam poder e, portanto, há entre elas um *equilíbrio inconstante*, caracterizado mais por antagonismos do que por relações de cooperação. O esforço de **todas** elas provoca o **equilíbrio precário** que é percebido exteriormente como uma harmonia e, em consequência, estimula a **concepção conspiratória**. Ibid., p. 49. – Destaquei.

vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalização por estereótipo); (b) as vulneráveis com muito menos frequência, por serem pessoas que não se enquadram no estereótipo do criminoso, mas que cometem crimes brutais e, em razão disso, se vulnerabilizam ao poder punitivo (criminalização por comportamento grotesco ou trágico) e; (c) as pessoas quase invulneráveis ao poder punitivo, que em razão de uma disputa de poder hegemônico, sofre uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devida à falta de cobertura).²⁴⁵

Outros dois aspectos atrelados à criminalização elencados pelos autores, referem-se ao poder das agências de criminalização. Esse poder é conferido de modo destacado às agências policiais, visto que, na concepção dos autores, a agências primárias ao realizarem a criminalização primária não sabem contra quem a seleção será exercida individualmente, somado ao fato de que as agências judiciais se limitariam a resolver “os poucos casos selecionados pelas policiais, e finalmente as penitenciárias recolhe algumas pessoas entre as selecionadas pelas agências anteriores”²⁴⁶. Como resultado, isso implica que, na prática, o poder criminalizante secundário é bastante escasso como poder de controle social, **isto é, na verdade a prevenção e o castigo do delito não representam o verdadeiro poder do sistema penal.** Tal pois, o número das pessoas criminalizadas será muito pequeno considerando toda a população que comete delitos. Partindo disso, a pergunta que se forma, portanto, é: qual o verdadeiro poder político do sistema penal, enquanto poder de controle social?

A resposta dada pelos autores, é de que “a criminalização secundária é quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável **controle configurador positivo da vida social**, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas”²⁴⁷. Esse poder configurador da vida social, verdadeiro poder político do sistema penal, atua em diversas dimensões, sob o argumento da prevenção e vigília para segurança ou investigação com vistas à criminalização, conferindo aos agentes policiais “um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente, mas significativo que o da reduzida criminalização secundária”²⁴⁸.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid. P. 52.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid.

Nesse aspecto, esse controle configurar positivo é caracterizado por ser legal, ou seja, “conferido de maneira firmal através de leis das agências políticas”. Ocorre que, paralelo a este poder formal, de modo intrínseco e estrutural, há o que os autores cunham como “sistema penal subterrâneo”, consistente em um poder punitivo paralelo, que todas as agências executivas exercem, e que representa um “[...] conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências do sistema penal[...].”²⁴⁹ sendo “[...]mais ou menos amplo na razão direta da violência das agências executivas e na razão inversa do controle que sofram da parte de outras agências”. Assim, o verdadeiro poder político de controle social, representado pelo controle configurador positivo, é exercido inseparavelmente do sistema penal subterrâneo, de modo que, em sua totalidade, o sistema penal não cumpre com os discursos a que se propõe oficialmente e, ainda, exerce o controle social mediante atos ilícitos.

Por fim, ao elaborar especificamente a seleção policizante, os autores destacam os seguintes pontos: (i) a policização e (ii) a mobilização do sistema penal subterrâneo como fonte de financiamento para as próprias atividades policiais. Quanto a esse último aspecto, é criterioso destacar o trabalho de Jéssica da Mata, que demonstrou o funcionamento do direito penal subterrâneo como algo muito mais intrínseco que simplesmente o financiamento das atividades policiais em São Paulo. Em verdade, o sistema penal subterrâneo é intrínseco permeando a lógica de produtividade da organização policial, refletindo no que foi cunhado como “política do enquadro”.²⁵⁰ Quanto a policização, está é definida como “o processo de seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agencias policiais militares”. Nesse contexto, apesar de, novamente, descartar o que consideram uma explicação conspiratória, os autores destacam que:

“a policização é um processo de assimilação institucional violador dos direitos humanos e tão seletivo quanto a criminalização e a vitimização, que recai preferencialmente sobre homens jovens das camadas pobres da população, vulneráveis a tal seletividade em razão direta dos índices de desemprego”.²⁵¹

Antes de passar para a análise da seletividade penal a partir de Weis, algumas considerações. Primeiro, apesar da alegada relação dialética existente entre o estado de direito e o estado de polícia, os autores supracitados ainda partem de uma análise que concebe o sistema penal a partir do estado de direito, colocando-o como um racionalizado de seu poder punitivo

²⁴⁹ Op. cit.

²⁵⁰ Mata, Jéssica da. **A política do enquadro**. 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁵¹ Op. cit. p. 57.

que decidirá o grau de sucesso da primeira forma de estado frente à segunda. Além disso, apesar de reconhecer que o verdadeiro poder social do sistema penal não se encontra no controle e punição dos delitos, mas sim no controle configurador positivo da vida social (intrinsecamente ligado ao sistema penal subterrâneo), não há uma análise sistemática de como esse poder se relaciona com a sociabilidade capitalista. Pelo contrário, ao reconhecer que a criminalização seleciona as camadas mais pobres e vulneráveis, distancia essa seleção da lógica capitalista, sob o argumento que as diversas agências do poder punitivo têm interesses particulares.

Por fim, ao discorrer sobre o estereótipo criminal que é determinante para a criminalização secundária, constrói a partir de uma interrelação entre a criminalidade tosca, sua fácil apreensão pelas agências executoras, o que leva – em um aparente círculo – à formação dos estereótipos. Tal composição apesar também ser composta por influência da mídia, e demais questões sociais e étnicas, não aborda com profundidade a relação intrínseca que esse estereótipo detém com o racismo estrutural, que conforme abordado no capítulo anterior também está intrinsecamente ligado à sociabilidade capitalista. Desse modo, como fará a próxima autora, os conceitos apresentados por Zaffaroni, Batista e Slokar na obra mobilizada, apesar do seu indiscutível valor teórico, deve ser somado à crítica materialista criminológica. Somada a última, também é indispensável, no contexto brasileiro, à crítica negra à punição.

4.2 A seletividade penal a partir do materialismo histórico

Em recente obra publicada, intitulada “Todo preso es político, uma história sobre la (in)justicia penal”, Vakéria Vegh Weis, propõe uma análise da seletividade penal a partir do materialismo histórico²⁵². Dessa forma, busca ressignificar o conceito de seletividade penal “a partir de uma perspectiva histórica, holística e multi-dimensional, desentranhando o grande paradoxo do sistema penal: um dispositivo que se vende prometendo justiça, mas somente tem redobrado a desigualdade em cada uma das suas instâncias”²⁵³. Nesse sentido, absorve parte dos conceitos elementares de criminalização primária e secundária elaborados pelos autores anteriores, para posteriormente analisar a seletividade penal nas diferentes teorias criminológicas, afirmando a conceituação materialista da seletividade. Assim, propõem que a seletividade penal é um fenômeno intrínseco ao capitalismo que se desenvolveu juntamente com o modo de produção. Para tanto, irá analisar a seletividade penal em três períodos sócio-

²⁵² Vegh Weis, Valeria Todo preso es político : una historia sobre la in-justicia penal. 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2024. P. 53-64.

²⁵³ Op. cit. p. 26 – Tradução Própria.

históricos diferentes: a seletividade penal originária (fim do século XV e começo do século XVIII), a seletividade penal disciplinaria (fim do século XVIII e fim do século XX) e a seletividade penal bulímica (fim do século XX até o vigente século XXI).

Indo direto ao ponto que diferencia a sua concepção de seletividade penal dos autores anteriores, destaca-se que: (I) a seletividade penal não é um fenômeno contemporâneo, mas histórico e intrínseco ao modo de produção capitalista desde suas origens em escala global; (II) a seletividade penal não opera somente no nível da criminalização secundária, mas também na criminalização primária; (III) a criminalização secundária não se limita à agência policial, mas atravessa todo o sistema judicial, penitenciário e as agências administrativas. Nessa vereda, dois conceitos chaves são mobilizados pela autora para demonstrar, empiricamente, como funciona a seletividade penal: sobrecriminalização e infracriminalização.²⁵⁴

No Estado Democrático de Direito, a criminalização seria uma ferramenta neutra, aplicada sobre as condutas especialmente graves que afetam direitos fundamentais das pessoas. Nesse sentido, ao escolher dentre as condutas danosas da sociedade quais delas serão consideradas criminosas, portanto, terão uma resposta estatal mais violenta (com a cominação de uma pena privativa de liberdade), seria realizada uma hierarquia de bens jurídicos tutelados. Partindo dessa hierarquia ideal, e considerando a extensão do dano ao bem jurídico tutelado, a criminalização deveria guardar uma relação de proporcionalidade com a pertinente resposta do direito penal, orientando assim o poder punitivo estatal. Não obstante, os acordos normativos que supostamente sustentam a criminalização se materializam de forma segregada. Isto se deve ao fato de a seletividade criminal, longe do ideal de princípios e hierarquias de bens jurídicos que guiam o poder punitivo, configurar-se como a “verdadeira orquestra do castigo”²⁵⁵. Nesse sentido, a seletividade penal, portanto, guia o poder punitivo estatal a despeito da hierarquia ideal de bens jurídicos por meio dos mecanismos da infracriminalização e sobrecriminalização, conceitos opostos interconectados²⁵⁶.

A sobrecriminalização consiste na verificação de que “o controle penal tem se voltado sistematicamente para os atos perpetrados pelos setores socioeconomicamente mais vulneráveis”²⁵⁷. Nesse aspecto, a autora destaca que apesar do foco desse controle ser colocado sobretudo em relação a posição de classe, outros fatores como gênero, orientação sexual, idade, situação migratória/pertencimento cultural, étnico, político e religioso, “também têm guiado a

²⁵⁴ Op.cit. p. 25-26.

²⁵⁵ Op. cit. p. 29.

²⁵⁶ A autora destaca que esses conceitos não são normativos, “mas se tratam de noções descritivas que demonstram que, ainda que existam acordos normativos sobre quais os princípios direcionadores e os bens jurídicos de uma sociedade, estes não guiam o acionamento empírico do sistema penal.” – Op. cit., p. 30. Tradução própria.

²⁵⁷Ibid. Tradução própria.

atuação do sistema penal, **independentemente de as ações envolvidas afetarem ou não os bens jurídicos protegidos**²⁵⁸ Paralelamente, o mecanismo de infracriminalização representa a ausência ou minimização de condutas perpetradas por sujeitos que, por conta das mesmas características acima, mas em sentido oposto, ostentam uma posição social vantajosa.²⁵⁹ Assim, na prática, a seletividade penal, mediante um direito penal do autor associado a proteção da hierarquia real de bens jurídicos, tem como valor supremo a preservação do sistema de produção vigente:

“En cambio, los sistemas penales tienden a ejercer más (sobrecriminalización) o menos (infracriminalización) poder punitivo en relación con el estatus social de los sujetos implicados y el nivel de conflictividad que sus acciones conllevan para el sostenimiento del *statu quo*, y no con el daño causado a bienes jurídicos fundamentales en el caso particular. En otras palabras, el sistema penal promete, discursivamente, una jerarquía ideal en la que, cuanto más fundamental es el bien jurídico afectado, mayor es la criminalización. **En cambio, los conceptos de sobrecriminalización e infracriminalización exponen cómo funciona la jerarquía real que guía al concreto accionar del poder punitivo.** Esta se basa en que cuanto más vulnerables son los sujetos involucrados, mayor es la criminalización. Esta *jerarquía real* aparece subrepticia y oculta tras la impoluta *jerarquía ideal*. En este sentido, **el prometido derecho penal de acto asociado a principios constitucionales y a una jerarquía ideal de bienes jurídicos se torna en la práctica, selectividad penal mediante, un derecho penal de autor asociado a la protección de la jerarquía real de bienes jurídicos, en la que el valor supremo es la preservación del sistema de producción vigente.**”²⁶⁰

Determinados os mecanismos de infra/supra criminalização, consoante destacado anteriormente, estão presentes tanto na criminalização primária, quanto na secundária. Além disso, atravessam todas as agências integrantes do sistema punitivo, desde o poder executivo/legislativo (na criminalização primária) até os agentes do judiciário, da administração prisional, não se resumindo à agência policial. Nesse sentido, a seletividade penal se daria de modo holístico²⁶¹.

Na criminalização primária, esses mecanismos são evidentes quando, os atos cometidos pelos setores mais vulneráveis, e por isso sem acesso ao poder econômico, político e midiático, são tipificados em maior quantidade como delitos, tendo também penas mais altas (sobrecriminalização primária). Por outro lado, os comportamentos socialmente negativos realizados por setores sociais mais privilegiados, são tipificados em menor intensidade quantitativa (em termos de condutas tipificadas) e qualitativas (penas menos severas) **ainda que causem grave danos à bens jurídicos fundamentais** (infracriminalização primária).

²⁵⁸ Ibid. Tradução própria.

²⁵⁹ Ibid. p. 30.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Op. cit., p 34.

Para exemplificar o mecanismo de sobre/infracriminalização primária, a autora menciona o caso do crime de aborto. A criminalização do aborto tem como consequência a criação de um obstáculo legal e material para interrupção da gravidez em condições seguras e de modo adequado. “Decorrente disso, as pessoas acabam recorrendo ao aborto clandestino, que é uma das principais causas de morte durante a gravidez, e a única que poderia ser totalmente prevenida.”²⁶² Nesse contexto, a criminalização do aborto demonstra a mobilização do poder punitivo **a despeito da hierarquia ideal de direitos** proclamados pela criminalização própria do Estado de direito laico. Isso porque, não há direitos fundamentais de terceiros sendo violados, ao contrário, a criminalização do aborto acarreta repercussões mais lesivas que as que busca evitar, representada pela morte da pessoa gestante no caso extremo. Por outro lado, o tratamento dessa conduta punitiva, portanto, **segue uma hierarquia real** que corresponde a valores religiosos-morais, que deveriam ser alheios ao direito laico e ao fato de que as pessoas sobre as quais efetivamente irá recair o poder punitivo são especialmente vulneráveis em razão de seu gênero, classe e religião. Portanto, a **sobrecriminalização primária** torna-se evidente, uma vez que, no exemplo da criminalização do aborto, o que guia a punição não é a proporcionalidade entre o ato envolvido e a afetação de direitos fundamentais, **mas sim a partir da pessoa acusada**.

Em contraste, ainda no exemplo do aborto, **infracriminalização primária** pode ser constatada pela total ignorância do sistema punitivo à prática dos preços de medicamentos (sem relação com os custos de produção ou comercialização) definidos pelos laboratórios de modo abusivo, levando à graves danos aos direitos fundamentais das pessoas vulneráveis. Nesse sentido, a autora explica que a “razão para essa omissão não está no dano causado pelo comportamento frente a bens jurídicos concretos, mas no fato de que a atividade beneficia os interesses econômicos daqueles que dominam corporações poderosas, como a indústria farmacêutica”. Assim, no caso argentino, o preço do principal medicamento recomendado pela OMS para realizar a interrupção da gravidez (o misoprostol), teve um aumento de 460% em três anos, sem qualquer justificativa em seus custos de produção ou comercialização. Em razão disso, as pessoas gestantes mais vulneráveis socioeconomicamente, não conseguem arcar com valor do remédio, e são sujeitas ao aborto clandestino sem condições próprias de higiene, muitas vezes levando a morte. Ou seja, os bens jurídicos integridade física e vida – este último o bem jurídico “supremo” do Estado de direito –, são preteridos em razão do interesse econômico de uma indústria, em sua maior parte controlada por homens.

²⁶² Ibid.

“En otras palabras, el aumento infundado, que perjudicó y perjudica a muchas personas gestantes que no pueden costearlo y que, en su lugar, deben acudir a métodos inseguros que pueden derivar en muerte o lesiones a la integridad psicofísica, no es atendido por el derecho penal, que aduce, formalmente, proteger la vida como bien supremo. Lo que guía, en cambio, la ausencia de abordaje punitivo de estas conductas es la clase (accionar perpetrado por empresas, costos no privativos para personas de posición económica acomodada) y género (las consecuencias de no poder costearlo afectan principalmente a personas gestantes). Por eso nos referimos a “infracriminalización primaria”.

Trazendo o exemplo acima para o delito de tráfico de drogas, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, se por um lado há um tratamento ostensivamente punitivo para a conduta do tráfico de drogas, que atinge sobretudo os pequenos comerciantes negros, periféricos e pobres. Por outro lado, o direito penal ignora a prática de preços abusivos de medicamentos para o tratamento, inclusive, da saúde mental (que um dos elementos essenciais para o tratamento da adição), sendo regulado meramente por procedimentos administrativos, em que o monopólio de patentes é visto como decorrente do processo de inovação da indústria farmacêutica.²⁶³

Paralelamente, para explicar a supra/infracriminalização secundária, a autora irá percorrer como esses mecanismos estão em cada uma de suas agências. Dessa forma, considerando que esta pesquisa se resume aos primeiros momentos da persecução penal, será indicado apenas a agência policial e judicial. Iniciando pela agência policial, a autora a descreve como o primeiro filtro encarregado de aplicar a seletividade penal, após a sanção legal, que carregaria a primeira marca de desigualdade, renovando-a. Nesse contexto, o que guia a atuação policial no sentido do que é investigado não são os delitos em uma escala de lesão ao bem jurídico, mas de acordo com a classe, idade, e outros fatores determinantes (raça, por exemplo)²⁶⁴, constituindo o mecanismo de sobrecriminalização. Paralelamente, “e se trata de um empresário ou funcionário adulto, geralmente homem branco, a infracriminalização policial estará a seu serviço, mesmo que suas ações envolvam fugas de divisas que impactarão o país por gerações (infracriminalização secundária policial).”²⁶⁵

No âmbito da agência judicial, a sobre/infracriminalização ocorre em dois momentos, o primeiro em relação à abertura ou não de investigações (persecução penal) e o segundo na aplicação das penas. No primeiro caso, a sobrecriminalização ocorre na abertura de processos em absolutamente maior quantidade em delitos patrimoniais, como no tráfico de drogas etc.,

²⁶³ Dias LLS, Borges dos Santos MA, Santos Pinto CDB. Regulação contemporânea de preços de medicamentos no Brasil – uma análise crítica. In: SAÚDE DEBATE | RIO DE JANEIRO, V. 43, N. 121, P. 543-558, ABR-JUN, 2019.

²⁶⁴ Aqui comprehendo que a autora admite todos os elementos trabalhados por Zaffaroni e acrescenta a infracriminalização.

²⁶⁵ Op. cit. p. 37.

em que os autores pertencem à grupos vulneráveis e bens jurídicos, como a propriedade, são colocados como mais relevante na hierarquia real. Por outro lado, a infracriminalização se expressa na diminuta quantidade de processos que apuram a prática de crimes econômicos que, muitas vezes podem impactar verdadeiramente a sociedade (um exemplo possível seria a formação de cartéis em setores importantes e a evasão de divisas). No segundo caso, a sobrecriminalização na aplicação da pena é evidente pela severidade com que determinados crimes (como os patrimoniais, e nesta pesquisa o tráfico de drogas) são apenados, atingindo jovens pobres – e no caso brasileiro negros. Em contraposição, a infracriminalização é perceptível no tratamento penal de crimes de colarinho branco que tem consequências para o país mas “se perdem nos labirintos judiciais ou recebem penas brandas que qualificam para a concessão de uma suspensão condicional do processo”²⁶⁶

Postos os conceitos de infra/sobredeterminação, a autora aborda como a seletividade penal se desenvolveu e configurou-se como elemento estrutural no capitalismo, analisando a seletividade penal originária (fim do século XV e começo do século XVIII), a seletividade penal disciplinaria (fim do século XVIII e fim do século XX) e a seletividade penal bulímica (fim do século XX até o vigente século XXI). Neste trabalho, será destacado somente alguns aspectos do último período, a seletividade penal bulímica (ou de exclusão-inclusão)²⁶⁷. Esta, se dá no contexto do capitalismo bulímico, explicado pela autora a partir de Marx e outros autores como representado por ser uma nova modalidade de acumulação de capital posterior à crise dos anos 70. Neste cenário, ocorreu uma cisão ao processo inclusivo típico da seletividade sócio-disciplinar, “condicionando mudanças drásticas na composição do mercado de trabalho (precarização, empobrecimento relativo e expulsão massiva de trabalhadores), em correlação com a lei da pauperização”²⁶⁸

²⁶⁶ Ibid., p. 38.

²⁶⁷ “Nesse contexto, o conceito de “bulimia” (ou processo de inclusão-exclusão) configura-se a partir da intensificação da privação relativa (Merton), caracterizada pela exclusão dos sujeitos mais empobrecidos e pela sua impossibilidade de alcançar metas culturalmente valorizadas, ainda que fortemente imersos no paradigma cultural de consumo, mas sistematicamente excluídos da sua realização devido à sua marginalização econômica. [...] Não raro, esses setores encontram-se até mais profundamente incluídos no terreno cultural do que os economicamente favorecidos, devido ao consumo em massa, à televisão, às redes sociais e à violência cotidiana como símbolo de virilidade. A inclusão cultural demonstra como os setores empobrecidos adotam intensamente o chamado “sonho do primeiro mundo” como base para a construção de suas biografias, confrontando-se depois com a impossibilidade material de realizá-lo devido à sua exclusão econômica.” – Op.cit. p. 279. Apud. Youg, 2007. – Tradução própria.

²⁶⁸ Op. cit. p. 276

Dessa forma, o caráter marcante dessa matriz é a expulsão econômica²⁶⁹ concomitantemente a processos inclusivos em termos culturais²⁷⁰ (por isso a metáfora com a bulimia, por um lado a uma deglutição cultural dos padrões de consumo e do ideal de sucesso, por outro a uma expulsão em termos econômicos), que se aprofunda sobretudo nos setores empobrecidos.

“Nessa configuração socioeconômica, tomou forma uma nova modalidade de seletividade penal que persiste até os dias de hoje: a **seletividade penal bulímica** (do final do século XX até a atualidade). Trata-se da modalidade adotada pelo controle penal na ordem social bulímica, tanto no nível da criminalização primária quanto da secundária, fundamentada em processos de inclusão (cultural) e exclusão (econômica). Por um lado, essa modalidade de seletividade recai sobre as camadas crescentes de pauperismo, que não conseguem ser absorvidas por mecanismos de sujeição econômica, e sobre as quais a ferramenta penal opera como uma última instância de expulsão (vômito), após uma ingestão cultural excessiva (sobrecriminalização bulímica).”²⁷¹

A exclusão econômica nesse novo mecanismo de produção decorre de a centralidade do capitalismo voltar-se para financeirização especulativa. Nesse contexto, mais capital é investido na especulação que na própria produção em si. Paralelamente, há um processo de mecanização dos postos de trabalho em que o centro da atividade laboral passa a ser controlar a produção através da máquina do que o próprio trabalho direto incutir na produção. Concomitantemente, há também a desvalorização dos direitos trabalhistas e a precarização do trabalho em salários mais baixos e em piores condições para grande parte da população.

A inclusão cultural por sua vez, tem como caráter mais relevante a maximização dos desenhos de consumo da forma mais imediata possível, não se tratando apenas da mera aquisição de bens, mas do desejo desmedido de (re)construir biografias quebradas a partir do consumo de bens ostentosos – ou que simulam ser”²⁷². Assim, as barreiras materiais não representam simplesmente uma frustração ao desejo de possuir, “mas a impossibilidade de “pertencer”, de “ser alguém””²⁷³

²⁶⁹“No final do século XX, o capitalismo financeiro tomou forma a partir dos processos de deslocamento do investimento produtivo para o especulativo e da crescente automação dos investimentos produtivos remanescentes (com seus efeitos na expulsão de mão de obra). Tudo isso favoreceu processos de precarização e aprofundamento do pauperismo. Em resumo, promoveu e continua promovendo a exclusão (econômica) dos setores empobrecidos e a acumulação especulativa, ampliando assim a desigualdade distributiva.[...] Enfim, esses capitais operam de forma bulímica: engolem enormes somas de dinheiro, em quantidades impensadas para capitais produtivos, e são depositados por menos de sete dias, um período incompatível com o tempo necessário em um processo produtivo com potencial para gerar crescimento econômico e bem-estar social. Em outras palavras, em vez de serem digeridos (investidos), são expelidos como capital meramente especulativo.” – Op. cit. p. 281

²⁷⁰ 278

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Op. cit. p. 292.

²⁷³ Ibid.

Nesse contexto, a ferramenta penal “atua como a última instância de expulsão (vômito) após a ingestão cultural excessiva, através de uma crescente sobrecriminalização.²⁷⁴ Assim, o controle penal atua de modo a ocupar os espaços deixados pelos mecanismos econômicos na contenção da classe trabalhadora, com o finto de evitar sua conflitividade e neutralizá-lo. Essa alteração do controle penal também está atrelada ao próprio conflito penal, atrelada à mudança da criminalidade. Isto porque, em razão do processo de inclusão-exclusão a supraculturalização como forma reativa passa a condicionar a prática de crimes como os contra propriedade, o microtráfico ou tráfico de drogas e o uso de violência em razão do pauperismo. Assim, a razão principal para o cometimento desses delitos não se resume puramente à necessidade de sobreviver, mas também para obter aporte econômico necessário para adquirir o que a inclusão cultural exige para que essas pessoas se sintam pertencentes ao corpo social²⁷⁵

Partindo disso, a infracriminalização bulímica pode ser resumida em dois aspectos. Por um lado, representa os mecanismos que permitem uma legislação escassa e benevolente com as ocupações territoriais no contexto das intervenções bélicas sob a legitimação da guerra contra o terrorismo”. Por outro, esse mecanismo resulta na escassez de uma legislação penal que atue sobre as manobras prejudiciais no contexto do capitalismo financeiro, bem como minimiza a aplicação efetiva dessa escassa legislação. Esse último aspecto, tem o objetivo de favorecer acumulação do capital e a sua globalização.

Em paralelo, a sobrecriminalização bulímica é representada pelos mecanismos punitivos que terão como foco os delitos perpetrados como estratégia de sobrevivência e resistência, bem como por aqueles cometidos de modo grosseiro por aqueles incluídos culturalmente e excluídos economicamente. Esses mecanismos são identificados (i) pelo aumento dos tipos penais (inflação punitiva), aliada a flexibilização das garantias processuais e da imposição de penas mais severas (sobrecriminalização primária), e pela (ii) “aplicação

²⁷⁴ Ibid. 278

²⁷⁵ “No que se refere ao conflito penal, o processo de inclusão-exclusão e seus efeitos na supraculturalização como formação reativa condicionam a prática de crimes contra a propriedade (crime tosco), microtráfico ou tráfico de drogas e o uso da violência por parte do pauperismo. Esses crimes constituem uma modalidade de renda que não está mais exclusivamente ligada à satisfação de necessidades materiais elementares (privação absoluta), como acontecia na acumulação originária e nos primeiros momentos da fase disciplinar (Geremek, 1986). Configuram-se, em vez disso, ou de forma complementar, como uma forma mais acessível de obter os insumos econômicos necessários para adquirir o que a inclusão cultural exacerbada exige, ao mesmo tempo que podem funcionar como uma modalidade de configuração de identidades e pertencimento. Ou seja, o crime não responde unicamente a uma carência material, mas também ao extremo abraço à cultura do sucesso e ao individualismo (Young, 2007). Nessa lógica, é apenas a cegueira de não perceber que são os espaços de inclusão que geram horizontes de exclusão que leva a que, no plano social, a reação seja tratada como desvio (de Giorgi, 1997).” Ibid. p. 291-292.

intensiva dessa normativa com foco na prisão-depósito e na extensa rede de mecanismos alternativos à pena aplicados com um fim punitivo (sobrecriminalização secundária).”²⁷⁶

Cabe aqui uma reflexão importante, ao explicar o funcionamento da sobrecriminalização bulímica, Weis aponta que a repressão penal é mobilizada para controlar as “classes perigosas”, as pessoas excedentes, no contexto da passagem do estado de bem-estar para o estado de mal-estar. No último, o estado penal assume o lugar do estado social diante da precarização do trabalho assalariado decorrente da desestabilização das hierarquias estabelecidas. Desse modo, “as políticas de integração social da terceira fase disciplinar foram substituídas por estratégias penais de governabilidade “como instrumento de modulação do terror de classe”²⁷⁷ Ocorre que, no contexto brasileiro, não houve essa passagem de um estado de bem-estar para um estado penal, porque nunca houve o primeiro. Inclusive, essa é uma das grandes questões sobre o debate em torno do encarceramento em massa brasileiro²⁷⁸, dado que o período de maior expansão do sistema penal (giro punitivo) se deu em paralelo às reduções de desigualdades em ação direta do Estado através de investimentos e políticas públicas.

Entretanto, em que pese essa consideração e a ausência da transição entre os modelos de estado supracitados, é importante ressaltar que as desigualdades sociais, a concentração de renda no Brasil, apesar de um notável recrudescimento recente, ainda é abismal. Neste cenário, sobretudo nos últimos anos, as medidas neoliberais têm conquistado espaço, principalmente quanto à precarização do trabalho (apps de entrega de comida, uber, trabalho informal). Além disso, o contexto do capitalismo bulímico no que se refere a inclusão cultural e exclusão econômica também é um processo evidente, dada a ampla integração no capitalismo global financeiro. **Em suma, sendo o Brasil um país marcado por desigualdades econômicas profundas, as políticas públicas de distribuição de renda são insuficientes para lidar com os excedentes.** Dessa forma, entende-se aqui que os processos de infra/sobrecriminalização são aplicáveis, com essa ressalva.

Voltando para conceituação da sobrecriminalização bulímica, no contexto do capitalismo financeiro global, o controle penal atua enquanto mecanismo extraeconômico de contenção da pobreza à semelhança do momento inicial do sistema de produção capitalista, mas com uma diferença fundamental: **se no momento inicial do sistema capitalista “[...]o terror visava criar uma classe trabalhadora enquanto o desenvolvimento industrial avançava**

²⁷⁶ Op. cit. P. 307.

²⁷⁷ Ibidem. Apud Pavarini 1980b, p. 8.

²⁷⁸ DAL SANTO, Luiz Phelipe. **Reconsiderando a tese da penalidade neo-liberal: inclusão social e encarceramento em massa no Brasil.** Rev. Faculdade de Direito, 2020, v. 44.

para incorporá-la como força de trabalho”²⁷⁹, na atualidade, “[...]o controle penal não visa criar futuros trabalhadores, mas incapacitar os excedentes.²⁸⁰

Essa gestão dos excedentes populacionais que não é manuseada por mecanismos do Estado como políticas públicas, é gerida pelo controle penal que tem como vetores questões culturais, políticas, sociais e econômicas, mas também geográficas. Quanto a esse último vetor, Weis destaca que com a formação das super favelas, no exemplo latino-americano, há uma perda das instâncias de controle informal e de redes de solidariedade dentro das comunidades, de modo que “levou à demonização de seus habitantes e ao aumento das demandas por maior controle penal sobre esses locais”²⁸¹. Por consequência, essa sobrerepresentação da população marginalizada nos índices de encarceramento seriam condicionadas pela substituição do gueto ou favela como “instrumentos de confinamento de uma população considerada desviada, perigosa e supérflua”.

Outro ponto de destaque, e que se intercala com a presente pesquisa, refere-se ao fato de que, especificamente quanto ao processo de sobrecriminalização bulímica com um corte de classe e racial, a autora aponta que a guerra às drogas foi seu principal veículo:

“O principal veículo desse processo de sobrecriminalização bulímica com corte racial e classista foi a chamada “guerra contra as drogas”, que operou como “um sistema surpreendentemente completo e bem disfarçado de controle social racializado” (Alexander, 2010, p. 4). A evidência desse uso do controle penal como ferramenta para resolver problemas sociais e raciais é que, nos Estados Unidos, a “guerra contra as drogas” foi anunciada antes mesmo de que o crack se tornasse um problema nos bairros afro-americanos e pobres. De fato, o uso dessa “guerra” como ferramenta de controle social foi reconhecido pelo chefe de política interna de Nixon, John Ehrlichman, que disse:

“Sabíamos que não podíamos tornar ilegal ser contra a guerra ou ser negro, mas podíamos fazer com que o público associasse os hippies à maconha e os negros à heroína, e depois criminalizar fortemente ambos; podíamos perturbar essas comunidades; podíamos prender seus líderes, invadir suas casas, sabotar suas reuniões e difamá-los noite após noite nas notícias. Sabíamos que estávamos mentindo sobre as drogas? Claro que sabíamos” (citado em Lobianco, 2016, s/n).

Quanto às variáveis políticas, os governos de Reagan, Bush e Clinton (1981-2000) nos Estados Unidos, e de Thatcher, Major e Blair (1979-2007) no Reino Unido buscaram substituir o estado de bem-estar pela governança, a técnica de governo baseada em “governar através do crime” (em oposição a governar o crime). Essa governança se configurou como uma técnica difundida e aceita de exercício do poder político que permeou todas as esferas sociais públicas e privadas, elevando o medo do crime ao nível de preocupação central das sociedades contemporâneas (Simon, 2009).”²⁸²

²⁷⁹ Op. cit. P. 309

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid. 310.

²⁸² Ibid. 311.

Neste contexto, a partir da análise do caso estadunidense, Weis explica como a sobrecriminalização secundária da “dinamite social” revela que as agências de repressão penal exacerbam suas práticas, aumentando os níveis de detenção e judicialização. Para legitimar esse agravamento da repressão, sua base teórica foi a “teoria das janelas quebradas” a qual introduz a ideia de tolerância zero com todas as infrações inclusive as pequenas.²⁸³ Ocorre que, na prática, essa tolerância zero abrange somente determinados grupos em zonas simbólicas, vez que travessado pela sobrecriminalização bulímica. Partindo disso, a autora discorre sobre a criminalização secundária policial, mencionando a atenção maior dessa agência na guerra contra as drogas e a política do enquadro. Nesse sentido, aponta o claro viés racial da sobrecriminalização policial, indicada pelos índices de enquadros de pessoas racializadas negras frente às brancas, algo que também se verifica no Brasil. No Rio de Janeiro por exemplo, uma pesquisa do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), em 2022, revelou que 63% das pessoas abordadas pela polícia na cidade do Rio é de negros, 74% dos que tiveram um parente ou amigo morto pela polícia são pessoas negras²⁸⁴. Em um estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, em 2022, demonstrou que pessoas negras nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo têm 4,5 vezes mais chances de serem abordadas que brancas²⁸⁵.

Ao nível judicial, essa seletividade é respaldada a partir da legitimação das abordagens policiais, em decisões que não reconhecem o viés racial, legitimando a lógica da agência policial representada pela fórmula “homem + jovem + negro = causa provável”. Igualmente, também são legitimadas as abordagens, ainda que por exemplo, no caso brasileiro, parte da jurisprudência tenha exigido uma “justa causa” para justificar a abordagem policial²⁸⁶. Paralelamente, as pessoas racializadas têm mais chances de serem condenados e receberem penas mais severas. Ao mesmo tempo, as abordagens ilegais e violentas – inclusive as que resultam em morte – são praticamente ignoradas pelo judiciário.

Em síntese, na seletividade penal bulímica, o fator racial é determinante e a pena de prisão e os mecanismos alternativos, não cumprem os objetivos proclamados, em verdade:

²⁸³Ibid. 323

²⁸⁴ Silvia Ramos et al. Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022.

²⁸⁵ Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Por que eu? Como o racismo faz com que as pessoas negras sejam o perfil alvo das abordagens policiais. 2022. Disponível em: <https://idd.org.br/wp-content/uploads/2022/07/relatorio-por-que-eu-2-compactado.pdf>

²⁸⁶ “Exige-se, em termos de *standard probatório* para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.” – BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 158.580-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022.

“aprofundam-se as funções implícitas identificadas nas modalidades anteriores da seletividade penal, direcionando-se para: inabilitar os setores problemáticos, controlar o excedente econômico, fragmentar a classe trabalhadora e fomentar a “indústria do controle do crime” (Christie, 1993) e o controle onipresente sobre o conjunto social, tudo isso sob o impulso de empresários morais que promovem pânicos morais.”

Assim, os mecanismos de infra/sobrecriminalização atravessam tanto a criminalização primária quanto a criminalização secundária, agindo como um filtro nas ações delitivas de fato criminalizadas, selecionando a partir de critérios étnicos que atravessam todo o sistema penal e suas agências, sobretudo a agência policial e agência judiaria. Como resultado, em razão do racismo histórico e estrutural que permeia todas essas agências, pessoas com perfis étnicos são as maiores selecionadas e afetadas com penas mais severas, ao mesmo tempo que também são as mais excluídas do processo econômico. O sistema penal seleciona, pela raça, aqueles que serão expulsos pelo sistema penal. No próximo item, serão aprofundadas as questões raciais no contexto da seletividade penal.

4.3 Racismo e Seletividade Penal no contexto específico brasileiro.

Como desenvolvido acima, a seletividade penal ocorre a partir da criminalização primária e secundária, através dos mecanismos da infra/sobrecriminalização em todas as agências do poder punitivo. Ocorre que, essa seletividade tem como norte no contexto brasileiro o aspecto racial, marcadamente na diferença entre brancos e negros. Essa realidade decorre do racismo intrínseco e estrutural, que como abordado anteriormente, tem raízes históricas e funcionalidades econômicas na sociabilidade capitalista. O caráter estrutural, faz do racismo um fenômeno que não se circunscreve à moral individual ou mesmo de um grupo de pessoas, mas decorre de um processo histórico e estrutural com bases sobretudo no escravismo colonial²⁸⁷. Essa base estrutural passa a estruturar as relações de classe no contexto brasileiro, funcionando o racismo como um mecanismo de subjugação, segregação, assujeitamento, que controla, disciplina, e legitima a exploração. Ao final, o sistema penal se inclui nesse emaranhado servido para neutralizar e expurgar os excedentes através desse filtro racial.

²⁸⁷ Dal Santo discorre sobre todo o contexto histórico da dinâmica punitiva racial a partir do contexto da colonização e chegando até os dias atuais demonstrando a construção do estado e do direito penal a partir de um projeto racista que, ao logo do tempo, foi se reinventando juntamente com as mudanças do modo de produção e de suas necessidades específicas, sem, contudo, abandonar a base racista. DAL SANTO, Luiz Phelipe. Racismo e Controle Social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 138. Ano 25. P. 269-303.

Apesar da evolução científica criminológica que rompeu com os pressupostos etiológicos do racismo científico do positivismo, a criminologia no cenário brasileiro ignorou por um bom tempo a temática racial, levando décadas para surgir “investidas mais rigorosas sobre os sentidos do binômio “raça-controle penal””²⁸⁸. Nesse contexto, a dinâmica racial na maioria das vezes não era reconhecida como peça fundamental, sendo apontado como um dos aspectos secundários do processo de criminalização²⁸⁹. Tal cenário começa a mudar a partir dos anos 2000, quando o ingresso de pessoas negras na academia em razão da política de cotas causa uma ruptura com a lógica e funcionamento do mundo acadêmico brasileiro, chegando a ser entendido como uma nova onda de apropriação da criminologia crítica no Brasil.²⁹⁰ Nesse contexto, forma-se a “sociologia jurídico-penal negra”²⁹¹:

“Suas linhas mestras, podem ser apontadas como: (1) o reconhecimento da natureza estruturalmente seletiva que informa o sistema penal; (2) a tomada da raça como elemento que se manifesta estruturalmente em seu interior; (3) a determinação racial da seleção punitiva como parte de um plexo de ações, constitutivas de um projeto racista de Estado e; (4) a relação de tal projeto com a garantia da estrutura social vigente.”

Soma-se a essa base teórica, a perspectiva do racismo estrutural (já abordada anteriormente), aderindo ao suporte teórico marxista realizado por Almeida. Neste contexto Prata desenvolve como no processo brasileiro o capitalismo gradualmente tornou-se o modo de produção dominante partindo da base do escravismo colonial. Assim, a relação de classe é estruturada pelo racismo na mesma medida que este se estrutura pela dominação de classe. Para desenvolver essa interconexão, Prata demonstra como o processo de formação do Estado brasileiro e da identidade nacional se pautou no racismo, de modo que:

“Como nota Almeida (2018, p. 82), “[...] os projetos nacionais no Brasil desde a implantação da primeira república caminharam no sentido de institucionalizar o

²⁸⁸ PRATA, Caio Luis. **(Des) iguais perante a lei: A dinâmica racial da persecução penal de jovens negros acusados por roubo no contexto do judiciário paulista.** Dissertação de Mestrado – Universidade Paulista (UNESP), 2023. P. 31.

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Ibid. P. 32. Apud. Carvalho, 2006. Prando, 2018.

²⁹¹ “Seu momento definidor é apontado, pela literatura (Prando, 2018, p. 74; Freitas, 2016, p. 493), no trabalho de Ana Flauzina (2006), descrito como aquele que melhor representa essa passagem. O texto, produto de sua pesquisa de mestrado, é nomeado “Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro”, e está situado no campo de uma rica interlocução entre os debates criminológicos e as discussões raciais. A pesquisadora, destaca-se entre os(as) demais por seu fértil diálogo com o pensamento oriundo das movimentações orgânicas da resistência política preta (Freitas, 2016, p. 496). Sua reflexão, ao se apoiar no “[...] o acúmulo de homens e mulheres negras [...]” que a antecederam 33 (Flauzina, 2006, p. 05), abriu as portas da sociologia jurídico-penal à “sociologia do negro e para o negro do Brasil” (Moura, 2019, p. 30), fundindo seus encaminhamentos. Com isso, pôde concretizar o sentido geral do que antes chamamos por “sociologia jurídico-penal negra”, influenciando uma ampla gama de pensadoras e pensadores que a sucederiam. Trabalhos como os de Pires (2013), Franklin (2017), Alves (2015) Ferreira (2017), Borges (2019) e Freitas (2020) – referências no debate sobre o tema –, são exemplos de análise que se sustentam nos seus diagnósticos, partilhando de suas reflexões, às quais foram capazes de desenvolver” – Op. cit. p. 33/34.

racismo, tornando-o parte do imaginário social”. A estratégia para tanto, relaciona-se profundamente “[...] com o monopólio estatal do controle dos comportamentos desviantes” (Mascaro, 2016, p. 80), manifestando-se, por exemplo, na criminalização da cultura e religiosidade negras, no Código Penal de 1890 (o primeiro republicano). Por isso, diz-se que, neste país, “a unidade nacional foi construída com o racismo e não apesar dele” (Almeida, 2018, p. 83). Em termos ainda mais profundos, isto implica dizer que a dinâmica de violência racial escravista não foi, então, abandonada. Entretanto, também significa reconhecer que seu teor não foi, simplesmente, replicado: antes, foi redimensionado, ganhando, assim, especificidade.”

Outro elemento essencial é a ideologia racial²⁹². Para que as desigualdades decorrentes do racismo estrutural produzam os seus efeitos é necessário que no imaginário social sejam constituídos os sujeitos “de modo a não se chocarem com toda essa barbárie, permitindo-os que a integrem e que cumpram os papéis definidos pela estrutura social racialmente clivada, perpetuando-a.” Essa ideologia racial cristaliza noções e estereótipos raciais que prismam uma “representação coletiva [...] de inferioridade, seja intelectual ou moral, de uma raça em face de outra raça [...]” (Almeida, 2015, p. 755), ancorasse nas mesmas práticas de violência e discriminação que, ao mesmo tempo, significa (Gonzalez, 2019, p. 27; Balibar, 2021b, p. 51).²⁹³ Por sua vez, a ideologia jurídica – como já mencionado anteriormente – cria uma liberdade e igualdade formais, frente uma realidade permeada pelas desigualdades. Dessa forma, cria-se uma névoa sobre o caráter sistemático e estrutural da violência sob as pessoas

²⁹² Colocando de modo esquemático, para fins didáticos, podemos afirmar o seguinte: desde a perspectiva biológica, a pele negra, o cabelo crespo e os lábios grossos, nada significam. É uma realidade estrutural, dada a partir da dinâmica colonial da modernidade, que constitui o universo de seu significado. Este, estabelecido ao redor da noção de “ser negro” como um “significante redutor” (Barros, 2019, p. 2019), forja uma teia de representações existenciais. Dessa forma, antes mesmo de ocorrer o nascimento de um indivíduo com tais traços fenotípicos, já se encontra estabelecida uma narrativa sobre o que ele é – negro – e o que dele se espera: como anda um negro, como fala um negro etc. Com ela, também estão definidos os lugares que podem (ou não) ser ocupados por um negro, as possibilidades de futuro que pode (ou não) viver um negro etc. Ao nascer, sua integração ao mundo real, com suas intuições e práticas que, atravessadas pela racialização, constituem-se discriminatórias, informam-lhe esse lugar e o demonstram: “é negro”. As revistas, os filmes, as novelas, a escola e a religião, informam-lhe precisamente os pontos de apoio desta assertiva – a feiura, a baixa inteligência, a agressividade e a inclinação à violência –, todos apontando à mesma direção: a da sua inferioridade. É evidente! Negros são perigosos e criminosos inatos! Por isso a maior parte das pessoas que estão presas são negras. “É isso mesmo”, negros são feios! Seu cabelo é “ruim” e seus traços são abjetos! Por isso todos os modelos e atores são brancos. “É mesmo verdade”! Negros são, de fato, menos capazes! Por isso, juízes, promotores e defensores são brancos, enquanto pretos e pardos servem suas casas e criam suas crianças. Essa abordagem, portanto, torna possível pensarmos as interações concretas do cotidiano sob a luz do grau de determinação material exercido, sobre elas, pelo caráter estrutural dos fenômenos (Mascaro, 2022, p. 852). Ao se expressar, a ideologia racial dá corpo à dimensão culturalmente aceita de um elemento cuja natureza não é (somente) cultural, veiculando, em seu teor, a fração imaginária de uma realidade que sustenta, no nível das formas constitutivas, o modo de produção em si. – Op. cit. P. 48.

²⁹³ Op. cit. p. 48.

racializadas. Nesse contexto, se destaca dois conjuntos de construtos ideológicos representados pelo Aparelho Ideológico de Estado Jurídico²⁹⁴ e a “ideologia punitiva”.²⁹⁵

Assim, a partir desse emaranhado no Brasil, ocorre a manifestação e o atravessamento do racismo estrutural em seus diversos aspectos sociais, culturais e econômicos e jurídicos. O resultado é expresso na seletividade penal através dos mecanismos de criminalização primária e secundária, que levam ao encarceramento massivo da população negra.

5. A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS

5.1 Breve contexto histórico e normativo

Para não incorrer no erro de falar sobre o código de Hamurabi²⁹⁶, neste momento serão destacados de modo sucinto o percurso histórico normativo da instituição da política de drogas no contexto brasileiro.

Para tanto, dando um passo atrás, o conceito de política criminal adotado aqui é o defendido por Rafael Strano, enquanto uma política pública de violência, sua expressão máxima de poder, materializada pela violência estatal organizada:

“Esta nova abordagem deve, então, construir “*pouco a pouco um saber específico sobre a política criminal, não como dever ser do direito penal, mas como política pública de administração da violência estatal*”. Não há como ignorar que, enquanto manifestação de poder estatal, a política criminal possui peculiaridades que, todavia, não desnaturam a sua natureza de política pública. Ela é o Estado em ação no que tange à questão criminal, é a representação máxima do poder daquele e, por tal motivo, materializa-se pela violência estatal organizada; é, enfim, aquilo que o Estado faz ou deixa de fazer em matéria criminal.”

²⁹⁴ “Os componentes da ideologia jurídica, assim, fincados na esfera econômica, desdobram-se em uma aparelhagem institucional, onde se materializam e são melhor trabalhados (Davoglio, 2018, p. 200). Deste movimento, nasce o que é chamado por “direito” e, junto dele, “[...] a sua instituição repressora maior – os tribunais [e], noutro lado, as casas legislativas que lhe forneceram sua base de trabalho” (Silva, 2008, p. 74). Em razão disso, o *locus* em que eles, por excelência, realizam-se, é identificado na forma de um sistema, que engloba, para além deles mesmos, as leis e um *destacamento repressivo* especializado do Estado (polícias, juízes, tribunais etc.). Todo esse conjunto, é agrupado sob o nome “Aparelho Ideológico de Estado jurídico” (Althusser, 1999, p. 192), onde são encampadas as práticas institucionais que, atravessadas pela ideologia jurídica, realizam-na: as “práticas jurídicas” – Ibid. p. 53.

²⁹⁵ “Literatura mais recente (Kroeff, 2020), porém, tem destacado que, no interior deste complexo institucional, outra formação ideológica também se manifesta. Esta, atinente à atuação do que compreendemos por “sistema penal” (Batista, 2005, p. 25), recebe o nome de “ideologia punitiva”. Sendo relacionada à realização do direito no bojo da “[...] repressão física direta, extraeconômica”, aparece não apartada, mas subordinada à ideologia jurídica, com quem se relaciona (Kroeff, 2020, p. 62). Seu teor, inclina-se à naturalização da aglutinação contraintuitiva do discurso universalista a uma estrutura repressiva que, ao gerir desigualmente o controle político dos corpos, coloca em xeque a própria ideia de “igualdade” que o estrutura. Sua ação, portanto, atenua o funcionamento contraditório do complexo punitivo, onde a repressão do desviante se mescla à afirmação da isonomia entre os sujeitos, que matiza as práticas do Estado que realizam a sanção penal.”

²⁹⁶ Oliveira, L. (2003). Não Fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE), 13, 299-330.

Isto posto, voltando ao percurso histórico normativo brasileiro, a primeira criminalização do porte e comércio de substâncias ocorreu com a edição das Ordenações Filipinas, em 1830²⁹⁷. Posteriormente, no Código Penal de 1890, os crimes contra saúde pública passaram a ter previsão no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública), prevendo no seu art. 159 “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, cominando uma pena de multa. Em 1932, ocorre a Consolidação das Leis Penais, no contexto do aumento de consumo do ópio e do haxixe, havendo o incentivo à edição de novos regulamentos sobre o tema. Assim, “o *caput* do art. 159 do Código de 1890 é alterado, sendo acrescentados doze parágrafos. Em matéria sancionatória, à originária (e exclusiva) pena de multa é acrescentada a prisão celular (de 1 a 5 anos e multa).”

A este período de criminalização, Salo de Carvalho comprehende como não sistematizado, esparso, que demonstra uma preocupação episódica com o tema. A alteração dessa forma de política criminal ocorre com os decretos 780/36 e 2.953/38, que representariam o primeiro grande impulso na política de luta contra as drogas. A partir destes decretos, há a tipificação de uma pluralidade de verbos nas incriminações, bem como a substituição do termo substâncias venenosas para substâncias entorpecentes. Assim, são estruturadas políticas de controle das drogas “com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária”²⁹⁸

Posteriormente, no Código Penal de 1940 – que tem como característica a tentativa de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada – a matéria é recodificada no art. 281 que passa a prever como comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”²⁹⁹ Na década de 50, há o primeiro fomento internacional do discurso relativamente coeso sobre as drogas e seu controle

²⁹⁷ (Livro V, Título LXXXIX – “que ninguém tenha em caza rosalar, nem o venda, nem outro material venenoso”). Carvalho, Salo de A política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – Salo de Carvalho. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.CARVALHO P. 54

²⁹⁸ Op. cit. P. 56

²⁹⁹ Op. cit. P. 57.

repressivo. Neste cenário o usuário é tachado como devasso, degenerado. Dessa perspectiva, o discurso oficial denominado ético-jurídico é estabelecido, e com ele a potencialização das leis penais repressivas e a criação do estereótipo moral do consumidor.³⁰⁰ Entretanto, o Brasil apenas adentrará definitivamente no cenário internacional do combate às drogas após a instauração da Ditadura Militar, com a edição do Decreto 54.216/64.

No contexto da década de 60, o consumo das drogas ganha o espaço público (movimento hippie, contra as guerras, manifestações estéticas de ruptura), aumentando sua visibilidade e, em razão disso, também o pânico moral que irá legitimar a intensa produção legislativa em matéria penal. “Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. Nesse contexto de transnacionalização, duas ideologias direcionam o processo, a ideologia representada pelo Movimento de Defesa Social (MDS) e a ideologia da diferenciação (ambos serão trabalhados no próximo item). Nesse interim, são criados os instrumentos totalizantes de repressão representados pelo modelo médico-jurídico que estabeleceu a ideologia da diferenciação, separando traficante (que é demonizado como delinquente, culpado pelo mal social e pela afetação da saúde pública) e usuário (cunhado como vítima, doente). Paralelamente, junto à demonização das drogas a partir da ideologia da diferenciação, os entorpecentes foram utilizados politicamente pelas agências repressivas, as quais nominaram novos inimigos.

Assim, através do Decreto-Lei 159/67, o Brasil adequa as normas internas aos compromissos internacionais de repressão, que iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica. Neste dispositivo, havia apenas a punição do comerciante de drogas. Entretanto, com o Decreto-Lei 385/68, o art. 281 do Código Penal é alterado, prevendo a criminalização do usuário com o mesmo rigor que o comerciante – na contramão da orientação internacional pautada na ideologia da diferenciação.³⁰¹

Posteriormente, com a Lei 5.726 editada em 1971, o sistema repressivo brasileiro de drogas foi adequado às orientações internacionais, sendo considerado o marco definitivo da decodificação da matéria. Essa decodificação redefine as hipóteses de criminalização, além de modificar o rito processual, “inovando na técnica de repressão aos estupefacentes. Todavia o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 a 6

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Op. cit. p. 60-62.

anos”³⁰². Assim, a Lei 5.726/71 preservou o discurso médico-jurídico, separando o usuário do traficante, cunhando os estereótipos do primeiro como dependente e do segundo como criminoso. Tal simplificação da realidade desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto - Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06.

Entretanto, o projeto de transnacionalização de combate às drogas desloca o processo de repressão do discurso médico-jurídico, para o discurso jurídico-político. Esse último, é caracterizado por ser um modelo político-criminal em que há uma maior graduação das penas “cujo reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante”. Tal deslocamento do modelo político criminal se dá no contexto da globalização do controle penal das drogas, capitaneado pelos Estados Unidos. A política estadunidense inicialmente elegeu as drogas como inimigo interno, mas com a popularização do consumo de heroína e a criação dos programas de metadona (forma indireta de controlar e legalizar o consumo), projetou a figura do inimigo projetando-a ao exterior. Assim, a partir do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas em Viena ocorrida em 1971, e a partir da estratégia de Nixton nos grupos de trabalho sobre políticas de drogas na Organização das Nações Unidas (ONU), os Estados Unidos exportaram sua política de drogas, culpabilizando os países marginais pelo consumo interno nos EUA.

A projeção do inimigo aos países marginalizados, somada às teorias conspiratórias do contexto da guerra fria, constituíram a ditocomização mundo livre versus países inimigos. Na América Latina, a institucionalização do discurso jurídico-político (tanto nos países produtores, quanto nos de rota de passagem como o Brasil) “**a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas**”. Conforme aponta Valois³⁰³, esse processo de transnacionalização da política estadunidense é muito mais complexo do que somente a política de drogas. Nesse período, os Estados Unidos passaram a dirigir países como Brasil, defendendo que no contexto tupiniquim houve um processo de americanização³⁰⁴, que representava um pretenso projeto global para sociedade, “eu femismo para um projeto militar de controle e administração da sociedade mediante violência e repressão

³⁰² Ibid., p. 63.

³⁰³ VALOIS.

³⁰⁴ Ibid. P. 332.

de toda espécie”.³⁰⁵ Inclusive, um dos aspectos dessa relação foi o treinamento de policiais brasileiros por agentes estadunidenses, sobretudo nos estados mais ricos como São Paulo, Minas Gerais etc, o envio de armamento e, claro, financiamento direto no contexto da ditadura..³⁰⁶

Nesse contexto, a Lei 6.368/76 incorpora intrinsecamente o discurso jurídico-político belicista, mantendo o discurso médico-jurídico no que concerna a diferenciação consumidor(doente)/traficante (criminoso), mas agregando ao traficante o papel político do inimigo interno. Consequentemente, foram legitimadas as “constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir da década de 1970.

Um elemento importante de destacar da Lei 6.368/76, é a ausência de uma separação entre o pequeno e o grande traficante, que acabava sendo determinada a partir do arbítrio do juiz em razão da elevada pena que variava de 3 a 15 anos.³⁰⁷ Entretanto, na prática, as penas foram genericamente aplicadas de modo severo, sem qualquer diferenciação, **em razão de a “população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.** Tal ausência de critério diferenciado, revela que “o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa”³⁰⁸ Paralelamente, outro elemento importante da lei supracitada, trata-se do hiato legislativo relativo ao uso, que na prática punia o usuário ao menos colateralmente.

“A conclusão a que se pode chegar, após visualizar o tratamento penal dos comerciantes varejistas e dos usuários de substâncias ilícitas na Lei 6.368/76, é a da necessidade de criação de rede de controle na qual o direito penal atue com rigor mesmo em casos de hiatos de punibilidade (criminalização do uso) ou de baixa danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade).”³⁰⁹

Estabelecido esse breve contexto histórico-jurídico, passaremos à política de drogas instituída pela lei 11.343/06, a partir de sua relação com as ideologias da diferenciação, e do tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN).

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid. P. 337.

³⁰⁷ Carvalho, Salo de A política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – Salo de Carvalho. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.CARVALHO P. 78

³⁰⁸ Ibid., p. 79. Apud. MALAGUTI BATISTA, *Difícies...*, p. 122.

³⁰⁹ Ibid.P. 79.

5.2 Política de guerra às drogas e suas ideologias

Inicialmente, cabe frisar que o consumo de substâncias que alteram o estado de consciência faz parte da história da humanidade e está ligado à diversos aspectos culturais, sociais e religiosos.³¹⁰ Dessa forma, em cada contexto cultural, geográfico e histórico, o uso dessas substâncias tiveram diversas finalidades que em si, não carregam necessariamente uma concepção moral negativa, e em muitas culturas está atrelado à diversos aspectos positivos da sociabilidade humana. Isto posto, as ideologias aqui tratadas são mobilizadas para contextualizar a formação e a consolidação da atual política de guerra às drogas, no contexto brasileiro, plasmada pela lei 11.343/06.

Isto posto, também impera, brevemente, indicar que o conceito de ideologia é complexo, conceituado diferentemente em várias vertentes filosóficas, antropológicas e sociológicas que por si só, representa um universo próprio cuja longa dissertação sobre o tema fugiria do escopo da presente tese. Entretanto, destaco duas concepções do conceito de ideologia. A primeira, é conceituada no contexto da análise do Direito Penal, a partir de Patrick Cacicedo que adota o conceito marxiniano³¹¹, a concebendo, em síntese, como “uma forma de consciência que oculta e com isso impede que as determinações que existem sejam percebidas e compreendidas”³¹². Consustancialmente, “a ideologia naturaliza aquilo que é histórico e cultural”³¹³. Nesse contexto, “seu principal mecanismo de funcionamento é a apresentação daquilo que é particular como se fosse universal e daquilo que é histórico como se fosse natural.”³¹⁴ Assim, sua “função é a de garantir a reprodução das relações sociais vigentes, a garantia da ordem sob o comando de reprodução capitalista”³¹⁵.

Outro importante autor a tratar da ideologia é Althusser, que a define como um sistema de ideias que não tem história, assim como o inconsciente³¹⁶. Por um lado, a ideologia “representa a relação imaginária dos indivíduos com as suas condições reais de existência”³¹⁷,

³¹⁰ SILVA, Ana Carolina de Paula. Posse de drogas: criminalização e violação de direitos. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2021. P. 29-32.

³¹¹ Na obra “Direito Penal e Ideologia”, Cacicedo discorre sobre as diferentes concepções de ideologia no campo marxista e foucaultiano, tomando a posição, ao final de retornar a Marx. CACICEDO. Patrick. Ideologia e Direito Penal. 1ª Ed. Rio de Janeiro : Revan, 2022.

³¹² Op. cit. P. 120

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Ibid. – Grifei.

³¹⁵ Ibid. – Grifei.

³¹⁶ ALTHUSSER. P. 70-76.

³¹⁷ Ibid., p. 77. – “toda a ideologia representa, na sua deformação necessariamente imaginária, não as relações de produção existentes (e as outras relações que delas derivam), mas antes de mais a relação (imaginária) dos indivíduos com as relações de produção e com as relações que delas derivam. Na ideologia, o que é representado

e por outro tem uma existência material”³¹⁸, que se perfaz em práticas materiais reguladas por rituais:

“Dirímos, portanto, considerando apenas um sujeito (tal individuo), que a existência das ideias da sua crença é material, porque as *suas ideias seus actos materiais* inseridos em *práticas* materiais, reguladas *por rituais materiais que soo também definidos pelo aparelho ideológico material, de que relevam aa ideias desse sujeito*. Os quatro adjetivos materiais inscritos na nossa proposição devem ser afetados de modalidades diferentes: a materialidade de uma deslocação para ir à missa, de um ajoelhar, de um, gesto de sinal da cruz ou de *mea culpa*, de apeto de mão, de uma oração, de uma contrição, de uma penitência, de um olhar, de aperto de mão, de um discurso verbal externo ou de um discurso verbal «interno» (a consciência) não é uma única e mesma materialidade. Deixamos em suspenso a teoria da diferença das modalidades da materialidade.

[...] As ideias desapareceram enquanto tais (enquanto dotadas de uma existência ideal, espiritual), na medida em que ficou claro que a existência destas se inscrevia nos actos das práticas reguladas, pelos rituais definidos em última instância, por um aparelho ideológico. Surge assim que o sujeito age enquanto é agido pelo seguinte sistema (enunciado na sua ordem de determinação real): ideologia existindo num aparelho -ideológico material, prescrevendo práticas materiais, reguladas por um ritual material, as quais (práticas) existem nos actos materiais de um sujeito rugindo em consciência segundo a sua crença.”³¹⁹

Posta essas duas concepções, Salo de Carvalho ao abordar as ideologias da diferenciação, dos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), da Ideologia da Defesa Social (IDS) e da Ideologia da Segurança Nacional (ISN) não indica qual a concepção de ideologia de modo geral é adotada, mas a partir de cada uma delas diferencia seu conceito. Entretanto, seja a perspectiva adotada por Cacicedo, seja a de Althusser, nos ajuda a compreender qual dimensão de uma ideologia e qual efeito na materialidade ela emprega.

Iniciando pela **ideologia da diferenciação**, essa foi responsável pelo estabelecimento do sistema punitivo médico-jurídico, que concebeu os estereótipos do usuário de drogas como um doente, uma vítima, enquanto ao traficante foi determinado o estereótipo do criminoso, perigoso, culpado pela doença do usuário. Assim, a partir da ideologia da diferenciação, foram autorizadas as intervenções médico-hospitalares e da hortopedia moral. Por outro lado, ao criminoso foi autorizadas as medidas mais extremas do poder punitivo, inclusive chegando à aniquilação desses sujeitos no contexto mais extremo. Esta ideologia será incorporada pelas demais e posteriormente o estereótipo do traficante será agravado para o do narcotraficante.

não é o sistema das relações reais que governam a existência dos indivíduos, mas a relação imaginária destes indivíduos .com as relações reais em que vivem. – Op. cit. p. 82.

³¹⁸ Ibid. P. 83. “Dissemos, ao falar dos aparelhos ideológicos de Estado e das práticas destes, que cada um deles era a realização de uma, ideologia (sendo a unidade destas diferentes ideologias regionais - religiosa, moral, jurídica, política, estética, etc. - assegurada pela sua subsunção à 1ideologia dominante) . Retomamos esta tese: uma ideologia existe sempre num em um aparelho, e na sua prática ou suas práticas. Esta existência é material.” – Ibid. P. 84.

³¹⁹ Ibid. P. 90-91.

Salo de Carvalho defende que o sistema proibicionista brasileiro está sustentado em um tripé ideológico representado pela Ideologia de Defesa Social (IDS), pelos movimentos Lei e Ordem (MLOs), e subsidiariamente pela Ideologia da Defesa Social. Nesse contexto, o autor explica que, apesar da crença com o processo de redemocratização consistente na abertura do enclausuramento na questão das drogas, houve um recrudescimento. Tal alteração decorre da Ideologia de Segurança Nacional, “cuja roupagem, na atualidade, será fornecida pela ideologia político-criminal autoritária que funda a tese do *direito penal do inimigo*.³²⁰

Iniciando pela Ideologia de Defesa Social e do Movimento de Defesa Social, o autor explica que ambas representam a dupla face do programa de defesa social, cada qual com a sua funcionalidade. A Ideologia de Defesa Social (IDS) é caracterizada por ser uma ideologia em sentido negativo, portanto, “como um pano de fundo teórico que conforma o senso comum dos atores do sistema penal”.³²¹ Dessa forma, a IDS tem como funcionalidade pautar os saberes sobre crime e criminalidade, “definindo sua forma de interpretar o fenômeno delitivo”³²².

“[...] a ideologia da defesa social sintetiza, desta forma, o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (‘proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada para os infratores’) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral – intimidação – e especial – ressocialização)”.

A outra face do programa de defesa social, a Ideologia do Movimento de Defesa Social (MDS) representa uma ideologia em sentido positivo, pelos “sujeitos que compartilham o objetivo da transnacionalização de determinados projetos de reforma penal”³²³. Tal movimento, procurou estabelecer um modelo universal para a reforma das instituições penais, postulando a criação de um sistema integrado de ciências criminais visando a reunificação metodológica³²⁴. Dessa forma, o principal objetivo do MDS é a tutela da sociedade contra os criminosos a partir

³²⁰ Op. cit., p.82.

³²¹ Ibid.

³²² Ibid.

³²³ Ibid. P. 83.

³²⁴ “Assim, apostaria na criminologia como laboratório de investigação da ação criminosa como fenômeno individual e social; nos direitos penal e processual penal como mecanismos de fixação das regras de interpretação e aplicação das sanções; e na política criminal como ciência ou arte capaz de organizar e dar diretrizes ao legislador, ao juiz e à administração penitenciária sobre os meios de reação à criminalidade. A estrutura integrada” – Op. cit., p. 89.

dos sistemas de prevenção geral negativa (prisão como meio de causar temor para prevenir os delitos) e o tratamento do delinquente através da prevenção especial positiva (os res – ressocializar, reeducar, reinserir etc). Outra característica essencial do MDS é a contradição intrínseca entre a atribuição de um caráter humanista ao movimento – decorrente da negação as concepções tradicionais do direito penal como a função retributiva da pena –, concomitantemente à adoção de categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante etc. A adoção dessas categorias desmentem o caráter humanista, uma vez “que ao serem deslocadas do paradigma etiológico que ao retornarem ao horizonte de ação do direito penal, revigoram práticas autoritárias e segregacionistas.”³²⁵ Assim, o MDS transfigura-se na ideologia positiva da IDS, assumindo o caráter de catalizador e publicizador de seus princípios e objetivos.

Por sua vez, a Ideologia de Segurança nacional (ISN) conformada a partir da década de 1960, no contexto da guerra fria, como decorrência da invasão dos postulados ideológicos da Segurança Nacional na América Latina, institui uma lógica maniqueísta de ambas as ideologias anteriores, propiciando uma fusão de horizontes punitivos: “estabelecendo um estado de guerra total e permanente do sistema penal contra o crime (comum e/ou político)”. Assim, irá representar um supermodelo ideologizado de controle social, tendo como “função a eliminação do crime/criminoso através da coação direta das agências repressivas”.³²⁶

Nesse horizonte decorrente da ISN, a dicotomização e fragmentação do planeta em polos antagônicos – que separa de forma maniqueísta Estados e suas populações entre si – é consumida pelos aparelhos de Estado, separando a população interna também em polos antagônicos. Essa fragmentação internaliza a figura do inimigo a ser destruído, legitimando todo o arbítrio da violência estatal, que sob a ISN ganha legitimidade como um mal necessário para eliminar o inimigo.³²⁷ Pode-se supor a partir disso, então, que essa ideologia estabelece a lógica de separação interna que segregá o cidadão de bem, trabalhador, honesto, do criminoso, inimigo da população ordeira, que deve ser eliminado. A transposição dessa ideologia encontra

³²⁵ Ibid. P. 90.

³²⁶ Ibid. P. 92.

³²⁷ “A fragmentação do planeta em polos antagônicos em constante conflito igualmente separa a população, proliferando ideia de desagregação rapidamente consumida pelos aparelhos repressivos dos Estados. Assim, desde o ponto de vista dos regimes políticos ocidentais, sobretudo naqueles nos quais vigiam Estados de exceção como o Brasil pós -64, à constatação da existência de inimigos externos cuja ação é direcionada à corrupção dos valores morais alia -se o medo dos dissidentes internos – criminosos políticos e, posteriormente, os criminosos comuns. Não por outro motivo Borges Filho, ao pesquisar a estrutura política do governo militar brasileiro, percebe que “*a geopolítica dos militares latino - americanos visa não somente estabelecer os limites geográficos do Estado, mas trabalhar com as fronteiras ideológicas, um tipo de fronteira que não separa um Estado -Nação de outro Estado -Nação, mas uma parte do povo de outra parte do povo, no interior de cada Nação*”.” – Ibid. P. 93/94. Apud. BORGES FILHO, *Os Militares no Poder*, p. 54.

amparo na circunscrição espacial – as comunidades, favelas em que seus moradores são estereotipados como criminosos – e no racismo estrutural, normalizando as políticas de extermínio e da seletividade penal sobre essas pessoas.

Por fim, o terceiro pilar representado pela ideologia dos Movimentos Lei e Ordem, decorre também do contexto da década de 1960, representado pelos “movimentos de resistência à contracultura e de salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristão da sociedade ocidental”³²⁸. Os MLOs têm como característica a exploração dos pânicos morais, compreendendo o crime como uma patologia do convívio social, de modo a conceber o direito penal como único instrumento capaz de solucionar o problema da sempre crescente criminalidade.³²⁹ Nesse contexto suas principais metas seriam:

“a) justificar a pena como castigo e retribuição; (b) instaurar regime de penalidades capitais e perpétuas ou impor severidade no regime de execução da pena; (c) ampliar as possibilidades de prisões provisórias; e (d) diminuir o poder judicial de individualização da sanção.”³³⁰

Para atingi-las, mobiliza como principal instrumento os meios de comunicação de massa, com o fito de produzir um consenso sobre o crime e a criminalidade. Consequentemente, ampliam a visibilidade da violência individual, sobretudo das obras toscas da criminalidade, fixando no imaginário coletivo o estereótipo do delinquente.

Assim, a política de guerra às drogas emerge como uma fusão dos horizontes dessas ideologias tendo os princípios da IDS propagados pela MDS e pelo MLOs. Paralelamente, os governos autoritários nos países da América Latina configuraram o modelo belicista da gestão de segurança, orientados pelos estereótipos criminais. Igualmente, consolidaram as metarregras de criação, interpretação, aplicação e execução das leis penais, e identificaram os inimigos a serem neutralizados/ eliminados.

“A conclusão preliminar possível é a de que com a interação dos horizontes de punitividade (IDS, MDS e ISN), obtém -se modelo *superpositivista* de combate à criminalidade cujo efeito, através do uso propagandístico fornecido pelos *mass media* sensacionalistas, é a potencialização do princípio do bem e do mal na cisão da sociedade entre criminosos e não criminosos.”³³¹

6.3 A lei 11.343/06, particularidades, questões dogmáticas e processuais

³²⁸ Op. cit., p. 97.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Ibid., p. 98. – Grifei.

³³¹ Op. cit., p. 102.

A lei 11.343/06 emerge sob o signo da repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes, tendo seu rito processual inquisitório definido pela Lei 10.409/02 e Lei 9.034/05 – Lei do crime organizado. Uma das características mais importantes, é o fato da retórica concernente a Lei de Drogas ser da prevenção, entretanto, sua ênfase é repressiva. Outro elemento vital quanto à seletividade penal é fato do estatuto político criminal da Lei 11.343/06, ratificar a ambiguidade e a contrariedade dos mecanismos de criminalização primária e secundária, diante da descodificação da lei de 6.368/76, após 30 anos de vigência, bem como a publicação de diversos estatutos sobre o tema.

Assim, na Lei 11.343/06 o modelo proibicionista iniciado com a lei 6.368/76 não é somente mantido, como é reforçado. Apesar da descarcerização da conduta do porte para uso pessoal, não foi adotado na Lei de 2006 os projetos políticos descriminalizadores, moldados a partir das políticas de redução de danos.

“O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas.”³³²

Nesse contexto, a Lei 11.343/06 cria dois estatutos autônomos para o tratamento do usuário e do traficante, com “alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas”.

“Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restrinidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais (v.g. penas restritivas de direito). Neste quadro, fundamental lembrar que *“as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da ‘guerra contra as drogas’ proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim, seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio”*³³³

³³² Ibid. P. 118.

³³³ Op. cit. p. 119.

Partindo disso, algumas questões problemáticas que envolvem diretamente o presente trabalho. Primeiro, conforme destacado, a política de guerras às drogas plasmada na lei 11.343/06 tem como característica a repressão absoluta ao tráfico e, consequentemente, na prática a adoção do direito penal do inimigo³³⁴, em contraposição ao direito penal da ação. Isso terá implicações diretas que influem nos processos da seletividade penal, bem como na adoção da prisão preventiva não com meio de acautelar o processo (como veremos a seguir) mas como antecipação da pena. Alguns pontos problemáticos nesse contexto: (a) a tipificação da conduta como porte para consumo, tráfico de drogas ou tráfico privilegiado; (b) Em decorrência do limbo normativo quanto à tipificação entre as condutas anteriores, a atuação policial e seu depoimento como uma “superprova” para legitimar a tipificação como tráfico de drogas; (c) a ausência de distinção entre grandes e pequenos traficantes, em total distanciamento da proporcionalidade a partir do grau de afetação ao bem jurídico, que leva à seleção majoritária de usuários que traficam pontualmente para manter o vício e/ou em razão da seu pauperismo.

Iniciando pela problemática da tipificação da conduta entre a posse de drogas para consumo (art. 28, da Lei nº 11.343/06³³⁵) a conduta do tráfico de drogas (art. 33, caput, Lei nº

³³⁴ “A identificação das organizações dissidentes (domésticas ou internacionais) como problema penal, sobretudo aquelas cuja atuação é estruturada na utilização de métodos terroristas, tem levado à construção de novo discurso defensivista. Fundado em premissas análogas às quais objetiva combater, a resposta punitiva para a repressão dos grupos terroristas é forjada a partir de equânime direito penal do terror. A máxima na nova configuração da política criminal autoritária contemporânea parece ser *contra o terror das organizações criminosas o terrorismo de Estado*. [...] Nota -se, pois, redimensionamento no marco ideológico defensivista com a assunção formal da dicotomia bem e mal e com a estruturação explícita da beligerância como norte programático do direito e do processo penal. [...] A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de grupos terroristas para agregar as demais organizações criminosas, fornece condições de expansão das malhas de punibilidade a partir da radical ruptura com os sistemas de garantias constitucionais. A beligerância do discurso penal do inimigo reloca as ações de desrespeito à legalidade penal e as ilegalidades toleradas contra os direitos individuais exercidas pelas agências repressivas (direito penal subterrâneo) do plano fático ao discurso de legitimação. Abre espaço, portanto, para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).” – Ibid. 128-131.

³³⁵ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” – BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 DE AGOSTO DE 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 de agosto de 2006. P. 1-22.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. – Ibid.

11.343/06), e a figura privilegiada do tráfico de drogas (art. 33, §4º³³⁶). As condutas de posse para consumo e de tráfico de drogas, representam dois extremos das sanções e dos tratamentos penal, processual penal e penitenciário. Enquanto o porte para consumo tem como consequência a imposição de sanções como a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa, a conduta de tráfico de drogas tem como penalidade a reclusão de 5 a 15 anos.

Na seara da tipificação entre posse para consumo e tráfico de drogas os problemas são diversos, as destacando os principais representados pela vagueza normativa quanto aos critérios diferenciadores entre o porte para consumo e o trágico, e pela excessiva quantidade de verbos que determinam a conduta do tráfico de drogas. Quanto a vagueza, essa pode ser percebida pela simples leitura do §2º do art. 28, da Lei 11.343/06, o qual prescreve ao juiz que para identificar se o porte de drogas configura-se para consumo este deve atentar-se (i) à natureza e à quantidade da substância apreendida; (ii) ao local e às condições em que se desenvolveu a ação; (iii) às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A partir deste dispositivo, percebe-se que, primeiro, não há uma definição de um critério objetivo que determine a quantidade de drogas para diferenciar o porte para uso do tráfico. Consequentemente, a definição será calcada a partir das definições jurisprudenciais e nas circunstâncias em que se desenvolveu a ação, ou seja, os critérios que levam à tipificação são marcados pelo subjetivismo das autoridades policiais e dos juízes. Dessa forma, o critério circunstância coloca leva os depoimentos dos policiais a terem um peso quase que absoluto para classificação das condutas. Paralelamente, as circunstâncias sociais e pessoais claramente revelam uma tendência ao direito penal do autor, (inclusive, diversas vezes nas decisões analisadas a personalidade dos acusados foi argumento mobilizado para legitimar a tipificação do caput do artigo).

Nesse aspecto, cabe ressaltar que o advento do Tema 506, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635659, criou um critério objetivo para diferenciar, **no caso do porte para consumo da maconha (e somente da maconha)** uma quantidade máxima de 40 gramas ou 6 plantas-fêmeas. Assim, criou-se a presunção de que, caso uma pessoa seja apreendida portando até 40 gramas de maconha, sua conduta será considerada porte para consumo. Entretanto, apesar

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

³³⁶“ Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos , desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. “ – Ibid.

da criação desse critério objetivo, foi fixada a tese de essa presunção é relativa. Além disso, a discricionariedade inicial que permite o afastamento dessa presunção é do delegado de polícia, que assim como o §2º do art. 28, da Lei 11.343/06, deverá considerar elementos circunstanciais da prisão em flagrante, além da forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes:

[...]Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.”³³⁷

Portanto, percebe-se que, apesar da importância simbólica enquanto política criminal ao que concerne ao tratamento do usuário de maconha (dada a mudança de paradigma referente ao deslocamento da punição penal para sanção administrativa), na prática, a discricionariedade e o subjetivismo da autoridade policial, e posteriormente, do juiz ainda são extremamente determinantes.³³⁸ Ainda, cabe a advertência elabora do Cacicedo e Shimizu³³⁹, quanto ao fato de que, a maioria das pessoas aprisionadas por tráfico de drogas, são usuários que, para sustentar o vício ou e razão da sua pobreza, aderem à traficância de modo pontual. Assim, são selecionadas as pessoas que integram o pequeno varejo, a mão de obra mais dispensável da

³³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 635659. Relator Ministro GILMAR MENDES. Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024.

³³⁸ Um pequeno adendo, após o julgamento do Tema 506, cogitou-se analisar processos nos mesmos termos dos analisados nessa pesquisa. Entretanto, não foi possível em razão da demora de resposta pelo TJSP.

³³⁹ SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. **Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [s. l.], ano 24, n. 286, set. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim286.pdf>. Acesso em: 09 out. 2024.

empresa criminosa, ocupada pelos estratos periféricos e pobres – e em sua maioria compostos por pessoas negras – da população. Por outro lado, o “traficante empresário”, figura social e geograficamente distante das periferias, que lucra e investe no mercado de drogas a partir de operações financeiras e logísticas, encontra-se absolutamente invulnerável ao sistema penal”. Outra consequência importante adotada pelos autores é o fato de o critério objetivo permitir ao juiz utilizar a quantidade de drogas contra o investigado, como uma presunção negativa – uma vez que a quantidade apreendida for maior que 40 gramas, então trata-se de um traficante.³⁴⁰

Nesse contexto, Valois defende que essa indefinição normativa evidencia o propósito do legislador em criar um crime de fácil apuração, subvertendo e afastando totalmente a ideia do direito penal enquanto um instrumento de garantia contra o poder punitivo de estado, em prol da guerra às drogas como política criminal³⁴¹. Consequentemente, também é aumento o arbítrio policial.

“[...]O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração e condenação, - em nome da guerra às drogas, não só relativizou a necessidade • de comprovação do dolo, como ampliou ao máximo os verbos do crime de tráfico de drogas”, tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita. [...]. Todos esses verbos, a generalização do texto *definidor* do crime, a preocupação do legislador em dizer que basta a pessoa possuir drogas *em desacordo com determinação legal*, ou seja, retirando a necessidade de se provar qualquer desígnio do possuidor, são resultados do uso do direito penal como • medida de polícia, afastando completamente a legislação: penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado. É a força do poder político se exercendo por intermédio do legislativo, demonstrando o quanto a "violência institucionalizada é capaz de fixar discricionariamente os próprios limites - e de restringir até o mínimo sufocante os limites da legalidade, utilizando leis relativas""". A guerra às drogas convoca todos - os mecanismos de Estado”.³⁴²

³⁴⁰ “Contudo, a perspectiva de que o estabelecimento de um critério objetivo indicativo da traficância poderia atenuar o encarceramento em massa e a violência intrínseca à guerra às drogas traduz um paradigma alienante, que aposta no discurso diferenciador entre o traficante e o usuário, inexistente na realidade empírica. Nas prisões, o que se verifica é que **a pessoa presa por tráfico, quase invariavelmente, é usuária de drogas que, seja para sustentar o próprio uso, seja pela precariedade socioeconômica, acaba se envolvendo pontualmente na mercancia, ocupando os estratos mais baixos do negócio.** Do ponto de vista econômico, constituem mão de obra descartável e facilmente substituível, cumprindo a função de arcar com o ônus da criminalização. **Por outro lado, o “traficante empresário”, figura social e geograficamente distante das periferias, que lucra e investe no mercado de drogas a partir de operações financeiras e logísticas, encontra-se absolutamente invulnerável ao sistema penal, tendo-se em vista sua seletividade estrutural.** Tomando-se por base o fato de que a diferenciação entre traficante e usuário é meramente circunstancial, sendo que a diferenciação objetiva por meio de critérios quantitativos não dá conta dessa complexidade presente na realidade empírica, resta a conclusão de que, estando o sistema penal baseado sobre alicerces ideológicos discriminatórios e classistas, o estabelecimento de critérios objetivos de reforço do discurso diferenciador entre traficante e usuário poderá significar, mais que uma medida inócuia, um verdadeiro retrocesso quando se tem por objetivo o enfrentamento do encarceramento em massa da pobreza. Por um lado, o estabelecimento de um marco quantitativo, que sempre tende a ser demasiadamente baixo, certamente permitirá aos juízes e aos demais operadores do sistema penal procederem a uma interpretação perversa do critério, criando verdadeira “presunção de traficância” sempre que apreendida quantidade maior de droga que a estabelecida legal ou jurisprudencialmente - Op. cit. – Grifei.

³⁴¹ Op cit., p. 419-421.

³⁴² Ibid. P. 420.

Nesse contexto, Salo de Carvalho defende que, para corrigir a desproporcionalidade da aplicação das penas dos diversos verbos presentes no art. 33 da Lei de Drogas, bem como para diferenciar a conduta de porte para consumo, do tráfico de drogas³⁴³ é necessário: “um especial fim de agir”³⁴⁴, representado pelo “*desígnio mercantil*”.³⁴⁵ Tal disposição, por óbvio, deverá ser comprovada, de modo que, “havendo dúvida quanto à finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28”.

Quanto à figura do tráfico privilegiado prevista no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a esta determina como requisitos para adequação à qualificadora: (a) a primariedade e os bons antecedentes do agente; (b) a não dedicação e não integração do agente à organização criminosa. Quanto ao requisito de não dedicação e integração à organização criminosa, trata-se de uma questão extremamente problemática. Parte da doutrina entende que a ausência de dedicação pode ser verificada quando o agente não responde a outros inquéritos ou ações penais³⁴⁶. Todavia, e com mais razão, outro setor da doutrina entende que a definição de não se dedicar ou integrar organização criminosa não diz nada, dado que os requisitos que vedam a reincidência e os maus antecedentes já abarcariam essa dimensão. Em contraposição, se o agente é primário e de bons antecedentes, logo, não há qualquer indicação objetiva de que este se dedique à atividade criminosa.³⁴⁷

Partindo disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem usado como critério a elevada quantidade de drogas apreendidas³⁴⁸, para pressupor a dedicação à atividade criminosa. Além disso, durante a análise dos processos, chamou a atenção da adoção da ausência de atividade laboral como critério para atestar, em cognição sumária³⁴⁹, a dedicação à criminalidade, conforme o exemplo da decisão 1 – “nem de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas porventura sejam fonte ao menos alternativa de renda (modelo

³⁴³ “Propõe -se, portanto, como critério interpretativo de correção da desproporcionalidade no tratamento punitivo de condutas objetivamente idênticas, mas dispares no que tange à ofensividade ao bem jurídico, a necessidade de especificação dos elementos subjetivos de ambos os tipos penais, seja do art. 33 como do art. 28 da Lei 11.343/06.” Op. cit., P. 311.

³⁴⁴ Op. cit. p. 311.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Masson, Cleber. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. P. 70.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ STJ, AgInt no HC 241.207/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 12.09.2016. Em igual sentido: “O entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a não aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, AgRg no HC 330.858/MS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 05.09.2016).

³⁴⁹ No próximo capítulo será explorada essa relação.

de vida)”³⁵⁰. A aplicação da ausência de comprovação de atividade laboral como elemento a justificar o afastamento da figura do tráfico privilegiado, soma-se aos demais elementos levando à sobrecriminalização primária das pessoas marginalizadas e pobres, que neste trabalho é representado pela aplicação da prisão preventiva.

Todos esses elementos problemáticos apontados, têm como consequência a sobrecriminalização secundária, levando às pessoas pobres, e sobretudo negras, ao processo de encarceramento. Neste trabalho, foi possível observar a utilização da prisão preventiva a partir de todos esses elementos, levando ao acautelamento proporcionalmente maior de pessoas racializadas em comparação às brancas, mesmo que as primeiras portassem menos drogas que as últimas. Nos próximos capítulos serão apresentados definições e pontos essenciais do instituto das audiências de custódia e da prisão preventiva.

6. PRISÃO PREVENTIVA POR TRÁFICO DE DROGAS NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

A presente tese de láurea buscou compreender a seletividade penal no âmbito das audiências de custódia na conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva, analisando a raça dos réus e a quantidade de drogas apreendidas. O recorte específico das audiências de custódia e, neste momento, a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva, se deve ao fato de este ser o primeiro contato significativo do investigado com o sistema judiciário. Soma-se a isso, o fato de o instituto das audiências de custódia ser implementado, sobretudo, como um instrumento de garantia à legalidade da prisão preventiva e da verificação de violência policial quando da sua prisão. Ou seja, esse é o primeiro filtro judiciário no processo de encarceramento, em que, em tese, as garantias materiais e processuais deveriam ser, por excelência, o critério maior de direcionamento da ação estatal.

Todavia, como já comentado anteriormente na introdução, as prisões preventivas representam mais de 30% das prisões. Paralelamente, em razão da política de guerra às drogas, a prisão preventiva é mobilizada com a finalidade de neutralização, em flagrante antecipação da pena – que conforme será abordado é um ponto fulcral de ilegalidade e inconstitucionalidade da sua aplicação. Tal realidade material, representada pela seleção de pessoas pobres e, em sua maioria negras, no processo de criminalização e das prisões preventivas, opõe-se totalmente ao ideal de estado democrático de direito e do direito penal enquanto uma forma de contenção do

³⁵⁰ Decisão 1.

poder punitivo do Estado, revelando sua real face, qual seja, o controle da classe expurgada do processo econômico. Vejamos os principais elementos definidores e formadores das audiências de custódia e da prisão processual.

6.1 As audiências de custódia

O instituto das audiências de custódia representa, sobretudo, um meio extremamente relevante de acesso à jurisdição penal, representando uma das garantias da liberdade pessoal, enquanto uma obrigação positiva do Estado³⁵¹. Dessa forma, consiste na condução da pessoa aprisionada, sem demora, à presença da autoridade judicial, que “deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa”³⁵²: (i) exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão; (ii) apreciar questões relativas à pessoa do cidadão, verificando a ocorrência de maus tratos ou tortura.³⁵³

O principal fundamento normativo da aplicação da audiência de custódia foi recentemente incluso de modo expresso no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei 3.964/2019³⁵⁴, que alterou a redação do art. 310 do Código de Processo Penal³⁵⁵, passando a prever que, no caso de prisão em flagrante delito, deverá ser realizada audiência de custódia “no prazo máximo de até 24 (vinte quatro) horas após a realização da prisão.” Entretanto, o instituto já estava previsto em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sendo o principal destes a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁵⁶. Nesse contexto, a necessidade da comunicação imediata da prisão ao juiz decorre do fato desta se tratar de uma medida que nasce administrativamente, sendo “necessária a sua mais pronta jurisdicionalização, para que um juiz relaxe a prisão se ilegal, ou a convalide, se legal, hipótese em que o acusado não ficará preso se for adequada a liberdade provisória”³⁵⁷.

³⁵¹ PIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3ª Edição. Editora CEI, 2018. P. 38

³⁵² Ibid.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 3.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

³⁵⁵ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal.

³⁵⁶ “A convenção foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, sendo promulgada no Brasil pelo Decreto presidencial 678, de 6 de novembro de 1992. Tal tratado representa o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos do continente americano. Tem como objeto e objetivo “[...]a eficaz proteção dos direitos humanos nas Américas, pelo que deve ser interpretada de forma a atingir o seu pleno sentido e a permitir que os seus órgãos de controle (Comissão e Corte Interamericana) dela retirem todo o seu potencial e efeito útil” - Piovesan, Flávia. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book p.41

³⁵⁷ Badaró, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1675.

³⁵⁷ Ibid.. P. 1663.

A principal finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil consiste em (a) “ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos”³⁵⁸, bem como (b) “a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade”.³⁵⁹ e; (c) evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias.”.

Quanto ao seu procedimento, o art. 310 do CPP “passou a prever a necessidade de realização da audiência de custódia, no caso de prisão em flagrante delito, mas não disciplinou o conteúdo de tal audiência de modo detalhado”³⁶⁰, assim, a maior parte do seu procedimento é regulamentado por resoluções do CNJ, como a Resolução 213/2015³⁶¹. Em síntese:

A pessoa presa deve ser conduzida no prazo máximo de 24 horas da realização da prisão a um juiz (quando implementado o juiz de garantias este será o competente³⁶²), antes da audiência deverá ser assegurado o direito de o preso ter contato prévio e reservado com defensor (sem a presença de policiais)³⁶³.

Na audiência (i) “o juiz, antes de entrevistar o acusado, deverá esclarecer-lo sobre a própria audiência e sua finalidade, assegurando que o preso não esteja algemado, salvo casos excepcionais, dando-lhe ciência do direito de permanecer calado”³⁶⁴, bem como se foram respeitados seus direitos constitucionais de preso; (ii) o preso deverá ser interrogado sobre as circunstâncias da sua prisão (tortura, exame de corpo de delito etc)³⁶⁵; (iii) após a sua oitiva, deverá ser oportunizado ao Ministério Público e ao Defensor (nesta ordem) a possibilidade de fazer perguntas ao preso, compatíveis com a natureza do ato, não sendo permitidas perguntas sobre o mérito³⁶⁶; (iv) após a realização das perguntas ao preso, o MP e a Defesa poderão requerer “o relaxamento da prisão em flagrante, se ilegal; a concessão de liberdade provisória com ou sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão, ou, ainda, a decretação da prisão preventiva”³⁶⁷; (v) após ouvir as partes, o juiz deverá examinar os fatos favoráveis e contrários

³⁵⁸ PIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3ª Edição. Editora CEI, 2018. P. 41.

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Badaró, Gustavo Henrique Processo penal [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1672

³⁶¹ “No ano de 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, diversos Tribunais de Justiça editaram atos normativos internos, disciplinando a chamada audiência de custódia. Tais portarias ou resoluções foram submetidas ao controle de constitucionalidade e, recentemente, o Supremo Tribunal Federal confirmou a legalidade e a constitucionalidade das audiências de custódia, seja na ADPF 347/DF, seja na ADI 5.240/DF.” – Ibid. P. 1804 – Nota 229.

³⁶² Ibid. P. 1673.

³⁶³ Res. n. 213/2015, art. 6.º, *caput*) – BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Res. n. 213/2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. DJe/CNJ nº 1/2016, de 8 de janeiro de 2016, p. 2-13.

³⁶⁴ Ibid. art. 8.º, *caput*, I a IV.

³⁶⁵ Ibid. art. 8º, incisos V ao VII.

³⁶⁶ Ibid. art.8.º, § 1.º.

³⁶⁷ Badaró, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1675.

à prisão anterior, bem como considerar os “argumentos contrários à prisão preventiva e decidir sobre a sua manutenção, substituição por medida alternativa à prisão ou mesmo a sua simples revogação, tendo uma visão mais completa da situação”³⁶⁸. (iv) salvo decretação de prisão preventiva, o aprisionado deverá ser solto³⁶⁹.

Quanto à avaliação da prisão em flagrante e da prisão preventiva, Badaró conceitua que o juízo realizado na audiência de custódia é um “complexo bifronte”³⁷⁰, ou seja, o juiz ao mesmo tempo controla a legalidade do ato já realizado e valora a necessidade da prisão cautelar. Assim, “Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão [...] cautelar”³⁷¹.

Portanto, as Audiências de custódia representam um importante instituto que deveria representar uma proteção às garantias de liberdade dos investigados presos, sendo um importante filtro inicial do encarceramento dada a análise da legalidade da prisão preventiva e a necessidade ou não da prisão cautelar. Entretanto, o que se apura neste trabalho – no contexto do tráfico de drogas – é a subversão desta finalidade (ou discurso oficial), para sua mobilização como meio de antecipação da pena, mediada pela seletividade penal, através da decretação da prisão preventiva. Dessa forma, as audiências de custódia podem ser consideradas, no contexto brasileiro, o primeiro momento em que ocorre o fenômeno da sobrecriminalização judiciária, dentro do processo de criminalização secundária. O resultado, é a prisão desproporcional de pessoas pobres e racializadas por tráfico de drogas, conforme será indicado no próximo capítulo, e demonstrado no último capítulo ao apresentar os dados coletados.

6.2 A prisão preventiva

A prisão preventiva é um instrumento de cautelaridade do processo, representando uma entre diversas outras medidas cautelares processuais. Justamente em razão disso, também é chamada de cautelar pessoal, ou de prisão cautelar/processual. Ou seja, a prisão preventiva não decorre do direito material representado pelo direito penal, enquanto uma resposta à violação do direito, determinada de modo proporcional à extensão do bem jurídico lesado, após o trânsito

³⁶⁸ Ibid. P. 1676.

³⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Art. 310, *caput*, II, primeira parte.

³⁷⁰ Op. cit. P. 1676.

³⁷¹ Ibid.

em julgado etc. No contexto dessa tese, essa instrumentalidade, na prática, é subvertida para atender às demandas da política criminal de guerra às drogas, representando verdadeira antecipação da pena como estratégia de neutralização, em ignorância ao princípio da presunção de inocência.

Para conceituar a prisão preventiva, seus requisitos e finalidade, primeiro é necessário tecer breves considerações sobre o processo penal. Em essência, ao processo, em geral, é atribuído um escopo distinto do direito material, representado pela teoria dualista do direito. Nesta, o direito seria separado em dois “campos” distintos com características e finalidades próprias. Assim, o direito material é “composto por normas gerais e abstratas, cada uma delas consistente em uma tipificação de fatos previstos pelo legislador (hipótese legal, ou *faitispecie*) e fixação da consequência jurídica desses fatos (*sanctio juris*)”³⁷². Isso significa que os direitos subjetivos decorrem da imediata ocorrência dos fatos previstos em normas³⁷³. Em outras palavras, o direito material corresponde às normas jurídicas que disciplinam diretamente a “cooperação entre pessoas ou grupos e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade, ditando regras para essa cooperação e definindo quais dos interesses conflitantes deve prevalecer e qual deve ser sacrificado”³⁷⁴. Nesse contexto, o direito penal se enquadraria nesse grupo normativo.

Por sua vez, o escopo do processo penal seria “a atuação da vontade concreta do direito”. Nesse sentido, o objeto das normas processuais seria: “a disciplina do modo de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los, e às partes, de faculdades e poderes destinados a eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz.”³⁷⁵ Ou seja, a partir disso, percebe-se um caráter intrinsecamente instrumental do processo de modo geral. Essa dicotomia é fundamental porque está intrinsecamente ligada à finalidade declarada do processo de modo geral, e a partir disso, o processo penal. Nesse contexto, o direito processual é concebido no campo da dogmática jurídica como parte do direito público³⁷⁶, decorrente e intrinsecamente ligado ao direito constitucional, tendo como objetivo “dirimir conflitos interindividuais, pacificando e fazendo justiça em casos concretos”³⁷⁷, isso em todos os demais ramos da árvore jurídica em que o processo se relaciona com o direito substancial.

³⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel At. All. Teoria Geral do Processo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 31.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid. P. 139.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid., P. 77.

O Direito processual penal em específico³⁷⁸, de modo simplificado, teria como finalidade “a realização da lei penal”. Portanto, trata-se de uma concepção instrumentalista, definindo-o como um instrumento com uma dupla finalidade³⁷⁹: a satisfação da pretensão acusatória, e a realização do projeto democrático (função constitucional do processo)³⁸⁰. Nessa vereda, Binder critica essa concepção estreita, uma vez que esconderia a real função do Direito processual penal³⁸¹, bem como a intrínseca relação entre direito penal e processo penal, enquanto corresponsáveis pela configuração da política criminal, que em verdade conformam um “Sistema Penal”³⁸².

“Isso significa que os dois ramos da ordem jurídica regulam em conjunto o poder de punição do Estado. Assim, por exemplo, as garantias penais (princípio da legalidade ou culpabilidade) funcionam em estreitíssima relação com as garantias processuais, tais como a necessidade de um julgamento prévio ou a inviolabilidade da defesa em juízo.

Da mesma maneira, da eficiência na persecução penal dependerá a efetiva vigência das proibições penais, assim como a regulamentação do regime probatório outorgará seu sentido definitivo aos elementos do tipo penal.”³⁸³

Dessa forma, retomando a crítica pachukaniana, conforme abordado anteriormente, Pachukanis no capítulo sobre direito e violação do direito trata, justamente, do processo e do direito penal como partes integrantes do sistema penal. Assim, processo penal e direito penal conjuntamente, a despeito do discurso oficial, têm como finalidade o controle social da classe dominada com o intuito de manter a reprodução da sociabilidade capitalista. Paralelamente, conforme Weis diserta, no capitalismo bulímico, representa a última medida de expulsão das pessoas vomitadas do processo econômico. Nessa vereda, Lopes Jr. defende que o processo penal também é intrinsecamente influenciado pelos movimentos lei e ordem e de tolerância zero, enquanto um instrumento de gestão da pobreza³⁸⁴, dentro do contexto do neoliberalismo³⁸⁵.

³⁷⁸ Em razão do escopo do trabalho, optou-se por não adentrar na discussão quanto à autonomia epistemológica do processo penal frente a teoria geral do processo e do processo civil, mas autores como Binder e Lopes Jr., defendem que a ausência de autonomia epistemológica do processo penal do processo civil influi, por exemplo, na importação de institutos do processo civil para o penal sem a devida adequação à problemática penal.

³⁷⁹ Binder defende que não existe um único conceito para explicar o fenômeno do processo penal. Entretanto, defende a concepção a qual o Direito Processual penal por um lado é representado por tendências que o comprehende enquanto um “sistema de garantias face ao uso do poder do Estado” o qual procura “evitar que o uso desse poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa”. Por outro lado, seria concebido enquanto um instrumento para alcançar a aplicação efetiva da coação penal, tendo como objetivo a maior eficiência possível na aplicação do poder punitivo.

³⁸⁰ LOPES JR, Auri. Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4^a Ed. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2006. P. 25

³⁸¹ Op.cit., p. 18

³⁸² Ibid.

³⁸³ Ibid. P. 20.

³⁸⁴ Op cit., p. 12-22.

³⁸⁵ Ibid. P. 23.

O exemplo da presente tese ilustra muito bem essa instrumentalidade do processo penal no âmbito do capitalismo contemporâneo, uma vez que a utilização da prisão preventiva no contexto do tráfico de drogas revela o público-alvo da ação punitiva estatal: as pessoas pobres e racializadas. Paralelamente, essa seleção ocorre sem vínculo verdadeiro com o ideal de proporção de lesão ao bem jurídico, visto que em sua maioria tratam-se de pessoas que integram o pequeno varejo. Ainda, a finalidade da prisão cautelar é subvertida, e seus fundamentos mobilizados para garantir a sua aplicação, tornando-se a pena um fim em si mesmo.

Isto posto, passa-se aos elementos definidores da prisão preventiva. Primeiro, como já suscitado anteriormente, a prisão preventiva é uma das medidas cautelares de natureza penal. As medidas cautelares são um instrumento para garantir o êxito final da prestação jurisdicional da qual o processo é instrumento. Isso porque, diversos fatores como o tempo, podem interferir e até mesmo inviabilizar a prestação jurisdicional. Nesse aspecto, as cautelares são “um instrumento à serviço do instrumento”: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal, e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade.”³⁸⁶ Partindo dessa funcionalidade, no âmbito geral das cautelares – leia-se no âmbito cível por excelência – a aplicabilidade das medidas cautelares depende da observância de dois requisitos essências: (i) “a necessidade de que no caso concreto a existência do direito posto como fundamento da cautela se apresente pelo menos com razoáveis probabilidade”³⁸⁷, o que é cunhado como *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e; (ii) o perigo de que a insatisfação daquele direito, diante da natural demora na prestação jurisdicional, o que é cunhado como *periculum in mora* (perigo da demora).

As cautelares penais em específico, tem como objetivo “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir”³⁸⁸. Constituindo, assim, “medidas destinadas à tutela do processo e não medidas de segurança pública”. Ou seja, as medidas cautelares penais, não deveria em tese tornarem-se instrumentos imediatos da punição estatal como “meio de proteção da sociedade”, porque violaria imediatamente a garantia constitucional da presunção de inocência – o que será tratado mais adiante.

³⁸⁶ GOMES FILHO, Ântônio. [et al.] *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Ed. Rvista dos Tribunais, 2011.

³⁸⁷ GOMES FILHO, Ântônio. [et al.] *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Ed. Rvista dos Tribunais, 2011. P. 17.

³⁸⁸ LOPES JR, Aury. *Prisões Cautelares*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. P.31

Dessa forma, se as cautelares civis tem como requisitos essenciais o *fumus boni iuis* e o *periculum in mora*, no âmbito das cautelares penais os requisitos são representados pelo: (i) *fumus commissi delicti*, consistente na existência da “probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”³⁸⁹ e; (ii) o *periculum libertatis*, representado” pelo perigo decorrente do estado de liberdade do imputado”³⁹⁰. Quanto ao último, Lopes Jr. defende que, na verdade, o *periculum libertatis*, não consiste em um requisito para aplicação das cautelares, sobretudo da prisão preventiva, mas sim o seu fundamento³⁹¹. Isso significa que, para decretação da prisão preventiva, por exemplo, a liberdade do imputado deve representar um “risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou risco normal do desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova)”³⁹² Entre as medidas cautelares existem as pessoais (prisão preventiva e medidas alternativas à prisão) e as reais (sequestro de bens imóveis, especialização e registro da hipoteca real, arresto de bens imóveis etc.).

Nesse contexto, doutrina destaca que a tutela cautelar possui como características “a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade, a provisoriaidade”³⁹³. Em síntese, essas características representam: (i) instrumentalidade hipotética, a medida cautelar é um instrumento para garantir o resultado final de uma hipotética condenação³⁹⁴; (ii) a acessoriedade, consiste na ideia de que a medida cautelar não é um fim em si mesmo³⁹⁵; (iii) a preventividade significa que a medida cautelar tem como finalidade prevenir ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação³⁹⁶; (iv) a provisoriaidade, representa a necessidade de que a cautelar seja provisória, ou seja, perdura somente enquanto for necessária, não devendo ter caráter definitivo³⁹⁷; (v) a sumariedade,, significa que “a tutela cautelar não se baseia em um juízo de certeza”, ou seja, para decretação de uma medida cautelar é realizada uma cognição sumária não exauriente, porque essa última “exige um juízo de certeza, que no processo penal é imperativo constitucional por força da garantia da presunção de inocência, com o seu consectário probatório do *in dubio pro reo*”³⁹⁸ – a sumariedade da cognição

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid. P. 31.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Ibid. P. 32.

³⁹³ Badaró, Gustavo Henrique Processo penal [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1593.

³⁹⁴ Ibid. P. 1594.

³⁹⁵ Ibid. P. 1595.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid. P. 1596.

³⁹⁸ Ibid.

representa um dos maiores problemas identificados na decretação da prisão preventiva, uma vez que a superficialidade decorrente da necessidade da pronta análise para acautelar o processo leva a uma maior facilidade na obtenção da tutela cautelar, “o que nem sempre corresponde à realidade.”³⁹⁹; (vi) a referibilidade consiste na necessidade de que a tutela cautelar esteja atrelada “a crime específico, objeto da imputação formulada na denúncia do processo em relação ao qual a cautelar se mostra necessária.”⁴⁰⁰

Feita essa visão geral das cautelares penais, passa-se à prisão preventiva e seus elementos autorizadores. A prisão preventiva é concebida por Badaró como “prisão cautelar por excelência”⁴⁰¹, dentre todas as cautelares pessoais representa a mais grave. Dessa forma, considerando o princípio da proporcionalidade, deve-se considerar “a pena que provavelmente será aplicada, ainda que com base em uma cognição sumária”. Ou seja, “em nenhuma hipótese, e por nenhum dos motivos que caracterizam o *periculum libertatis*, pode-se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade”⁴⁰². Isto posto, Badaró sistematiza os elementos que legitimam e autorizam a decretação da prisão preventiva em pressupostos (positivos e negativos) para decretação da prisão preventiva, requisitos positivos da prisão preventiva e hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

Iniciando pelos **pressupostos positivos e negativos**, o art. 312 do CPP determina que a prisão preventiva poderá ser decretada “quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”⁴⁰³. Trata-se do já mencionado *fumus commissi delicti*, composto por dois aspectos consistentes na probabilidade existência do crime e de autoria. Nesse contexto, Lopes Jr. defende que o *fumus commissi delicti*, representa um requisito para decretação da prisão preventiva. Para que se verifique tal requisito, é necessário que se faça um juízo de probabilidade, ou seja, não basta a mera possibilidade da ocorrência de um crime. Isso significa que, para haver essa probabilidade, deve existir “uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. Paralelamente, para decretação da prisão preventiva, o fato praticado pelo agente não poderá ser acobertado por

³⁹⁹ Ibid. 1598.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid. P. 1629.

⁴⁰² Ibid. 1613.

⁴⁰³ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Art. 312, *caput*, II, primeira parte.

uma das excludentes de ilicitude, conforme prevê o art. 314, do CPP⁴⁰⁴, tal vedação representa os pressupostos negativos para decretação da prisão preventiva.

Cabe destacar sobre esses pressupostos negativos e positivos, que o juiz, ao analisar a ocorrência de um ou de outro para fundamentar a decretação da prisão preventiva, analisa, portanto, a tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade da conduta imputada. Entretanto, essa verificação ocorre através da cognição sumária, ou seja, sem grande dilação probatória. Dessa forma, no caso específico do tráfico de drogas, a partir da análise dos processos verificou-se que essa análise se baseia sobretudo nas seguintes provas: depoimento dos policiais (a prova suprema) e na perícia sobre as substâncias. Partindo desses dois elementos, é premida a tipicidade (em seus elementos objetivos e subjetivos) e afastada as excludentes de culpabilidade e antijuridicidade a partir da narrativa circunstancial dada pelos policiais.

Voltando aos elementos legitimadores da decretação da prisão preventiva, além dos supracitados também deverão estar presentes seus **requisitos positivos**, disciplinados pela primeira parte do caput do art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”⁴⁰⁵. Esses requisitos pertencem ao já mencionado gênero do “*periculum libertatis*”, ou seja, a verificação que o estado de liberdade do acusado gera um prejuízo ao processo. Nesse sentido, Badaró explica que esses conceitos que definem o conceito de *periculum libertatis* (garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e; assegurar a aplicação da lei penal) “são conceitos amplos, sem a descrição precisa das quatro situações fáticas que o caracterizariam.

Em síntese, a garantia à ordem pública é um conceito aberto – e por isso mobilizado em excesso e com arbítrio para legitimar a decretação da prisão preventiva - que “presta-se à qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”⁴⁰⁶. Nesse sentido, o conceito de ordem pública “relaciona-se, de forma geral, todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medida de defesa social”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.”

⁴⁰⁵ Ibid. art. 312, caput, primeira parte.

⁴⁰⁶ LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. P.117.

⁴⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio. [et al.] Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Ed. Rvista dos Tribunais, 2011. P. 23.

Sobre esse aspecto, Odore Sanguiné critica a mobilização ordem pública como elemento legitimador da prisão preventiva demonstrando como o conceito de “clamor público” está enquadrado no primeiro⁴⁰⁸. Para o autor, existem “fundamento apócrifos” na prisão preventiva, logo, fundamentos ocultos, que “além de suporem uma violação do princípio constitucional da legalidade da repressão (*nulla coacitio sine lege*) permite que a prisão preventiva cumpra funções não declaradas [...] mais importantes que as funções sociais propriamente ditas”⁴⁰⁹. Esse conceito evoca para si a ideia de clamor social, perturbação da paz e da ordem, também sendo sinônimo de temor social⁴¹⁰. Assim, a mobilização do clamor social a partir da garantia da ordem pública, representa uma dupla natureza: (i) “de pena antecipada por um lado, já que constitui uma sanção que satisfaz à sociedade”⁴¹¹ e; (ii) “de medida de segurança por outro, enquanto pretende, com a finalidade preventiva, isolar a um sujeito supostamente perigoso”⁴¹².

Assim, percebe-se a mobilização da prisão preventiva, a partir do conceito de ordem pública, não como um instrumento do processo, mas como um instrumento de antecipação da pena, com a finalidade de neutralização (prevenção especial negativa) e retribuição do delito (execução sumária), ainda que em cognição sumária. No contexto do tráfico de drogas, a partir da ideologia dos Movimentos Lei e Ordem, é flagrante a mobilização do clamor social no contexto da violação à ordem pública como justificativa para decretação da prisão preventiva. A gravidade abstrata do tráfico de entorpecentes, somado à concepção de violação à paz social, dentro da contraposição entre população ordeira *versus* os agentes do crime é amplamente mobilizada. Assim, independente da proporção da lesão ao bem jurídico (saúde pública), a necessidade da prisão para neutralizar os traficantes torna-se, por excelência, a finalidade da prisão preventiva.

Por sua vez, os requisitos positivos de conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, não são menos problemáticos. A conveniência da instrução criminal expressa sua finalidade instrumental, ou seja, busca “assegurar a eficácia do resultado do processo em si (por exemplo, evitar a fuga que impediria o cumprimento da sentença), mas sim

⁴⁰⁸ SANGUINÉ, Odore. A inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. In: SHECAIRA, Sérgio Salomai [At Al.] Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 257 – 295.

⁴⁰⁹ Ibid. P. 258.

⁴¹⁰ Ibid. P. 278.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² Ibid.

conservar os meios ou instrumentos (provas) para que se possa chegar a tal resultado (sentença condenatória)”⁴¹³. Paralelamente, assegurar a aplicação da lei penal, tem como finalidade “assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento condenatório que se mostra provável”⁴¹⁴. Nesse sentido, a principal hipótese da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal é representada pelo perigo de fuga do acusado.

Tanto a conveniência da instrução quanto a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, pelo seu caráter mais instrumental, pode levar ao entendimento de que seriam pressupostos positivos mais difíceis de serem desvirtuados. Entretanto, conforme será demonstrado, representam elementos essenciais da seletividade penal, dado a principal justificativa – no momento da audiência de custódia – é a ausência de indicação segura de residência fixa. Dessa forma, para todas as pessoas presas em flagrante, que no período até a audiência de custódia não comprovarem residirem em moradia fixa, ou ainda, aqueles que de fato não têm moradia fixa como pessoas em situação de rua, em moradia popular/coletiva ou irregular, tem a prisão preventiva decretada sob estes fundamentos.

Além dos requisitos positivos e negativos, para decretação da prisão preventiva é necessário que estejam presentes uma das situações do art. 313 do CPP⁴¹⁵. A primeira hipótese de cabimento (inc. I, do art. 313) é a necessidade do crime cometido ser doloso e com pena superior a quatro anos. Esse requisito, sobretudo quanto ao tempo de pena é essencial na presente pesquisa, dado que, caso a conduta seja tipificada como tráfico (com pena superior a 5 anos) já está presente a hipótese (considerando que o crime de tráfico é doloso). Por outro lado, a tipificação tanto como porte de drogas para consumo, quanto o enquadramento no tráfico privilegiado podem impedir a decretação da prisão, dado que a pena inicial cominada em abstrato é inferior a 4 anos. Nesse sentido, constatou-se que em razão da cognição sumária, e lastrado sobretudo nas questões circunstanciais decorrentes do depoimento dos policiais, essas condutas são de pronto afastadas, para assim se verificar essa primeira hipótese de cabimento.

⁴¹³ Badaró, Gustavo Henrique Processo penal [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1640.

⁴¹⁴ Ibid. P. 1641.

⁴¹⁵ “Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no [inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#); se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.” - BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal.

Além do crime doloso com pena inicial superior à quatro anos, será cabível a prisão preventiva se o agente for reincidente em crime doloso⁴¹⁶ (incisos II e III do caput do art. 313 do CPP), e se se tratar de “familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”⁴¹⁷. A última hipótese é representada pelo § 1º do mesmo artigo, prevendo uma “nova” 161 hipótese de cabimento da prisão preventiva: “(…) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (…)” .

Por fim, o último elemento sobre as prisões preventivas que é necessário destacar é a necessidade de fundamentação da decretação da prisão preventiva. Considerando a abertura conceitual sobretudo do conceito de ordem pública, bem como a verificação da materialidade delitiva (existência do crime a partir da verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e da autoria delitiva), o magistrado deverá fundamentar a sua convicção. Nesse sentido, é necessário que indique o juízo de probabilidade e justifique porque nenhuma das medidas alternativas à prisão é suficiente⁴¹⁸. Essa exigência está prevista na Constituição Federal (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal)⁴¹⁹, e foi reforçada pela nova redação do § 6º , ao qual a Lei 13.964/2019 acrescentou que “o não cabimento da substituição [da prisão] por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”⁴²⁰ Portanto, o magistrado não deve somente repetir os termos da Lei, afirmando que nenhuma outra medida é adequada, mas deve demonstrar “de acordo com elementos concretos, que cada uma das medidas alternativas menos gravosas que a prisão não se mostra suficiente para eliminar a hipótese de necessidade (CPP, art. 282, *caput*, e I) que exige a imposição de uma medida cautelar”⁴²¹. Entretanto, o que se observou na presente pesquisa foi a mobilização de decisões-padrão, que agrupam argumentos genéricos, com pouca ou quase nenhuma análise em concreto.

Finalmente, passa-se as análises dos processos.

⁴¹⁶ “Será cabível a prisão preventiva se o acusado for reincidente em crime doloso, ressalvada a chamada “prescrição da reincidência” (inc. II). Isto é, somente será cabível a prisão se o investigado já tiver sido condenado irrecorriblemente antes por um crime doloso - e não ter transcorrido mais de cinco anos do cumprimento da pena - e tornar a praticar outro crime doloso.” - Badaró, Gustavo Henrique Processo penal [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1644.

⁴¹⁷ Ibid. P. 1645.

⁴¹⁸ Ibid. P. 1648.

⁴¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴²⁰ Badaró, Gustavo Henrique Processo penal [livro eletrônico]. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. 1648.

⁴²¹

7. ANÁLISE DOS PROCESSOS.

7.1 A confirmação da hipótese inicial: a sobrerepresentação de negros portando proporcionalmente menos drogas

A presente pesquisa teve como macrotema o fenômeno da seletividade no âmbito das audiências de custódia, na decretação da conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva, especificamente por tráfico de drogas. Nesse contexto, buscou-se identificar como o racismo estrutural permeia esse fenômeno. Assim, foram suscitadas as seguintes perguntas: **(I)** como julga o Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito das audiências de custódia, os presos em flagrante por tráfico de drogas, racializados (pretos e pardos) e os não racializados (brancos)? A partir desta, foram elaboradas três perguntas derivadas sendo, **(I.a)** quais os elementos argumentativos que legitimaram a adequação típica ao delito de tráfico de drogas? **(I.b)** Investigados racializados têm a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva portando proporcionalmente menos drogas do que investigados brancos? **(I.c)** quais os elementos argumentativos jurídicos e sociológicos utilizados para legitimar a utilização da medida cautelar restritiva de liberdade?

Dessa forma, a primeira hipótese refere-se à identificação da prisão preventiva de investigados racializados portando menor quantidade proporcionalmente que investigados brancos. Sobre essa hipótese, vários estudos já atestaram essa realidade, como o levantamento da agência pública⁴²². Este verificou que as quantidades médias apreendidas de um só tipo de entorpecentes (maconha) a diferença é quase 8 vezes maior, uma vez que réus negros foram presos com uma quantidade mediana de 145 gramas, enquanto réus brancos foram presos com uma quantidade mediana de 1,14 quilos. Nesse sentido, 71% dos réus negros foram condenados, enquanto o percentual de réus brancos condenados foi de 64%. Outro estudo recente realizado pelo IPEA, constatou que o réu era negro em 46% dos casos de condenação por tráfico de drogas, enquanto os brancos representavam apenas 26%⁴²³.

Apesar destes precedentes, considerou-se necessário confirmar se, nos processos analisados nesta pesquisa essa seleção racial também seria evidenciada, dado o recorte

⁴²² PÚBLICA. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Levantamento. 6 de maio de 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 29 de maio de 2023

⁴²³ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). A Questão racial nos processos criminais por tráfico de drogas dos tribunais estaduais de justiça comum: uma análise exploratória. P. 7. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12439>. Acesso em 19.11.2024.

geográfico (cidade de São Paulo) e jurisdicional (audiências de custódia realizadas no Fórum Central da Barra Funda). Assim, uma vez atestada a maior quantidade de pessoas presas racializadas, relacionando a quantidade de drogas (que poderia servir como justificativa para o maior número de prisões), foi possível passar a análise dos fundamentos dessas prisões.

Na presente pesquisa, ao analisar os 164 processos que compõem a amostragem, verificou-se que 107 pessoas negras tiveram a prisão em flagrante convertida para prisão preventiva, frente a 57 pessoas brancas. Ou seja, pessoas racializadas representaram 64,46% das conversões. Nos 16 casos de grande apreensão de drogas, analisados em apartado, não houve diferença, foram presos preventivamente igualmente pessoas racializadas e brancos. A seguinte análise pode ser representada no quadro abaixo:

Tabela 1: Visão Geral – Quantidade de pessoas presas de acordo com a raça

Raça	Qtd Pessoas Presas Amostragem	QTD pessoas Presas Grande Apreensão
Brancas	57	8
Negras	107	9
Pretas	25	2
Pardas	82	7
Amarela	1	0
Outro ⁴²⁴	1	0

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Dessa forma, constatou-se a sobrerepresentação da decretação de prisão preventiva para pessoas racializadas. Nesse contexto, cabe destacar que de acordo com a Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL), de São Paulo, a população negra representa 43,5% do total, enquanto a população branca representa 54,3%⁴²⁵.

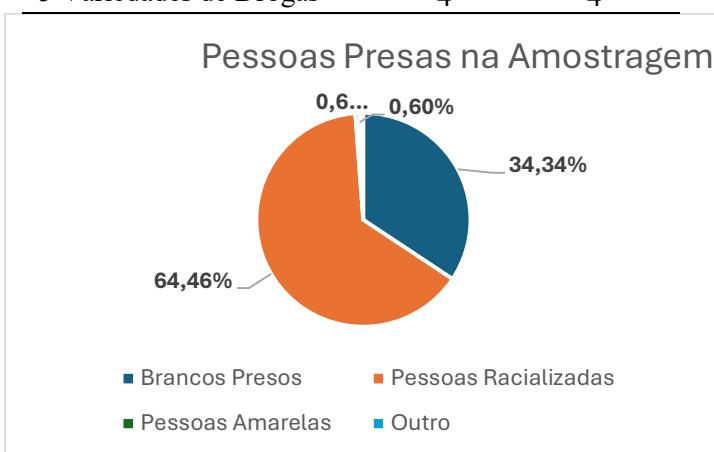
Figura 1: Decretação de Prisão Preventiva por Raça

⁴²⁴ Aqui a pessoa foi registrada como estrangeira apenas.

⁴²⁵ BRASIL. Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL). Informe Urbano, 2022. Disponível em:

[https://capital.sp.gov.br/web/licenciamento/w/noticias/368946#:~:text=O%20novo%20Informe%20Urbano%20mostra,0%2C2%25\)%20como%20ind%C3%ADgena](https://capital.sp.gov.br/web/licenciamento/w/noticias/368946#:~:text=O%20novo%20Informe%20Urbano%20mostra,0%2C2%25)%20como%20ind%C3%ADgena). Acesso em: 19.11.2024.

QTD VARIEDADE	Brancos	Negros
1 Variedade de Drogas	11	33
2 Variedades de Drogas	14	26
3 Variedades de Drogas	25	29
4 Variedade de Drogas	3	15
5 Variedades de Drogas	4	4



A pesquisa constatou que as pessoas racializadas também foram presas portando proporcionalmente menos drogas que as pessoas brancas. Nesse sentido, a média da quantidade de drogas apreendidas por pessoas racializadas foi de 319,15 gramas. Por outro lado, pessoas brancas foram presas em média com 430,66 gramas. Isso significa que há uma variação de 34,93% maior na quantidade de drogas apreendidas por pessoas brancas em comparação às pessoas racializadas. Partindo dessa constatação, foram analisados também a quantidade de pessoas presas preventivamente por raça, considerando a variedade das drogas apreendidas, uma vez que este critério é um dos adotados para tipificação da conduta.

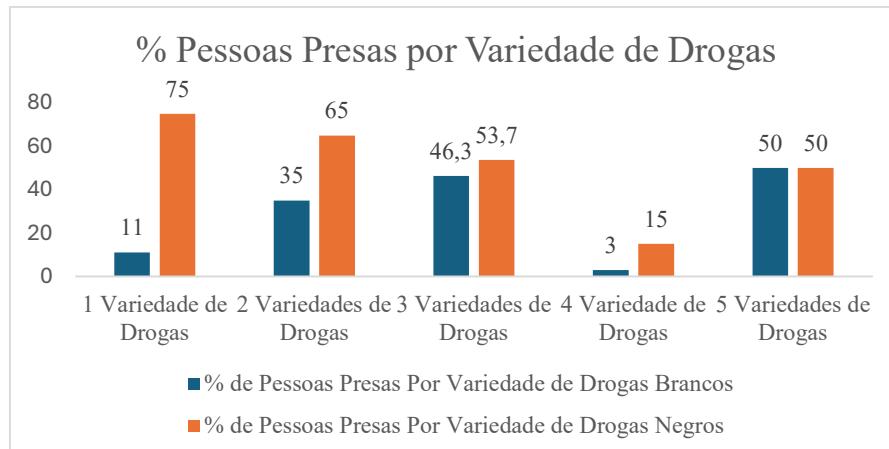
Tabela 2 – Quantidade de pessoas presas por variedade de drogas

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

A partir do quadro acima é possível constatar um número três vezes maior de pessoas racializadas presas preventivamente portando uma única variedade de drogas. Paralelamente, portando 2 variedades de drogas, as pessoas racializadas foram presas quase 2 vezes mais em comparação com as pessoas brancas. Dessa forma, percebe-se que no caso das pessoas negras, mais da metade das conversões se deram pela apreensão de até duas drogas distintas. Nesse contexto, outro dado que chama atenção, trata-se da comparação de pessoas presas preventivamente por raça portanto até 40 gramas de substâncias entorpecentes: 34 pessoas racializadas foram presas preventivamente portando até 40g, enquanto 7 pessoas brancas foram presas na mesma condição.

Dessa forma, considerando o total de pessoas presas por raça, a quantidade de pessoas negras presas com até 40 gramas representa 19,74% do total, enquanto de pessoas brancas representa proporcionalmente 13,74%. Ainda, foram identificados dois casos em que pessoas pretas foram presas portando menos de 40 gramas, especificamente de maconha. Ou seja, no atual cenário, posterior ao Tema 526 do STF, havia a presunção de posse para consumo em razão do parâmetro objetivo representado quantidade de maconha.

Figura 2: Percentual comparativo de pessoas presas por variedade de drogas de acordo com a raça



Fonte: Realização própria a partir da análise dos processos.

Nos 16 processos analisados em que foram apreendidas grandes quantidades de drogas, apesar de serem presas preventivamente a mesma quantidade de pessoas brancas e racializadas, a diferença entre as quantidades de drogas também foi considerável. Pessoas brancas foram presas com, em média, 337 quilos de substâncias entorpecentes, enquanto pessoas racializadas foram presas portando 37 quilos:

Tabela 3: Quantidade de drogas apreendidas em grande apreensão

Parâmetro	Brancos	Racializados
Soma do total de drogas apreendidas	883,05	110,382
Média do total de drogas apreendidas	337	37

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Portanto, os dados obtidos responderam afirmativamente a primeira pergunta “Investigados racializados têm a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva portando proporcionalmente menos drogas do que investigados brancos?”. Aqui, constatou-se inicialmente o fenômeno da seletividade penal como resultado dos processos de criminalização primária e secundária, que resultaram na prisão desproporcional de pessoas racializadas comparativamente às pessoas brancas, ainda que o grau de afetação ao bem jurídico tutelado, fora menor.

Cabe destacar, contudo, que não foi possível identificar dados que melhor representem a condição social dos aprisionados de modo geral. Apenas que, conforme será demonstrado posteriormente na análise das decisões, do total de casos analisados na amostragem (166), 85 pessoas tiveram como fundamento para decretação da prisão preventiva o fato de não indicarem precisamente moradia fixa, entre essas, 28 eram brancas e 57 eram pessoas negras. Novamente há uma disparidade, entretanto, esse é um indicativo importante do status social dos investigados de modo geral. Em que pese a diferença racial tanto na sobrerepresentação quanto na quantidade de drogas, as pessoas que foram presas aqui de modo geral são pessoas pobres.

Na esteira do que Semer indicou, trata-se de pessoas que compõem as camadas mais vulneráveis da população⁴²⁶, que como apontado por Cacicedo e Shimizu⁴²⁷, adentram no tráfico pontualmente e fazem parte do pequeno varejo. Assim, verifica-se que o processo de seletividade pena no contexto da guerra às drogas, atua nos termos argumentados por Weis, como o “principal veículo desse processo de sobrecriminalização bulímica com corte racial e classista”⁴²⁸.

7.2 A atuação policial

A atuação da agência policial representa o primeiro filtro da infra/sobre criminalização secundária. No caso do tráfico de drogas em específico, representa um dos elementos mais importantes para compreensão do fenômeno da seletividade penal, sobretudo no contexto racial. Conforme abordado, a atuação policial no contexto da guerra às drogas permitem o arbítrio e a mobilização do direito penal subterrâneo em prol do combate ao inimigo. Assim, a violência policial, os enquadros pautados no estereótipo criminoso intrinsecamente ligado à raça, são legitimados e não questionados pelo poder judiciário.

Em recente levantamento realizado pelo Instituto Sou da Paz, foi identificado que entre os meses de janeiro e agosto de 2024, foram assassinadas por policiais em serviço o total de 441 pessoas, dentre essas, 283 pessoas eram negras. Ou seja, 64,2% das pessoas mortas em operações policiais foram pessoas negras.⁴²⁹

⁴²⁶ “Ainda que não seja possível a discriminação precisa dos réus por faixa salarial, uma vez que a informação não consta nas sentenças, é possível fazer uma avaliação de capacidade financeira pela somatória de fatores, como a nomeação de defensor público ou dativo, desemprego ou empregos de baixa renda. Neste caso, os exemplos deixam evidente o estrato social que se destaca na condição de réu, por sua ocupação declarada: mecânico, instalador de vidro, lavador de carro, feirante, pintor de parede, servente, catador de papel, ajudante de pedreiro, eletricista, servente de pedreiro, lavadora de roupa, gesseiro, vigilante, garota de programa, carroceiro, ajudante geral, montador de andaimes, ajudante de pintor, açougueiro, motorista, professor de ensino público, cuidador de cavalo, auxiliar de serviços gerais, estudante do ensino público, doméstica, vendedor de mingau, camelô, lavrador, vendedor de fruta, pescador, chapa, barbeiro, entregado de água, babá, ajudante de marceneiro, estampador, funileiro, pizzaiolo, balconista, motoboy, canavieiro, manicure, telhadista, ajudante de ferreiro, reposito, marceneiro, funcionário de lava-rápido, madeireiro. O local da prisão, quando em comunidades carentes e outras observações apontadas pelo juízo, também contribuem para essa classificação.” - Semer, Marcelo. **Sentenciando o tráfico : o papel dos juízes no grande encarceramento.** [livro eletrônico]. - 1.ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 155.

⁴²⁷ SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. **Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [s. l.], ano 24, n. 286, set. 2016.

⁴²⁸ Op.cit., p. 311.

⁴²⁹ INSTITUTO SOU DA PAZ. Mortes cometidas por policiais em serviço aumentaram 78,5% nos primeiros oito meses de 2024; revela levantamento do Sou da Paz. Disponível em: <https://soudapaz.org/noticias/mortes-cometidas-por-policiais-em-servico-aumentaram-785-nos-primeiros-oito-meses-de-2024-revela-levantamento-do-instituto-sou-da-paz/> Acesso em:

Ao que se refere ao tráfico de drogas, a grande maioria das prisões em flagrante realizadas se deram no contexto do patrulhamento ostensivo, a partir dos chamados “enquadros”. Sobre o tema, Jéssica da Mata demonstrou que a partir da década de 1980, os enquadros “passam por um processo de autonomização em relação às demais práticas policiais”⁴³⁰, antes caracterizados por serem inseparáveis das “prisões para averiguação” que, geralmente, tinham objetivo de “limpar a cidade” de “vagabundos”, “trombadinhas” e qualquer um cujo modo de vida pudesse “perturbar a ordem”⁴³¹. Dessa forma, a partir da década de 80, os “enquadros ganharam relativa autonomia entre o repertório de práticas policiais até constituírem em si mesmos uma ferramenta de gestão da ordem urbana.

Nesse contexto, a autora desenvolve o conceito da “política do enquadro”, em que os enquadros são institucionalmente estimulados por três grupos de medidas quais sejam:

“1) proceduralização: diminuição dos riscos da interação entre polícia e público com a prescrição de procedimentos operacionais-padrão preocupados com a salvaguarda dos policiais durante a sua execução; 2) incentivo à técnica: fomento ao desenvolvimento de um conhecimento técnico acerca das *abordagens* que conferiu maior segurança jurídica ao policial que passou a ser capaz de fundamentar a prática em normas externas e internas diante de autoridades judiciais e do público em geral; e 3) *produtivismo*: transformação dos *enquadros* em medidas de produtividade apoiadas na adoção implícita ou explícita metas que estipulavam um número mínimo a ser realizado por um policial ou equipe”

Ocorre que, na prática, essa política de enquadro será aplicada a partir de dois fatores essenciais e intrinsecamente relacionados: o território, e o estereótipo dos criminosos. Quanto ao critério territorial, Raquel Rolnik ao analisar a segregação territorial na cidade de São Paulo, constatou que quanto mais periférica é a região, maior é a concentração de pessoas negras⁴³². Nesse sentido, a segregação territorial, também apresenta um afastamento dos direitos sociais, precarização do trabalho e maior atuação da violência policial:

“Nas franjas das periferias, a população negra ocupa as áreas mais pobres e estão mais sujeitas aos estigmas e à marginalidade social: referente ao apartheid social e racial, desemprego em massa, maior incidência de homicídios de jovens negros e pobres, condição precária de equipamentos públicos e privados de consumo coletivo, e as menores taxas de rendimento indivíduo familiar e tempo médio de escolaridade.”⁴³³

⁴³⁰Mata, Jéssica da. **A política do enquadro** [livro eletrônico]. 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 26.

⁴³¹Ibid. P. 27.

⁴³²ROLNIK, Raquel. A cor de São Paulo. Disponível em: <https://raquelrolnik.wordpress.com/2016/01/21/a-cor-de-sao-paulo/#:~:text=Trata%2Dse%20de%20um%20indicador,primeiro%20e%20segundo%20lugares%2C%20respectivamente..> Acesso em 19.11.2024.

⁴³³OLIVEIRA, Reinaldo José de. Interfaces entre as desigualdades urbanas e desigualdades raciais no Brasil: observações sobre o Rio de Janeiro e São Paulo. In: OLIVEIRA, Reinaldo José (org.). A cidade e o negro no Brasil: cidadania e território 2. Ed. São Paulo: Alameda, 2013, p. 64-65.

Sobre o tema, Dal Santo desenvolve que no contexto das guerras às drogas no processo de redemocratização pós ditadura militar, em razão do aumento da violência e da criminalidade (em um período marcado pelo aumento da pobreza e hiperinflação), as camadas mais pobres e periféricas foram alvo da violência institucional sistematizada. Por sua vez, essa violência está atrelada a vinculação do estereótipo do delinquente aos periféricos que habitam as favelas:

“Não por outro motivo, a favela aparece como habitat natural de pessoas perigosas, como se fosse um conjunto ou organização voluntária e homogênea, e não um ambiente heterogêneo produto da marginalização e segregação urbana, econômica e social, cria do próprio sistema. [...] Ademais, a concepção de criminalidade natural dos favelados vem desde a construção das favelas de modo ilegal ou abusivo, como se tais pessoas fossem incapazes de respeitar a lei. Assim, por não respeitarem a lei, são vistos como não cidadãos, violadores de direitos efetivados. **A guerra às drogas no interior das periferias representa a transformação de um problema socioeconômico em um problema de segurança pública.**”⁴³⁴

Ao analisar a política do enquadro, Jéssica da Mata, demonstra que a reformulação da Polícia Militar, aliada a superveniência de territórios dominados pelo Primeiro Comando da Capital, levou a representação policial das periferias com um mais intenso de táticas operacionais de policiamento na gestão desses lugares considerados “perigosos”. Consequentemente, “foram reabilitadas com roupagem ainda mais Desumanizadora”⁴³⁵.

Quanto ao estereótipo do criminoso adotado pela Polícia Militar, também atestou a sobrerepresentação de pessoas negras em comparação às brancas nas abordagens. Através de sua pesquisa empírica chegou-se à conclusão de que o “fenótipo-padrão” do suspeito acumula três características: sexo masculino, cor negra e idade entre 15 e 29 anos⁴³⁶. Para a autora, isso decorre dos seguintes fatores: (a) A vulnerabilidade socioeconômica dos jovens negros moradores de favelas, em sua maioria excluídos do mercado formal de trabalho; (b) maior proatividade da polícia nas áreas de favelização.⁴³⁷

⁴³⁴ . DAL SANTO, Luiz Phelipe. Racismo e Controle Social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 138. Ano 25. P. 269-303. P.284.

⁴³⁵ Como já demonstrado, a representação policial das periferias determina o uso mais intenso de táticas situacionais de policiamento. Via de regra, lugares “perigosos” implicam uma presença mais acentuada de forças táticas (tropas com treinamento especial para “situações de alto risco”), mas também a realização de mais operações de saturação, nas quais são comuns as práticas massivas de *enquadros* e invasões de domicílio. Assim, representações como “espaços da desordem”, que sempre rondaram as favelas da metrópole, foram reabilitadas com roupagem ainda mais desumanizadora, em que o Estado não apenas se furta à execução do papel de garantidor da qualidade de vida e de administrador de conflitos, como se utiliza disso para legitimar intervenções violentas e arbitrárias. – Op. cit., p. 136.

⁴³⁶ Ibid. P. 104

⁴³⁷ Ibid. P. 104/105

A consequência direta dessa criminalização de jovens negros retroalimenta e renova os preconceitos e ultrageneralizações sobre essas “pessoas que habitam o imaginário social dominante, tornando-se oportunidades para a justificação da desigualdade de classe e de raça”. Nesse contexto, esse viés racial é ainda mais evidente pelo fato de que, nos enquadros proativos⁴³⁸, “proporção de homens negros entre os suspeitos é maior em *enquadros* em que o policial agiu com ampla discricionariedade e baseado apenas na *suspeita*”⁴³⁹.

Utilizando a chave conceitual de infra/sobrecriminalização policial, conclúisse a partir do vies racial e territorial que, por um lado, a atuação policial deixa de abordar e averiguar condutas associadas ao tráfico de drogas em bairros centrais/nobres, bem como de abordar pessoas brancas (infracriminalização secundária policial), ao mesmo tempo que escolhe abordar mais pessoas marginalizadas nos territórios periféricos, jovens e negras (sobrecriminalização secundária policial). O resultado são os dados que se passam a demonstrar.

Primeiro, sobre qual corporação policial realizou o flagrante, verificou-se que a maior parte foi realizada pela Polícia Militar. Uma observação importante refere-se a diferença entre os escopos de atuação das polícias civis, militares e da guarda municipal. A Constituição Federal determina que a Polícia Civil atue enquanto polícia judiciária, em termos simples, seu principal escopo está na condução do Inquérito Policial e das investigações, operações de inteligência etc. o que não impede que ela realize ação ostensiva (CF, art. 144,§4º)⁴⁴⁰. Por outro lado, a Polícia Militar tem como função a realização do patrulhamento ostensivo, com a finalidade de prevenir e combater diretamente a criminalidade (CF, art. 144,§5º)⁴⁴¹. Por fim, a Guarda Municipal tem como finalidade a proteção aos bens públicos municipais (art. 2º LEI Nº 13.022, DE 8 DE AGOSTO DE 2014 – complementa o § 8º do art. 144 da Constituição Federal).

Tabela 4 – Corporação x Quantidade de Presos em Flagrante

CORPO CORPO CORPO	QTD de Presos em Flagrante
PM	106
GCM	20

⁴³⁸ A autora separa enquadros proativos dos reativos, sendo os primeiros aqueles em que a averiguação parte puramente da discricionariedade policial e os últimos, quando o policial reage a uma situação que presencia, ou quando provado, por exemplo por um chamado/denúncia anônima. Ibid. P. 105

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

PC	37
GUARDA METRO	1
GUARDA CPTM	1
GC Ambiental	1
Total	166

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Por sua vez, a corporação que mais prendeu pessoas racializadas proporcionalmente foi a Polícia Civil, entretanto, a corporação que mais prendeu em quantidade foi a Polícia Militar:

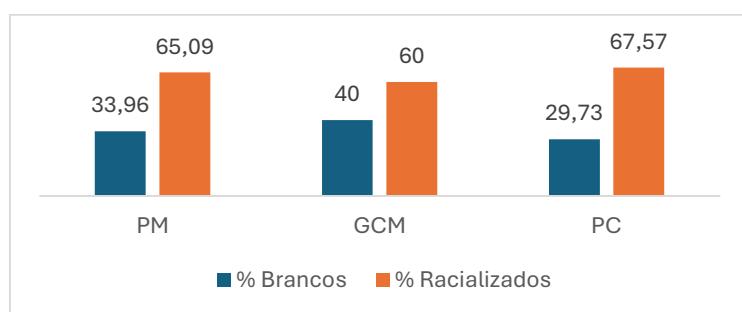
Tabela 5 – Presos por raça de acordo com a corporação que efetuou o flagrante

Corporação	Brancos	Racializados	Pretos	Pardos	Amarelo	Estrangeiro
PM	36	69	16	53	1	0
GCM	8	12	3	9	0	0
PC	11	25	5	20	0	1
GUARDA METRO	0	1	1	0	0	0
GUARDA CPTM	1	0	0	0	0	0
GC Ambiental	1	0	0	0	0	0
Total	57	107	25	82	1	1

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Nas três principais corporações (PM, PC, e Guarda Municipal) proporcionalmente a quantidade de pessoas presas em flagrante, por raça, pode ser representada conforme o gráfico abaixo:

Figura 3: Percentual proporcional de presos em flagrante por raça



Quanto ao tipo de diligência, a principal atividade policial que levou às prisões em flagrante foram o patrulhamento ostensivo e as operações (esquemas de blitz, operações visando o combate ao tráfico nas periferias etc.).

Tabela 6 – Flagrantes por tipo de diligência policial

Corporação	Operação	Investigação Preliminar	Patrulhamento	Denúncia Anônima	DILIGÊNCIA COMBATE AO TRÁFICO
PM	14	0	85	7	0
GCM	0	0	20	0	0
PC	15	2	5	5	10
GUARDA METRO	0	0	1	0	0
GUARDA CPTM	0	0	1	0	0
GC Ambiental	0	0	1	0	0
Total	29	2	113	12	10

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Percebe-se, portanto, que o estereótipo do criminoso a partir do viés racial decorrente do racismo estrutural já conceituado está presente em todas as agencias policiais que realizaram o flagrante. Além disso, as diligências que permitem maior arbítrio policial como o patrulhamento foram aquelas em que mais foram presas pessoas racializadas. Entretanto, quanto às prisões em flagrante realizadas pela Polícia Civil decorrentes de operações – que demandam inteligência, programação e poderiam demonstrar a ausência de um viés racial – foram presas o dobro de pessoas negras em comparação à brancos:

Tabela 7 – Flagrantes por raça em operações policiais

Raça	Brancos	Negros
PM	8	6
PC	5	10

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

A tabela abaixo demonstra a prisão em flagrante decorrente de patrulhamento policial:

Tabela 8 – Flagrantes por raça em patrulhamento

Corporação	Brancos	Negros
PM	27	57
GCM	8	12
PC (patrul. + dilig)	3	11

7.3 A análise das decisões

Este tópico se destina a analisar a sobrecriminalização judicial secundária, ou seja, como os juízes ao decretar a prisão preventiva seleciona mais pessoas racializadas proporcionalmente que pessoas brancas. Inicialmente, para analisar as decisões foi necessário

dividi-las em 3 modelos distintos de decisão, a partir do grau de fundamentação mobilizado. Isso porque, apesar da exigência constitucional e processual da fundamentação das decisões, foram empregados modelos padrão, com argumentos muitas vezes genéricos, . Dessa forma, as decisões do modelo “1” representam aquelas menos fundamentadas, enquanto as do modelo “2” representam aquelas que estiveram entre o modelo 1 e o modelo 3, que foram as decisões mais fundamentadas. Partindo disso, constatou-se uma ligeira maior utilização proporcionalmente de decisões mais fundamentadas para conversão da prisão em flagrante de pessoas racializadas conforme o quadro abaixo:

Tabela 9 – Percentual proporcional de conversões por modelo de Decisão

Raça	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
Branco	36,84	45,61	17,54
Racializados	34,58	48,60	16,82

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Após essa distinção, serão analisadas as decisões a partir dos critérios necessários para decretação da prisão preventiva, iniciando pelos pressupostos positivos (art. 312 do CPP) e negativos, (art. 314, do CPP). Seguindo pelos requisitos positivos (primeira parte do caput do art. 312 do CPP) e, por fim, as hipóteses de cabimento (art. 313 do CPP).

7.3.1 Pressupostos positivos e negativos

Para que a prisão preventiva possa ser decretada é essencial a configuração do *fumus commissi delicti*, prova da “existência do crime e indício suficiente de autoria”. Ou seja, por um lado, deve-se verificar se o fato imputado é típico, antijurídico e culpável, além da probabilidade da confirmação da autoria delitiva. Por outro, é necessário avaliar se não há excludentes de culpabilidade/ilicitude. Portanto, é a partir desses pressupostos que é avaliada, em cognição sumária característica da cautelaridade, a tipicidade da conduta e a prova de ocorrência dos fatos.

De modo geral, a prova da existência do crime (materialidade delitiva) e a autoria são verificadas pelos magistrados a partir do Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apreensão de Substância, auto de apreensão e o laudo de constatação da droga, além, claro, do depoimento dos policiais e do termo de interrogatório do investigado (quando este confessa). Importante

destacar que, no exame de tipicidade não foi identificada qualquer discussão sobre o verbo nuclear da conduta, muito menos sobre o elemento subjetivo do tipo. Na decisão, as circunstâncias do flagrante são copiadas do auto de prisão e coladas na decisão, sendo esse o referencial da conduta e do verbo empregado. Nesse sentido, também não foi identificado argumentação que verificasse as excludentes de ilicitude/culpabilidade. Entretanto, a partir do registro do flagrante foram levantados os seguintes dados representativos dos verbos pelos quais as condutas foram imputadas:

Tabela 10 – Quantidade de Pessoas Presas por Verbo e Raça

Verbos	Total	Brancos	Racializados
Trazia consigo	108	36	70
Guardar	19	8	11
Transportar	13	8	5
Vender	42	12	30

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Assim, proporcionalmente, foram presas mais pessoas racializadas por trazer consigo as substâncias, que nos demais verbos. Esse dado é relevante sobretudo considerando a extensão do perigo ao bem jurídico tutelado quando da apreensão, tendo em vista como parâmetro a quantidade de drogas apreendidas. Isso porque, verificou-se que verbos como trazer consigo e vender foram os que somaram a menor quantidade de drogas, apesar da sobrerepresentação numérica:

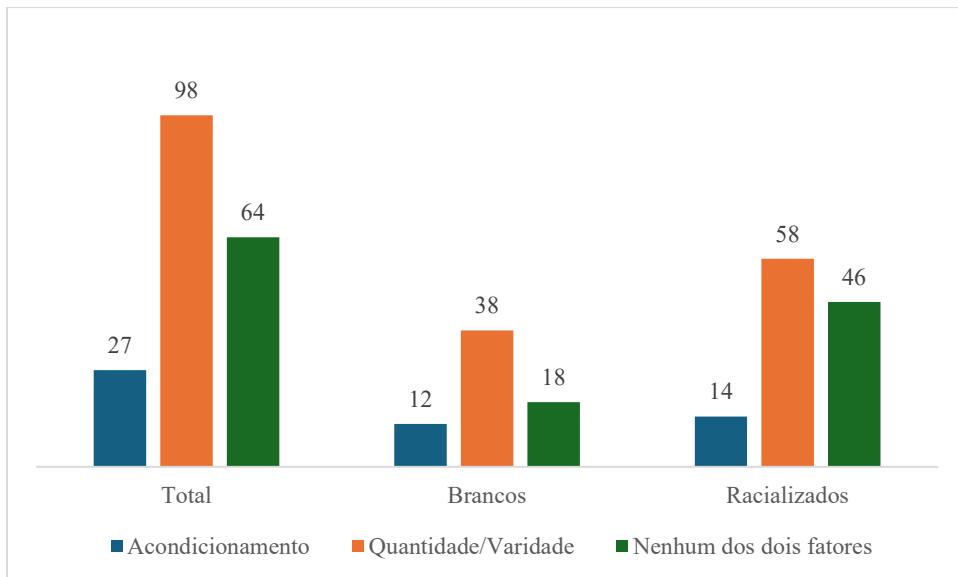
Tabela 10 – Quantidade Total de Drogas Apreendidas por Verbo

Verbo	Soma Total de Drogas Apreendidas
Trazia consigo	308,13g
Guardar	831,97g
Transportar	380,67g
Vender	220,78g

Fonte: elaboração própria por meio dos processos analisados

Nesse contexto da tipificação, **quando** são consideradas as circunstâncias do flagrante, a tipicidade do tráfico de drogas é considerada a partir da forma de acondicionamento das drogas, ou em razão da quantidade/variedade das substâncias apreendidas. Entretanto, frisa-se que em 38% dos processos analisados nenhum dos argumentos foi mobilizado para justificar a tipicidade. A ausência de análise das circunstâncias foi mais perceptível proporcionalmente para investigados racializados (42,99%), ante os brancos (38,55%).

Figura 4 – Justificação Tipicidade a partir de fatores circunstanciais (Quantidade)



Outra questão que chamou a atenção, foi a mobilização do argumento da quantidade/variedade de drogas, mesmo quando foram apreendidas menos de 40g das substâncias. Foram identificados 22 processos em que foram apreendidas menos de 40g e ainda assim foi utilizado como argumento para tipificação a quantidade/variedade de drogas, dessas 8 pessoas eram brancas e 14 eram negras.

A diferenciação do porte para consumo para o tráfico, quando é mencionada parte das questões circunstâncias acima, do depoimento dos policiais e é justificada a partir do seguinte texto padrão, que como mencionado, tem como pano de fundo na superficialidade da análise a cognição sumária:

“Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo.”

Por fim, o último elemento a ser analisado na subsunção do fato à conduta, é o afastamento do tráfico privilegiado (§4º, do art. 33, da Lei de Drogas)⁴⁴². Entre os processos analisados, foram notados 40 processos em que não houve qualquer fundamentação para afastar o tráfico privilegiado. Entre estes, 10 foram de pessoas brancas e 20 foram de pessoas racializadas.

⁴⁴²Lembrando, são requisitos para adequação à qualificadora: (a) a primariedade e os bons antecedentes do agente; (b) a não dedicação e não integração do agente à organização criminosa.

Os fundamentos mobilizados para afastar a figura privilegiada, bem como a quantidade de vezes mobilizadas, foram: (a) Texto padrão que aduz não se poder cogitar, na análise preliminar realizada na audiência de custódia, a sua aplicação, porque os requisitos necessários para seu conhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual⁴⁴³ (40 processos); (b) reincidência (38 processos); (c) atos infracionais – mobilizados como maus antecedentes (8 processos); (d) ausência de atividade laboral (49 processos); (e) quantidade/variedade de drogas apreendidas (15 processos); (f) evasão do sistema (1 processo); (g) local conhecido pelo tráfico (3 processos); (h) confissão (2 processos); (i) circunstâncias do flagrante (7 processos); (j) maus antecedentes (1 processo); outro crime (1 processo).

A tabela abaixo demonstra o percentual proporcional das principais justificativas por raça:

Tabela 11 – Percentual proporcional justificativa para afastamento do tráfico privilegiado

Argumento	Branco	Racializados
Texto Padrão	21,05	26,17
Reincidência	17,54	25,23
Atos Infracionais	5,26	4,67
Ausência ATV Laboral	42,11	22,43
QTD/Variedade das Drogas	7,02	10,28

A partir do quadro comparativo acima, percebe-se que os principais fundamentos para afastar o tráfico privilegiado de pessoas racializadas foram o texto padrão, a reincidência, ausência de atividade laboral. Além disso, chama a atenção o fato de que, mesmo que suas prisões tenham resultado em uma apreensão menor de drogas que dos investigados brancos, esse argumento foi mais utilizado que para estes que aqueles. No caso das pessoas brancas, além do texto padrão, o principal fundamento – bem a frente dos demais – foi a ausência de comprovação da atividade laboral. Quanto a mobilização da atividade laboral, é necessário tecer alguns comentários.

⁴⁴³ “Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes” – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência Processo nº 1512662-48.2022.8.26.0228. Disponibilizado em 28.05.2022.

Em síntese, a ausência de atividade laboral é mobilizada para afastar a qualificadora do tráfico privilegiado porque os juízes aduzem que:

“NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) – sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.”⁴⁴⁴

Diversos são os problemas decorrentes dessa correlação entre ausência de comprovação da atividade laboral e da dedicação à atividade delitiva. Primeiro, porque configura uma criminalização da pobreza em si, ainda que nos momentos mais prósperos da economia brasileira, o desemprego representa em um problema estrutural. Utilizar como fundamento a ausência de atividade laboral consiste na substituição de políticas públicas na gestão da pobreza pelo processo de criminalização. Segundo, se a cognição sumária impede que se faça um julgamento aprofundado do mérito, porque a comprovação da não dedicação às atividades ilícitas se torna, nesse momento, um ônus para o acusado? Em outras palavras, a presunção de que a ausência de atividade laboral demonstra a dedicação à atividade ilícita, sob o manto da cognição sumária, constitui frontal violação ao princípio da presunção de inocência.

Nessa vereda, o “texto padrão” que afasta a qualificadora sob a justificativa da necessidade de aprofundamento probatório ao longo da instrução criminal, igualmente inverte o ônus da prova e macula o *in dubio pro reo*. Em um contexto em que o processo penal, de fato, representasse um instrumento de garantia frente ao arbítrio estatal, exceto no caso em que se evidenciasse a dedicação e/ou integração à organização criminosa, o preso em flagrante deveria ter sua prisão relaxada.

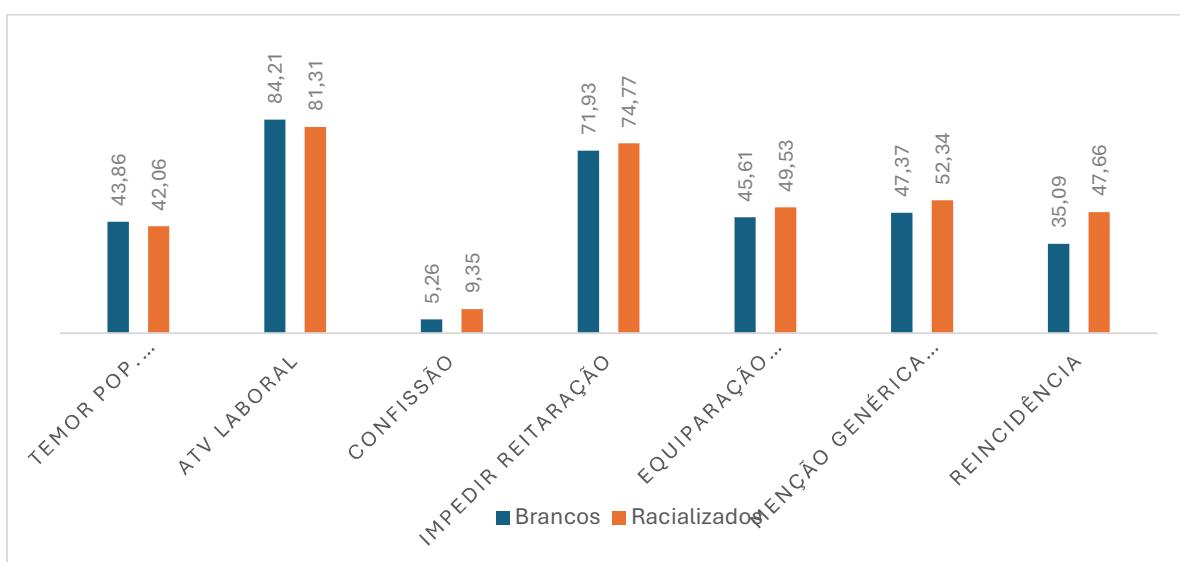
Em síntese, o exame da tipicidade é mitigado em razão da cognição sumária da cautelar pessoal. Além disso, a reincidência e a ausência de atividade laboral são elementos cruciais que levam à decretação da prisão preventiva, considerando que afastam a figura privilegiada.

7.3.2 Requisitos positivos e hipóteses de cabimento

⁴⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência. Processo nº 1508468-05.2022.8.26.022. Disponibilizado em: 09.04.2022.

A primeira parte do art. 312, *caput*, do CPP, prevê que a prisão preventiva poderá ser decretada “como garantia da ordem pública, da ordem econômica⁴⁴⁵, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.”. Iniciando pela garantia da ordem pública, os principais argumentos mobilizados foram: (i) Temor da População obreira com o aumento da criminalidade (70 processos); (ii) A equiparação ao crime hediondo o que denota a gravidade do crime (79 processos); (iii) Menção Genérica à lesividade da droga (83 processos); reincidência (72 processos). O gráfico a seguir representa proporcionalmente, por raça, como foram mobilizados os argumentos que legitimaram a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública:

Figura 5 – Comparaçao Proporcional de argumentos para legitimar a garantia da ordem pública



O argumento sintetizado no temor da população obreira, bem como da equiparação aos crimes hediondo, consistem no conceito de clamor público, já criticado neste trabalho, que evidencia a influência da ideologia dos Movimentos Lei e Ordem. Assim como a maior parte dos argumentos, foi mobilizado pelos juízes a partir de um padrão, correlacionado à gravidade do delito com a equiparação aos crimes hediondos:

“Neste aspecto, veja-se que a imputação que pesa contra o indiciado é gravíssima, delito equiparado ao rol dos crimes hediondos, o que denota periculosidade por parte do agente, consignando-se que essa infração penal intransquiliza a população obreira, de modo que é necessária a custódia para garantia da ordem pública.”⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Não foram identificados processos em que a ordem econômica foi mobilizada como justificativa para decretação da prisão preventiva.

⁴⁴⁶ Processo nº 1509532-50.2022.8.26.0228.

Por sua vez, a menção genérica a lesividade da droga consubstancia as ideologias da diferenciação (ao mencionar os usuários como vítimas a serem protegidas e os traficantes como criminosos a serem neutralizados), com as ideologias de segurança nacional e de defesa social. Também geralmente seguem um padrão que varia entre aqueles que descrevem os efeitos das substâncias entorpecentes no organismo⁴⁴⁷, e aqueles que indicam seu dano social⁴⁴⁸. Estes argumentos, as vezes isolados, as vezes combinados, subvertem claramente a instrumentalidade cautelar processual, para uma instrumentalidade material, enquanto antecipação da pena. Como demonstrado acima, apesar da reincidência ser uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o fato do agente ser reincidente é mobilizado com um elemento a justificar o acautelamento da ordem pública para impedir a reiteração delitiva:

“Não bastasse isso, há REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DE ---- DE DROGAS na espécie, circunstância impeditiva, nos termos da lei e na eventualidade de condenação, da concessão de regime menos gravoso. Outrossim, assentada a recalcitrância em condutas delituosas, cumpre prevenir a reprodução de novos delitos, motivação bastante para assentar a prisão ante tempus (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC), **não como antecipação de pena, mas como expediente de socorro à ordem pública, fazendo cessar emergencialmente a prática criminosa**”⁴⁴⁹

Passado o imbróglio da ordem pública, analisa-se agora os requisitos positivos representados pela necessidade de garantir a aplicação da lei e a conveniência da instrução. Nesse passo, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal foi mobilizado em 92 processos, enquanto a conveniência da instrução criminal foi mobilizada em 98 processos. O

⁴⁴⁷ “Para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência apela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, diferentemente da maconha (droga depressora), a Erythroxylum Coca é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranoia e debilita os elementos mais nobres da personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade (Delton Croce Jr. Manual de medicina legal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 665). Ou seja, tem-se a mistura perfeita para o fomento à criminalidade violenta. Daí a necessidade da cautela para a garantia da ordem pública. Apesar de o delito de tráfico de drogas não envolver ameaça ou violência, é equiparado a hediondo pela legislação vigente, causando vários danos à saúde pública e à ordem pública, na medida em que fomenta a violência e criminalidade, atingindo, principalmente, os jovens nas cidades. – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência. **Processo nº 1509532-50.2022.8.26.0228.** Disponibilizado em 23.04.2022.

⁴⁴⁸ “O efeito destrutivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes envolvidos na sua prática. Nota-se que o delito aqui praticado é grave, gravíssimo, equiparado a hediondo, aliás, uma vez que o indiciado estariam situação de tráfico de nocivo entorpecente (cocaína), em local já conhecido pela traficância” – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência. Processo nº 1514394-64.2022.8.26.0228. Disponibilizado em 21.06.2022.

⁴⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência. **Processo nº 1513439-33.2022.8.26.0228.** Disponibilizado em 08.06.2024.

principal argumento utilizado para legitimar esses requisitos foram a ausência de comprovação segura de endereço residencial fixo: “NÃO há ainda indicação precisa de endereço fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal”⁴⁵⁰. O quadro abaixo representa proporcionalmente como estes argumentos foram mobilizados, demonstrando uma maior adoção da conveniência da instrução criminal para pessoas racializadas:

Tabela 12 - % Proporcional

Requisito Objetivo	Total	Brancas	Racializadas
Assegurar a Aplicação da Lei	55,42	54,39	56,07
Conveniência da Instrução Criminal	59,04	54,39	61,68

A não indicação de endereço fixo foi mobilizada ainda que houvesse indicação de moradia fixa no Formulário de Risco para Covid-19 pela Autoridade Policial, no formulário sobre a vida pregressa ou no Extrato de Qualificação das Partes. Ainda que esses documentos possam ser preenchidos a partir do depoimento do investigado, configuraram registros de que há um endereço fixo. Nesse contexto em 21 processos a ausência de endereço fixo foi utilizada como fator para assegurar a instrução ou garantir a aplicação da lei, ainda que indicado o endereço fixo nesses documentos. Dentre esses, 14 eram pessoas pardas.

A utilização da ausência de endereço fixo guarda a mesma problemática da atividade laboral, por ser uma forma evidente de criminalização da pobreza. Morar em ocupação informal, em comunidades não registradas pela prefeitura, em ocupações coletivas, ou pior, em razão da pessoa estar em situação de sua, jamais poderia ser mobilizado como argumento processual para decretação de uma prisão. Ainda assim, foram identificadas decisões com o seguinte conteúdo:

“Relevante considerar, ainda, que o averiguado não comprovou, documentalmente, ter ocupação lícita– desempregado - **e residência fixa – morador de rua** - no distrito da culpa, tornando-se temerária sua imediata soltura, pois haveria risco de obstrução do andamento de eventual processo, caso não localizado para ser pessoalmente citado, em vista do teor do disposto no art.366, do Código de Processo Penal.”⁴⁵¹

⁴⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência. Processo nº 1513439-33.2022.8.26.0228. Disponibilizado em 21/06/2022.

⁴⁵¹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Termo de Audiência. Processo nº 1509696-15.2022.8.26.0228. Disponibilizado em 24.04.2022.

A análise dos requisitos positivos e das hipóteses de cabimento evidenciam a instrumentalização da prisão preventiva como antecipação da pena – ainda que os magistrados refutem –, sobretudo quanto à necessidade de “resguardar” a ordem pública. A gravidade em abstrato do tráfico de drogas, somada à periculosidade das substâncias, legitimam a aplicação da prisão preventiva independentemente da quantidade de drogas apreendidas. Nesse contexto, o clamor ao ensejo popular, representado pela dicotomia população ordeira, permite a subversão de princípios constitucionais e processuais, tudo pela “ordem pública”. Ainda, a ausência de comprovação de endereço fixo e atividade laboral remunerada, representam flagrante criminalização da pobreza que somado aos outros elementos resulta na desmedida e arbitrária aplicação da prisão preventiva.

Consequentemente, ainda que pessoas brancas, pobres e periféricas sejam afetadas pela política de guerras às drogas no âmbito das audiências de custódia, mais ainda o são as pessoas negras. Estas, presas portando menos drogas proporcionalmente que aquelas, estão ainda mais vulneráveis ao judiciário, que ratifica os atos policiais, mantendo no judiciário a criminalização secundária iniciada pelas agências policiais.

8. CONCLUSÃO

A presente pesquisa, ao analisar a amostra representada pelos 166 processos em que a prisão em flagrante foi convertida para prisão preventiva por tráfico de drogas, confirmou a sobrerepresentação de pessoas negras presas, portando menor quantidade de drogas proporcionalmente que pessoas brancas. Assim, foi possível atestar o fenômeno da seletividade penal, a partir da verificação da infra/sobrecriminalização policial e da sobrecriminalização judiciária.

Ao analisar como o Tribunal de Justiça de São Paulo, no Fórum Central Criminal da Barra Funda, decretou a prisão preventiva no âmbito das audiências de custódia, constatou-se que, nesse contexto, a verdadeira finalidade da cautelar pessoal não é outra se não a gestão da pobreza através do sistema penal, bem como a neutralização do inimigo interno no contexto da guerra às drogas.

Nesse sentido, frente a seletividade penal e subversão de princípios basilares como a presunção de inocência, de igualdade e proporcionalidade, restaram isoladas as funções declaradas do sistema penal, sejam aquelas ligadas a uma pretensa proteção de bens jurídicos

essenciais, sejam aquelas que lhe conferem o papel de contenção e racionalização do poder punitivo estatal. Em oposição, a finalidade do sistema penal enquanto instrumento de dominação de classe para reprodução da sociabilidade capitalista tornou-se evidente, na medida em que a seletividade penal configurou-se intrinsecamente ligada aos processos de exclusão econômicas típicas do capitalismo contemporâneo.

Intrinsecamente ligado ao processo de seletividade penal e a própria finalidade real do sistema penal, o racismo configura-se como elemento transversal a todas as agências do poder punitivo. Não obstante, seu caráter histórico e estrutural no contexto brasileiro, determina a estruturação de classe e está intrinsecamente ligado aos elementos justificadores e estruturadores da lógica de exploração. Paralelamente, conforma os estereótipos do criminoso em um ciclo de profecias que se autorrealizam a partir da atuação enviesada das agências policiais e da agência judiciária.

Assim, as ideologias que legitimam o sistema penal, sobretudo aquelas que instituem a política de guerra às drogas, atravessadas pelas ideologias racistas e provenientes do racismo estrutural, resultam no encerramento de diversas biografias negras, já profundamente vitimadas pela exclusão econômica e social. Desse modo, a seletividade racista do sistema penal, enquanto este perdurar, representará a maior prova de sua verdadeira finalidade.

- Machado, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017
- ALMEIDA, S. L. de. **Estado, Direito e análise materialista do racismo.** In: Celso Naoto Kashiura Junior; Oswaldo Akamine Junior, Tarso de Melo. (Org.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. 1.ed. São Paulo: Outras Expressões; Dobra universitária, 2015,
- Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pdf>
- APAP.
- BALIBAR, Etienne. **Raça, Nação e Classe: as identidades ambíguas.** 1^a ed. São Paulo: Boitempo, 2021.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade: A construção do outro como não ser como fundamento do ser.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.
- CNJ. DATAJUD. Dados de 2022. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em 13.11.2024.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **A invenção da Classe Trabalhadora Brasileira: O direito do Trabalho na Constituição da Forma Jurídica no Brasil.** Tese de Titularidade junto ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 43. Apud. Cf. TURCHETTO, Maria. As características específicas da transição ao comunismo. In NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *ANÁLISE MARXISTA E SOCIEDADE DE TRANSIÇÃO*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2005.
- DINIZ, Bruna Rachel de Paula. **Movimentos Identitários e Direito Penal:** as demandas dos movimentos negro, feminista e LGBT+ e a crítica marxista do direito penal. 2024. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-23052024-174559/>. Acesso em: 19 nov. 2024.
- DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical.** Forense, 1981.
- EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico] :as regras de inferência.** São Paulo : Direito GV, 2013.
- GOZALES, Lélia. HASENBALG, Carlos. **Lugar de Negro.** P. 69. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982
- MARX, Karl. Marx, Karl, Grundrisse : manuscritos econômicos de 1857-1858 : esboços da crítica da economia política / Karl Marx. **Introdução à Contribuição à Crítica da Economia Política** São Paulo : Boitempo ; Rio de Janeiro : Ed. UFRJ, 2011. E-book.
- MARX, KARL. **O Capital: crítica à economia política: livro I: o processo de produção.** P. 245. 2^a Ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MARX. **Do posfácio à segunda edição alemã do primeiro tomo de O Capital”** In: Marx; Engels. Obras escolhidas, São Pauo, Alfa-Ômega, S/d, V.2,
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** P. 247. 9^a Ed. Barueri-SP: Atlas, 2022
- MILLS, Charles W. **O contrato Racial.** Edição comemorativa de 25 anos. ^ Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.
- NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito.** 1^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Livro Eletrônico.
- OLIVEIRA, Fabiana. **Triangulação metodológica e abordagem multimétodo na pesquisa sociológica.** in Rev. Ciências Sociais Unisinos, v. 51, P. 135 – 137
- PACHUKANIS, Evguiéni. B.. Teoria Geral do Direito e Marxismo.1^a Ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SILVA, Júlia Lenzi. Para uma crítica além da universidade: forma jurídica e previdência social no Brasil. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28082020-030856/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

TAYLOR, Ian. WALTON Paul. YOUNG, Jock. **Criminología Crítica.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980

Vegh Weis, Valeria Todo preso es político : una historia sobre la in-justicia penal. 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2024.

Vegh Weis, Valeria Todo preso es político : una historia sobre la in-justicia penal. 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2024. P. 53-64.

ZAFFARONI [AT. AL] Direito Penal Brasileirto, Ed.Revan 2019. Rio de Janeiro.