



SENADO FEDERAL  
Instituto Legislativo Brasileiro – ILB

Rafael Cruz Bandeira

**O Direito Penal, a descriminalização e outras formas de controle social: o exemplo do pequeno tráfico.**

Brasília

2019

Rafael Cruz Bandeira

## **O Direito Penal, a descriminalização e outras formas de controle social: o exemplo do pequeno tráfico.**

Artigo científico apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como pré-requisito para a obtenção de certificado de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Justiça, Criminalidade e Direitos Humanos.

**Orientador(a): Prof. Dr. Tiago Ivo Odon**

Brasília

2019

## **Termo Geral de Autorização para Publicação Digital na BDSF**

Como titular dos direitos autorais do conteúdo supracitado, autorizo a Biblioteca Digital do Senado Federal (BDSF) a disponibilizar este trabalho gratuitamente, de acordo com a licença pública Creative Commons – Atribuição - Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma Licença 3.0 Brasil. Tal licença permite copiar, distribuir, exibir, executar a obra e criar obras derivadas, sob as seguintes condições: dar sempre crédito ao autor original, não utilizar a obra com finalidades comerciais e compartilhar a nova obra pela mesma licença no caso de criar obra derivada desta.

---

Assinatura do Autor / Titular dos direitos autorais

Rafael Cruz Bandeira

## **O Direito Penal, a descriminalização e outras formas de controle social: o exemplo do pequeno tráfico.**

Artigo científico apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como pré-requisito para a obtenção de certificado de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Justiça, Criminalidade e Direitos Humanos.

Aprovado em Brasília, em 30 de outubro de 2019 por:

### **Banca Examinadora:**

---

Prof Dr Tiago Ivo Odon

Senado Federal - ILB

---

Prof Dr Rafael Silveira e Silva

Senado Federal - ILB

# O DIREITO PENAL, A DESCRIMINALIZAÇÃO E OUTRAS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL: O EXEMPLO DO PEQUENO TRÁFICO.

Rafael Cruz Bandeira\*

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. PANORAMA PENAL BRASILEIRO; 2.1 A crise do sistema penal e da pena de prisão como única resposta; 3. FORMAS ALTERNATIVAS DE CONTROLE DE CONDUTAS DESVIANTES AQUÉM DO CONTROLE DO SISTEMA PENAL FORMAL; 3.1 O pequeno tráfico de drogas; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## RESUMO

O sistema penal no Brasil conta com sérias dificuldades no seu funcionamento, pelo número de crimes que engloba através de condutas nem sempre graves para a sociedade ou para a pessoa, além da insistência da cominação de pena de prisão. Lotam-se estabelecimentos penais com pequena criminalidade e junto a isso há uma miríade de crimes de média ou baixa lesividade que, por cominarem pena de prisão, mesmo sem levar necessariamente a encarceramento, são necessariamente processados pelo sistema penal, diminuindo ainda mais sua eficiência. Neste contexto, apresentou-se solução de descriminalização ou formas de controle não penal para tais condutas lesivas, analisando-se em concreto o crime de diminuto tráfico de drogas e sua adequação à solução descriminalizante, trazendo argumentos para demonstrar que a criminalização e pena de prisão ao pequeno tráfico sem conexão com outros crimes violentos ou de ameaça é completamente inadequada.

**Palavras- Chave:** Sistema penal; Descriminalização; Controle Social; Crime; Prisão.

---

\* Mestre em Direito pela UFBA. Analista de processo legislativo do Senado Federal. Advogado. Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1451053322602510>. E-mail: [rafaelcr@senado.leg.br](mailto:rafaelcr@senado.leg.br). Endereço: Av. Princesa Isabel, 669, Barra. Salvador/BA. CEP: 40130-030.

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro se encontra saturado, as delegacias de polícia funcionam na maior parte das vezes como cartórios de registros criminais, onde não se faz nada além de registrar a ocorrência e entregar uma cópia ao cidadão. Isto porque, a depender do tipo penal, não chegam a registro e conhecimento das instâncias legais nem 10% dos fatos<sup>1</sup>, o que muito se deve ao descrédito do sistema penal no recebimento das denúncias, seu processamento e conclusão.

Como afirmam Zaffaroni e Oliveira<sup>2</sup>, os discursos penais, assim como a teoria criminológica, clamam pelo poder punitivo como meio de prover segurança, ao tempo em que também destacam a necessária redução do poder punitivo por conta de efeitos paradoxais que produz.

Foucault<sup>3</sup> destaca o insucesso da prisão em sua realidade e efeitos visíveis desde entre 1820 e 1845, por desenvolver indivíduos cada vez mais perigosos e não corrigidos, corrompendo o indivíduo primário, favorecendo hierarquias e cumplicidades com organizações criminosas.

Quanto mais se punem crimes, à exceção das graves violações à pessoa e sociedade, e se punem criminosos não perigosos, ou ainda não integrados à cultura criminal, com a pena de prisão existente, que põe todos num mesmo ambiente, sem qualquer fiscalização e ingerência mínima do Estado, mais delinquentes se cria, mais se fortalecem organizações criminosas e mais se precisa punir, numa espiral crescente de criminalidade.

Esta observação demonstra que “o discurso estatal da punição no Direito Penal diverge da realidade da sua aplicação e dos meios empregados para sua consecução. Faltam instrumentos alternativos e flexíveis a serem postos a serviço da sanção estatal...”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL, Ministério da Justiça – SENASP. *Pesquisa Nacional de Vitimização*. Brasília, 2013, p. 13. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario\\_SENASP\\_final.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf). Acesso em 09 de setembro de 2019. Os menores índices verificados de crimes subnotificados chegam a apenas 2,1% para os crimes de discriminação e 7,5% para ofensas sexuais.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 03.

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad: Lúcia M. Pondé. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 234.

<sup>4</sup> BANDEIRA, Rafael Cruz e MIRANDA, Ana Carolina B. C. Uma contribuição da teoria da

Neste contexto, as condutas consideradas imorais, mesmo que ilegítimas, porém sem dano grave à sociedade ou pessoa humana, merecem ter tratamento diferenciado. Não somente com o afastamento da pena de prisão, salvo em casos que reincidência e circunstâncias indicarem os graves danos à pessoa e à coletividade, como também o processamento apartado do sistema penal com vistas a dar-lhe esperança de eficiência e efetividade para os graves fatos penais que afligem a sociedade.

Sendo assim, visualiza-se para condutas desviantes da normalidade, à exceção das graves violações, o uso estatal de outras formas administrativas de contenção, reparação, tratamento e assistência em separado de sistema policial judiciário e justiça criminal, bem como eventuais descriminalizações.

Neste contexto, busca-se analisar no âmbito do sistema penal a criminalização do pequeno tráfico de drogas sem relação com criminalidade organizada, e sem estar associado a porte de armas, violência ou grave ameaça.

Esta criminalização pela via da pena de prisão nos parece ir de encontro ao funcionamento eficiente e efetivo do sistema penal, uma vez que, assim como a extinta pena de prisão para o usuário de drogas, apenas reforça o ambiente carcerário com mão-de-obra para organizações criminosas, provoca a dessocialização deste preso por vezes primário, que não agiu com violência ou grave ameaça e não pertence a nenhuma organização criminosa nem demonstra completo desrespeito à vida em sociedade, mas se utiliza de conduta reprovável momentaneamente.

Por mais que tal conduta seja socialmente reprovável, enseja riscos sociais assim como o uso de drogas, que estimula o fluxo econômico do tráfico de drogas, a ideia de mobilização do sistema penal para tanto não é só contraproducente na forma de prevenção geral, diminuindo sua resposta contra criminalidade de alta periculosidade, como também gera efeitos contrários à prevenção especial, uma vez que proporciona o ingresso do pequeno traficante em organizações criminosas ou sua vulnerabilidade frente a estas, que dominam prisões e terão poder total sobre a pessoa dentro do cárcere.

---

argumentação para a redução de incongruências da punição estatal considerando direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 225-259, jan./jun. 2013.

## 2 PANORAMA PENAL BRASILEIRO.

Uma das críticas mais agudas dos criminólogos é a falta de dados e informações acerca da criminalidade.

Seja para combatê-la, para criticar este combate, para propor novas formas de lidar com o crime ou mesmo para embasar a problemática escolha dos crimes dentre as condutas humanas, necessita-se de dados para tanto.

Munidos de informações, pode-se avaliar as críticas postas pela criminologia, como se há mesmo um problema criminal ou se este problema é imaginário apenas e super inflacionado pelos meios de comunicação.

Segundo dados da SINESP<sup>5</sup>, Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas, divulgadas no site: <https://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/sinesp-1/bi/dados-seguranca-publica>, de 2015 a 2018, temos as seguintes taxas de vítimas de homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte no Brasil:

---

<sup>5</sup> BRASIL, Ministério da Justiça- Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp): *Incidência criminal no Brasil (2015-2019)*. Extrator de dados. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZDYwYjNkOTQtMmI4Yy00NzRmLTgyZGQtOWYwYzI3ZGEyZDI3liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThiMSJ9>, acesso em 06/09/2019.



<b>Tabela 1 - Taxas de vítimas de crimes de homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e latrocínio por ano</b>					
<b>2018</b>			<b>2017</b>		
vítimas	crime	taxa de por 100 mil habitantes	vítimas	crime	taxa de por 100 mil habitantes
<b>49.162</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>23,58</b>	<b>56.246</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>27,09</b>
<b>915</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,44</b>	<b>983</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,47</b>
<b>2.016</b>	<b>latrocínio</b>	<b>0,97</b>	<b>2.516</b>	<b>latrocínio</b>	<b>1,21</b>

  

<b>Tabela 1 - Taxas de vítimas de crimes de homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e latrocínio por ano</b>					
<b>2016</b>			<b>2015</b>		
vítimas	crime	taxa de por 100 mil habitantes	vítimas	crime	taxa de por 100 mil habitantes
<b>51.526</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>25</b>	<b>48.981</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>23,96</b>
<b>771</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,37</b>	<b>750</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,37</b>
<b>2.330</b>	<b>latrocínio</b>	<b>1,13</b>	<b>2.028</b>	<b>latrocínio</b>	<b>0,99</b>

Fonte: Ministério da Justiça- Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp)

A tabela acima trata do número de vítimas envolvidas, já quanto ao número de ocorrências criminais registradas trazemos a tabela abaixo:

<b>Tabela 2 - Taxas de ocorrências criminais registradas por ano</b>					
<b>2018</b>			<b>2017</b>		
Ocor- rências	crime	taxa de por 100 mil habitantes	Ocor- rências	crime	taxa de por 100 mil habitantes
<b>45.846</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>21,99</b>	<b>53.335</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>25,68</b>
<b>896</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,43</b>	<b>1.002</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,48</b>
<b>1.846</b>	<b>latrocínio</b>	<b>0,89</b>	<b>2.365</b>	<b>latrocínio</b>	<b>1,14</b>
<b>35.785</b>	<b>tentativa de homicídio</b>	<b>17,16</b>	<b>40.024</b>	<b>tentativa de homicídio</b>	<b>19,27</b>
<b>48.360</b>	<b>estupro</b>	<b>23,19</b>	<b>46.889</b>	<b>estupro</b>	<b>22,58</b>

<b>Tabela 2 - Taxas de ocorrências criminais registradas por ano</b>					
<b>2016</b>			<b>2015</b>		
Ocor- rências	crime	taxa de por 100 mil habitantes	Ocor- rências	crime	taxa de por 100 mil habitantes
<b>51.569</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>25,02</b>	<b>49.564</b>	<b>homicídios dolosos</b>	<b>24,24</b>
<b>779</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,38</b>	<b>721</b>	<b>lesão corporal seguida de morte</b>	<b>0,35</b>
<b>2.427</b>	<b>latrocínio</b>	<b>1,18</b>	<b>2.186</b>	<b>latrocínio</b>	<b>1,07</b>
<b>41.913</b>	<b>tentativa de homicídio</b>	<b>20,34</b>	<b>42.958</b>	<b>tentativa de homicídio</b>	<b>21,01</b>
<b>43.652</b>	<b>estupro</b>	<b>21,18</b>	<b>40.876</b>	<b>estupro</b>	<b>19,99</b>

Fonte: Ministério da Justiça- Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp)

Aliadas a estas altas taxas de crimes gravíssimos temos as cifras negras, bastante presentes em alguns dos tipos penais acima, como o estupro<sup>6</sup>, não sendo descoberto em muitos casos ou não denunciado em outros, ainda por vergonha, revitimização, e exposição a estigma na sociedade.

Estudo do IPEA levado a campo em 2013 aponta que apenas 10% das vítimas de crimes com violência sexual denunciam o crime, o que multiplicaria por 10 o número real de casos<sup>7</sup>, apontando para mais de 200 casos por 100 mil habitantes a partir de 2016.

Em sentido similar, a Pesquisa Nacional de Vitimização feita no Brasil com um desenho amostral definido pelo Ministério de Justiça com base na população de Regiões de Vitimização, bem como com base em questionário já definido, apresentou dados ainda mais graves: apenas 7,5% das ofensas sexuais são notificadas<sup>8</sup>.

No que toca aos homicídios, podemos citar os desaparecidos, que em muitos casos deveriam compor número de vítimas daquele crime, porém pelas circunstâncias e desaparecimento do corpo dificilmente são notificados.

No anuário Brasileiro de Segurança Pública<sup>9</sup>, fala-se em 694 mil casos de desaparecimentos entre 2007 e 2016, com 81 mil casos em 2016 e 82 mil casos apenas em 2017, taxas respectivas de 39,4 e 39,8 por 100 mil habitantes, o que potencializa bastante o número de homicídios não conhecidos e que compõem as cifras negras.

Não se pode dizer que a criminalidade é apenas uma questão de mídia, que aumenta a sensação de insegurança, como defende Zaffaroni<sup>10</sup>, em que pese concordarmos com praticamente todas as suas observações seguintes.

Isto porque, está certíssimo o autor quando defende que as políticas

---

<sup>6</sup> RIBEIRO, Pedro M. M. *Baixa Comunicação Do Crime De Estupro No Brasil: A Cifra Negra E A Estigmatização Da Vítima*. Curitiba: 2017. Monografia (Graduação) UFPR.

<sup>7</sup> BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde*. Brasília, 2014, p. 6. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf). Acesso em 07 de setembro de 2019.

<sup>8</sup> BRASIL, Ministério da Justiça – SENASP. *Pesquisa Nacional de Vitimização*. Brasília, 2013, p. 13. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario\\_SENASP\\_final.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf). Acesso em 09 de setembro de 2019.

<sup>9</sup> Anuário brasileiro de segurança pública: 2014 a 2017. *Fórum brasileiro de segurança pública*: 2018, p. 15.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

públicas não podem ser realizadas a bel-prazer de cada gestor, mas sim que deve haver decisões razoavelmente estáveis baseadas em estudos focados na prevenção e na pena.

O fracasso da pena de prisão é retumbante, porém é a resposta mais dura que se tem numa sociedade que está imersa em crimes graves, os quais citamos as taxas de alguns anteriormente.

Deste modo, cremos que medidas mais restritivas e recrudescentes visando a diminuição dos crimes gravíssimos contra a pessoa são necessárias por um lado e medidas desencarceradoras para crimes basicamente não violentos, sem tanta gravidade quanto os citados aqui ou que tragam em si questões morais ou conflitos entre bens jurídicos atinentes à própria pessoa e sem periculosidade social.

Na maior parte dos crimes e para a maior parte dos réus a medida defendida é justamente menos (ou nenhuma) prisão e mais formas de controle alternativas.

Porém não se pode perder de vista que, assim como crimes graves chamam atenção da mídia e reclamam punições midiáticas, em que pese não sejam cotidianos, as medidas mais gravosas exercem a mesma força sobre grupos de pressão que, sem se importar com a excepcionalidade de determinadas medidas, clamam pretensamente por direitos humanos.

No sentir de Zaffaroni<sup>11</sup>, há uma criminologia de mídia, divulgada na imprensa, que escolhe as vítimas e os criminosos de acordo com a carnificina do delito, os requintes de crueldade, mas também a classe social. Deste modo, constrói monstros, aumenta sua audiência e cria mitos de insegurança na sociedade. Clama por mais punitivismo, desumaniza os cruéis criminosos e os afasta como terroristas, enquanto podem ser achados em qualquer lugar e classe social.

Ao invés de levar-se em conta estudos, avaliam-se assim matérias jornalísticas, que chegam a influenciar estudiosos e concretizar senso comum errôneo na sociedade acerca da violência e dos métodos de sua repressão e prevenção. Mitifica o herói assassino de vilões e que faz justiça com as próprias mãos.

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Interessante notar que o autor não nega que aconteçam graves crimes, e que para isso deve o Estado se atentar, mas que as respostas não podem ser as mesmas que não produzem qualquer efeito desde séculos, e que para se tentar evitar tais ocorrências não é na mídia nem em falas demagógicas e populistas que estão as respostas.

Nas palavras do ilustre autor os problemas criados por leis mais severas:

não são os criminosos violentos, mas sim o fato de encherem as prisões com aqueles que não cometeram nenhum assassinato e inclusive com aqueles que não fizeram nada, com uma altíssima probabilidade de convertê-los em criminosos violentos por efeito reprodutor<sup>12</sup>.

Concordamos *in totum* com esta análise, agregando que nos parece que as penas aplicadas aos graves crimes contra a pessoa não podem ser tímidas, por mais que, para Zaffaroni, não gerem efeito de prevenção, o que de todo modo há controvérsia na doutrina e nos mais abalizados mestres.

Com base neste panorama, concordamos com Masi, ao afirmar que o objetivo primordial no Brasil é diminuir a violência: assassinatos, graves lesões físicas ou psíquicas<sup>13</sup>. Crê o autor que a tensão social advém da sociedade de risco, que cultura do medo influencia fortemente sistemas sociais, com exploração da violência por meios de comunicação e, cita a legitimidade do direito na proteção das legítimas expectativas e confiança.

Essa confiança e expectativas advém de atuação conforme a lei e princípios constitucionais, da atuação firme nos casos mais graves de violação dos direitos da pessoa e nos casos de grave periculosidade à vida em comum, e o discurso penal consentâneo com prática.

Ocorre que, como veremos, a criminalização excessiva que utiliza da ameaça da pena de prisão extensível a basicamente todos os crimes, a falta de formas alternativas de controle à margem do sistema penal formal, e a sobrecarga do sistema penal subvertem as expectativas e confiança na lei penal.

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 290.

<sup>13</sup> MASI, Carlo Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30.

2.1 A crise do sistema penal e da pena de prisão como única resposta.

A crise do direito penal é um lugar-comum da criminologia. Como estudado por diversos autores, e por correntes criminológicas, o direito penal é “seletivo, custoso, deixa de ser direito da liberdade para ser da segurança, intervindo mais, com penas mais severas”<sup>14</sup>.

Como pontua Zaffaroni:

A estrutura de qualquer sistema penal faz com que jamais se possa respeitar a legalidade processual. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o ‘dever-ser’, o sistema penal intervém repressivamente de modo ‘natural’ (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado<sup>15</sup>.

Na visão de Hassemer, as leis penais não funcionam como deveriam e produzem consequências injustas e arbitrárias. Não somente são altas as cifras negras como igualmente seletivas. O emprego mais enérgico dos instrumentos jurídico-penais não solucionam os problemas e paradoxos penais, mas sim o agudizam<sup>16</sup>.

Shecaira também apoia este raciocínio quando afirma que “o que é uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível.”<sup>17</sup>

Ainda afirma o autor que a pena atua como geradora de desigualdades, marginalizando o agente no círculo de familiares, amigos, conhecidos, meio de trabalho e escolar.

---

<sup>14</sup> BANDEIRA, Rafael Cruz. Constituição, Discurso Jurídico-Penal e Argumentação: a busca pela redução das incongruências punitivas. *Revista Da Faculdade Mineira De Direito (PUC MINAS)*, v. 16 n. 32 (2013), p. 185-206.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26.

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 58.

<sup>17</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 315.

Bitencourt defende que a pena privativa de liberdade deve ser abordada como a vemos funcionar hoje, como se executa e se cumpre, com penitenciárias que temos e realidade posta: “definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas.”<sup>18</sup>

Edmundo Oliveira e Raul Zaffaroni chegam a afirmar que a prisão não serve para o que diz servir, neutraliza a formação e o desenvolvimento de valores consentâneos com vida em sociedade, estigmatiza a pessoa, funciona como máquina de reprodução da carreira criminal, introduz uma nefasta cultura carcerária de desrespeito à vida, estimula processo de despersonalização, e legitima desrespeito a direitos humanos<sup>19</sup>.

Já em trabalho de relevo sobre criminologia, para Dias e Andrade, a atual sociologia criminal não somente quer saber por que se cometem crimes, mas também problematizar a ordem social<sup>20</sup>, pois a sociedade e seu sistema criminal têm também uma atuação criminógena de alto relevo.

Acompanhando o raciocínio de Dias e Andrade, nas correntes da sociologia da sociedade punitiva, defende-se que explicar o crime é penetrar na racionalidade que preside a ordem social<sup>21</sup>, dirigindo-se a esta e não ao delinquente.

Assim, um primeiro nível de questionamento surge quanto à legitimação ao se definir uma ordem social com seus valores e imposições, com conseqüente estabelecimento de punição, já que a realidade social é provisória e contingente.

Portanto, importa saber qual nível de tolerância e de controle será estabelecido ao desvio do padrão estabelecido, especialmente com sociedade mais plural, seja moral, social, econômica ou culturalmente.

Destarte, a crise de legitimação do sistema penal com seu fracasso e desumanização do cárcere, percepção de seus vínculos com sistema econômico e insuperável contradição entre o sistema jurídico liberal e os seus

---

<sup>18</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161-162.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 440.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 243.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 246.

processos de encarceramento geram a ideia de minimalismo penal, que é fortemente influenciada por neoconstitucionalismo<sup>22</sup>.

Apoia-se aqui tal minimalismo, rechaçando, assim como Masi<sup>23</sup>, o Direito Penal de emergência que tem a função simbólica de dar resposta aos problemas sociais pelo Direito Penal.

Sob pena de reforçar a espiral de males causados pela prisão, o Direito Penal não deve ser resposta a mazelas sociais e não é único instrumento de controle social. Com isso apenas se torna paliativo simbólico. De forma que aquele autor pugna por distinção entre Direito Penal e direito de mera ordenação<sup>24</sup>.

O sistema criminal deve ser eficiente, e não é aumentando sua atuação para além do necessário como última barreira do Estado que o intento será cumprido.

Ao revés, cremos que para ser efetivo deve ser reduzido, e as condutas repreensíveis que possam utilizar-se de formas diversificadas de sanção ou formas de controle ao largo do sistema penal formal ensejariam uma eficiência e efetividade adicional ao caótico mundo do direito penal.

Como posto, o direito penal ainda permanece como um instrumento social incapaz e arcaico na repressão de condutas graves, havendo estudiosos que chegam a crer que suas funções “visam ao controle social das classes populares e que dita a intervenção arbitrária e seletiva, reforçada em decorrência dos novos medos, incertezas e inseguranças insítos na sociedade de risco global”<sup>25</sup>.

Neste sentido, vê-se que muito da criminalidade é patrimonial, o que demonstra conflito de classes sociais e desigualdades econômicas, inclusive pela quantidade de pessoas privadas de liberdade por estes crimes,

---

<sup>22</sup> “Minimalismo Penal: retórica e realidade.” Antonio Alberto Machado in BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 96-97.

<sup>23</sup> MASI, Carlo Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 152 *et seq.*

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>25</sup> KENSY, Iana Caroline D., WERMUTH, Maiquel Ângelo D. A(retomada?) do punitivismo/eficientismo penal como tendência política criminal: uma análise a partir da legislação penal infraconstitucional brasileira. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 11, n. 19, p. 99-122, 2011, p. 101.



correspondendo apenas o roubo, o furto e a receptação a mais de 38% da população carcerária, segundo dados do CNJ.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, os tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade têm como tipificação penal, percentualmente: Roubo 27,58%; Tráfico de drogas 24,74%; Homicídio 11,27%; Furto 8,63%; Posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal 4,88%; Estupro 3,34%; Receptação 2,31%<sup>26</sup>.

Ao juntarmos somente os crimes patrimoniais de furto e roubo ao tráfico de drogas, que tem como principal tipo de preso o pequeno traficante<sup>27</sup>, aquele que não portava qualquer tipo de arma ou não trafica em grande quantidade nem tem os grandes lucros da atividade, temos mais da metade dos presos no Brasil.

Destarte, vê-se que seria bastante profícua uma atuação estatal com foco em tais crimes e a aplicação eventual de medidas de controle alternativo que divirjam da pena de prisão, que é extremamente custosa à sociedade, tanto monetariamente quanto em custos da violência e fortalecimento de organizações criminosas.

### 3 FORMAS ALTERNATIVAS DE CONTROLE DE CONDUTAS DESVIANTES AQUÉM DO CONTROLE DO SISTEMA PENAL FORMAL.

Muitos autores defendem a diminuição do âmbito do penalmente punível, mesmo que para outras formas de controle estatal ou não.

Claus Roxin alerta que a diversão ou diversificação também pode evitar desvantagens da criminalização<sup>28</sup>. Na Alemanha, esses métodos são usados em quase metade dos casos, reduzindo-se consideravelmente a quantidade de punições. Ele crê que descriminalização e diversificação não tornam a pena

---

<sup>26</sup> CNJ: *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos*, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. disp em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>, acesso em 20/08/2019.

<sup>27</sup> ODON, T. I. Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”. Brasília: *Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado*, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 de agosto de 2019.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

supérflua, mas podem e devem “reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que realmente precisam ser punidos.”<sup>29</sup>

Zaffaroni, por sua vez, se posiciona pelo estímulo à ausência de sanção no Direito Penal para os casos possíveis, e essa ausência de reação não significa desprestígio do Direito Penal<sup>30</sup>.

Já para Naucke, Hassemer e Lüderssen, a renúncia aos juízos penais poderia ser condição para um fortalecimento da confiança da população no exercício do direito penal.

Entretanto, os autores creem que infelizmente essa ideia supera em muito o atual âmbito de medição da pena, bem como a indicação do legislador muito mais para uma modalidade de defesa do ordenamento jurídico: “La defensa del ordenamiento jurídico como meta de la prevención general, en su dimensión general, podría generarse por mayor tiempo sobre la reserva en él ámbito penal, en lugar de una intervención apresurada y severa.”<sup>31</sup>

Hassemer crê que há uma renovada e fortalecida necessidade de legitimação do direito penal. Ele deve funcionar de forma a produzir consequências favoráveis e impedir as desfavoráveis, em suas palavras: “La orientación a las consecuencias tiene como efecto que el sistema jurídico-penal permanente y públicamente deba afirmarse como instrumento político técnicamente eficaz.”<sup>32</sup>.

No entanto, há atuações legislativas que prejudicam a credibilidade do cidadão na justiça e no direito penal e defraudam suas expectativas.

Um exemplo desse tipo de técnica utilizada pelo legislador é a política criminal simbólica, pois ela obscurece o funcionamento do sistema penal com atuação legislativa apenas por pressão da opinião pública, agindo com prontidão apenas para agravar as cominações penais, ignorando opiniões de especialistas e não aprofundando discussões.

Desta forma, Hassemer crê que o direito penal tem que recuperar sua credibilidade e prestígio com os cidadãos, a quem não deve enganar com

---

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. *Estudios de derecho penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminología e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 472.

<sup>31</sup> NAUCKE, Wolfgang, HASSEMER, Winfried, LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Fairs Editor, 2004, p. 82.

<sup>32</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 35.

falsas promessas<sup>33</sup>. E isto supõe que se intensifiquem investigações sobre os efeitos reais da intervenção jurídico-penal e que não se pretendam consequências que não podem ser constatadas, além do dever de se levar em conta as consequências acessórias desfavoráveis.

Assim, defende o uso do direito penal apenas para bens que possam ser descritos concretamente e assegurados com seus instrumentos, bem como criminalização apenas em última hipótese e fomentando outras formas de proteção como reparação de danos<sup>34</sup>.

Neste desiderato, para aquele autor, insta retirar muitos dos problemas englobados pelo direito penal e deixá-los com instrumentos que poderiam os resolver de modo mais satisfatório, como outros ramos do direito, a exemplo das infrações administrativas, direito civil ou público, o cuidado da vítima e até um direito da intervenção, como propõe.

Tratando do direito de intervenção, afirmando ser muito menos objetável do ponto de vista normativo e mais faticamente adequado para responder aos problemas específicos da sociedade moderna, Hassemer leciona:

Este derecho de intervención estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.<sup>35</sup>

A proposta de Hassemer seria então uma terceira via para infrações não toleradas pela sociedade quando constatada sua inadequação à pena de prisão pelos efeitos mais deletérios e prejudiciais à sociedade futuramente.

Em que pese tal solução demandar outra estrutura e investimentos, é inegável o ganho para a coletividade pelo desafogamento do sistema penal e seu consequente foco nos graves crimes, em âmbito policial e judicial, e pela ausência dos efeitos prisionais da alta reincidência, perda do sentimento de integração à sociedade às normas e a dessocialização, violações e violência do

---

<sup>33</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 36.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 72.

cárcere, probabilidade de incursão em organizações criminosas, ambiente criminógeno e criminoso.

Com esteio em Dias e Andrade<sup>36</sup>, cumpre tratar as instâncias de controle como objetos da política criminal, como forma de melhora da atuação punitiva do Estado. Destarte, para uma análise do sistema penal não se deve olhar apenas para o crime, mas para toda a cadeia de controle e reação do Estado e o que ela devolve àquele.

O movimento pela descriminalização e por outras formas de controle social surge não só como movimento externo, mas sim como resultados internos de estudos criminológicos<sup>37</sup>. Esse discurso é baseado na crise da sobrecriminalização, havendo necessidade de conformação da conduta criminal na dignidade penal e na carência de tutela, similares respectivamente, a: proteção de bens jurídicos importantes e necessários de proteção; e a característica de *ultima ratio* do direito penal, ou seja, quando não há outra forma de protegê-los.

Para Dias e Andrade, a dificuldade prática na descriminalização ocorre por ordem política, pela invocação da lei penal para problemas sociais diversos<sup>38</sup>. O discurso político usa de legislações simbólicas para dar resposta apenas retórica aos reclamos punitivos, o que não deve impedir de se realizar interpretação e aplicação do direito consentâneo com constituição, direitos humanos e fundamentais, leis, princípios, realidade posta, estudos científicos e valores sociais.

Só se deve criminalizar conduta quando não seja pueril ou corriqueira, e não tenha o condão de abarcar todos ou maior parte dos cidadãos, para não fazer bodes expiatórios através da seletividade do direito penal, não gerar frustração e subcultura face ao direito, buscando racionalização de recursos para condutas realmente danosas.

Com acerto, para os autores, deve-se descriminalizar as condutas fruto de infrações morais unicamente, também a mera manifestação de evasão para subculturas e os crimes sem vítima; a delinquência juvenil (pequena ou média); e a pequena criminalidade patrimonial. Também é salutar evitar crimes sem

---

<sup>36</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 394.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 399-402.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 414.

vítima pelo perigo da criação de oportunidades ilegítimas como a corrupção e outras ilegalidades correlatas.

Por fim, a descriminalização de conduta como crime pode ocorrer por abolição do crime e ausência de controle da conduta pelo Estado ou transformação em outras formas de controle social, sejam jurídicas ou não, podendo também prestigiar vítima e seu papel na reclamação da solução adotada.

Neste sentido, na perspectiva de uma influência social em âmbito penal, faz-se profícua a participação da comunidade e da vítima moldando a lógica de conflito e não de controle. Para tanto, surge a Justiça Restaurativa como uma instância despenalizadora ou de atenuação da pena, a depender do seu modelo, uma vez que:

As formas e modelos de Justiça Restaurativa são variados e sua utilização majoritária faz-se em situações cuja reparação consiste em reação única face ao delito. No entanto, minoritariamente pode-se vislumbrar aplicação em crimes mais graves com consequência de atenuação da pena<sup>39</sup>

A Justiça Restaurativa consiste num acordo entre as partes, usualmente através de conciliação ou mediação, cujo objetivo é ultrapassar a situação de conflito e chegar a consenso argumentado pelas partes quanto à restauração, que pode ser material ou imaterial, a exemplo de compensação pelos danos, trabalhos de utilidade pública, outras ações acertadas ou mesmo pedidos de desculpa<sup>40</sup>.

São visíveis as vantagens do uso da inserção da reparação como sanção autônoma para a administração da justiça, diminuindo burocratização, potencializando recursos humanos, materiais e tempo<sup>41</sup>. Santana concorda que a admissão da reparação como consequência jurídico-penal autônoma do

---

<sup>39</sup> BANDEIRA, Rafael Cruz. *Discurso jurídico e teoria da sanção: legitimidade da punição estatal e justiça restaurativa*. Salvador: 2013. Dissertação (Mestrado) UFBA, p. 133.

<sup>40</sup> SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 65.

delito não é problema apenas do direito penal material ou processual, mas sim de todo o sistema penal, e com isso a sociedade que é afetada com ele<sup>42</sup>.

Neste modelo de diversificação penal, conforme Santana e Bandeira<sup>43</sup>:

A pena é afastada, todavia a sanção permanece. O Direito, ao contrário de ser afastado, é reafirmado. A sua aceitação como legítimo<sup>44</sup> e justo virá dos próprios litigantes, se assim acordarem. O efeito perverso de falta de reconhecimento<sup>45</sup> e rejeição de normas é afastado no caso de acordo, e este é um primeiro efeito positivo, a inexistência de rejeição ao Direito.

Assim, no caso da Justiça Restaurativa, há incoerência de estigmatização resultante de prisão, também evita-se a criminalização secundária do réu (pecha de delinquente) e a perda de antecedentes criminais.

Outrossim, há estudos demonstrando um efeito de diminuição da reincidência<sup>46</sup> na utilização da Justiça Restaurativa, satisfação com o resultado da resolução do conflito (França: 62,6 % de satisfação em relação ao conflito; Nova Zelândia: satisfação de 83 a 90% da resolução do conflito pelas

---

<sup>42</sup> SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 137.

<sup>43</sup> SANTANA, Selma Pereira de; BANDEIRA, Rafael Cruz. A justiça restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob a ótica de teoria da argumentação. *Revista mestrado em direito* (UNIFIEO), v. 13, n. 1, p. 185-219, jan./jul. 2013.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003, p. 54. Em Habermas percebe-se a necessidade da comunicação no processo normativo, especialmente o sancionatório, estabelecimento de diálogo e relativo consenso, tema especialmente desenvolvido por Habermas. Para ele, o Direito como legalidade estrita induz à: “expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas”

<sup>45</sup> Neste sentido: FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67-68: “No entanto, embora a relação de autoridade deva manter-se de modo contrafático, isto é, subsiste ainda que o endereçado não queira ou não possa adaptar-se, esta posição não pode manter-se de modo obstinado, no sentido de que o editor veja apenas e sempre o seu lado da relação. A autoridade tem, assim, de ser implementada, tanto no sentido de que possa ser compreendida, o que implica argumentação e discussão, como também fortalecida, o que implica argumentos reforçados. A expectativa da autoridade subsiste em cada caso, mas não nos permite esperar genericamente de modo contrafático. Isto nos levaria a um rompimento da comunicação. Por isso tem de haver, na comunicação normativa, instrumentos discursivos capazes de tornar o comportamento desiludidor que, como fato, é incontestável, em algo compreensível e integrado na situação.”

<sup>46</sup> SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, à p. 140: informa diminuição da reincidência na Inglaterra; nas p. 145-148: Austrália: queda de 38% de reincidência de jovens em crimes violentos após justiça restaurativa; e em diversos estudos mostrando aumento de satisfação e queda de reincidência a depender do modelo utilizado.

vítimas)<sup>47</sup>, bem como o “acatamento da oportunidade de não-ingresso no sistema penal como oportunidade integradora do autor aos valores estatais e desvalor de conduta proibida na prática com reflexos na vítima”<sup>48</sup>.

Isto posto, visualiza-se que a utilização de meios não prisionais e penais em sentido estrito, ademais de não congestionarem e inviabilizarem o sistema penal, ocasionam efeitos de reconhecimento e integração ao ordenamento jurídico e à sociedade, evitando os males prisionais que proporcionam justamente o oposto.

### 3.1 O pequeno tráfico de drogas.

No campo do Direito, seguindo opinião de Roxin<sup>49</sup>, imagina-se o sistema penal como importante instrumento para assegurar a paz infra-estatal e a distribuição de bens minimamente justa, garantindo os pressupostos para o livre desenvolvimento da personalidade, uma das tarefas essenciais do Estado Democrático de Direito.

Destarte, para aquele, a finalidade que tem o direito penal dentro do ordenamento é o limite para punição, e em sua visão a finalidade é de “garantir os pressupostos de convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.”<sup>50</sup>

Nada mais coerente para implementar essa missão do Direito Penal que a descriminalização de condutas que não demonstrem grave dano social e ataque a direitos humanos, ou mesmo tratá-las através de controle social divergente da pena de prisão para os casos em que seja viável.

O tráfico de drogas tem alta rentabilidade pela proibição da circulação de sua mercadoria, o que a inflaciona no mercado negro, gerando grupos criminosos, corrupção e violência ao seu redor para se manter, graves crimes

---

<sup>47</sup> SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 92: França; p. 141: Nova Zelândia.

<sup>48</sup> SANTANA, Selma Pereira de; BANDEIRA, Rafael Cruz. A justiça restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob a ótica de teoria da argumentação. *Revista mestrado em direito* (UNIFIEO), v. 13, n. 1, p. 185-219, jan./jul. 2013, p. 192.

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-2.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 32.

como se vê. No entanto, também se torna oportunidade de subsistência para inúmeras pessoas em pequena escala.

Neste sentido, Odon observa que “o sistema penal está selecionando os pequenos traficantes, com alto risco de estar também incluindo usuários”<sup>51</sup>. Assim, o autor acredita que o sistema penal não deveria desperdiçar seus recursos com o pequeno traficante, sem ligação com criminalidade organizada.

Concordamos com suas observações, uma vez que o problema social associado à guerra às drogas não justifica todo o investimento que se faz, desviando seu foco do grande tráfico e dos graves crimes correlatos ou não. Bastando ver as consequências deste tipo de direcionamento penal:

A população prisional total no Brasil triplicou em 15 anos, mas o número de presos condenados por tráfico de drogas triplicou em apenas 5 anos. 64% das mulheres presas no Brasil foram condenadas por crimes de drogas. Entre 2005 e 2012, a taxa masculina de encarceramento aumentou 60%, e a de mulheres, 131%, por causa das drogas. Grande parte dessas mulheres é pega tentando entrar com drogas nos presídios.<sup>52</sup>

Esta inflação carcerária possibilitada, mesmo que em parte, por pessoas sem antecedentes criminais, ou mesmo com antecedentes, mas sem ligação com crimes mais graves ou organizações criminosas, retroalimenta o ciclo perverso da prisão, não dando oportunidade para outra forma de sanção ou de atuação estatal que busque inibir a conduta recriminada sem causar uma piora no quadro criminal.

Na seara penal importa desvelar que o discurso punitivo, além de não cumprir suas promessas, tem suas premissas manipuladas com a gestão diferencial de ilegalidades, cifras negras, douradas, seletividade, inefetividade total da prisão e seu efeito de mais violações dentro do cárcere.

O Direito Penal não pode ser caracterizado como neutro, e seu discurso universalista e antidiferencialista (voltado a todos e sem distinções) mascara o caráter ideológico do sistema penal e suas funções reais.

---

<sup>51</sup> ODON, T. I. Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”. Brasília: *Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado*, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232), p. 8. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 de agosto de 2019.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 14.



Não é outro o entendimento de Zaffaroni ao asseverar que sistema penal pretende dispor de poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce. Isto porque, se ele fosse agir em todo o planejado, deveria criminalizar provavelmente todas as pessoas, por diversas vezes, o que o leva a exercer seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida a setores vulneráveis, por óbvio<sup>53</sup>.

As críticas em Foucault são postas em duas direções: que a prisão não é corretora, sua técnica é rudimentar; e contra o fato de, por ser corretiva, perde o rigor, é erro econômico duplo, pelo seu custo e pelos seus efeitos que são nulos ou negativos. No entanto as respostas têm sido as mesmas desde sempre: a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária:

Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade.”<sup>54</sup>

O Direito Penal e a Política Criminal que lhe orienta não são os únicos que irão balizar a atuação criminal do Estado. Para Feldens: “Teorizar acerca do Direito Penal na atualidade é tarefa que não está a prescindir de valorações que lhe sejam externas (extra-sistemáticas, se considerado o Direito Penal como sistema autônomo)”<sup>55</sup>.

Desta forma, Ferrajoli entende que direitos subjetivos compreendem não só as faculdades ou poderes, mas também expectativas negativas. Essas não são apenas faculdades, mas contém reforço da expectativa de abstinência de lesão, impedimento ou ameaça. Ele trata de imunidades, proibições atribuídas a começar por legislador e forças de polícia.<sup>56</sup>

Em nossa opinião e de doutrina de escol, o Direito Penal, a Criminologia e a Política Criminal não indicam para tal criminalização do pequeno tráfico aqui tratado, sem crimes ou situações conexas graves, ao contrário, indicam

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26-27.

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 237.

<sup>55</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 43.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38-40.

para a problematização de condutas criminalizadas e a necessidade de uma ou várias alternativas não-penais para soluções de conflito.

Parece-nos, então, ser o caso de uma descriminalização ou de sanções não penais dissuasivas, de modo que seriam apenas adequadas as formas aquém do sistema penal de se lidar com condutas indesejadas, como a utilização da Justiça Restaurativa caso outrem se sentisse lesado, ou controle por sanção administrativa ou intervencionista.

Punir tal ação com prisão não parece eficaz, já que não ressocializa, mas dessocializa, a punição se volta contra a sociedade e favorece o tráfico e as organizações criminosas. Efetua-se sobrecarrega das instituições (polícia, *parquet* e judiciário), posto que coloca mais um caso em sua responsabilidade, análise e instrução, conquanto já abarrotados de casos com alta periculosidade social, para deliberar sobre uma pena de prisão que leva a mais danos que benefícios à sociedade e à pessoa.

A pena de prisão deve ser reservada a pessoas que tenham de se abster de convívio social por sua periculosidade ou, de forma retributiva, por gravíssimo dano a bens jurídicos que tenha causado. De forma que deve ser reservada caso seja possível visualizar essa periculosidade por ações conexas ou no grande tráfico e nas organizações criminosas.

Conforme estudo do Prof. Tiago Ivo, na Espanha há descriminalização até determinada quantidade definida de posse de algumas drogas para uso pessoal, muito embora acima de tais limites haja progressão de repressão com criminalização<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> ODON, T. I. Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232), p. 18. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 de agosto de 2019. Em suas palavras: “Na Espanha, por exemplo, com relação ao haxixe, até 50g é atípica a posse para consumo pessoal; entre 50g e 1kg considera-se posse moderada, recaindo a figura do tráfico simples, enquanto que de 1 kg a 2,5 kg incide a pena agravada, pela importância da quantidade. Acima de 2,5 kg, o tipo será do tráfico qualificado. A falta de um critério objetivo na lei brasileira se torna mais relevante ao se verificar que o sistema penal não faz uma seleção eficiente para a persecução. Dada a falência do sistema penitenciário e a morosidade da Justiça, seria mais eficiente focar no grande traficante – ou seja, otimizando-se tempo e recursos materiais e humanos para tentar resolver o problema em sua origem, uma vez que, conforme os inúmeros dados expostos no item anterior, a atual estratégia da “guerra às drogas” não tem mostrado resultados sociais positivos (consumo, doenças, aprisionamento)”

Ademais, o autor traz ao debate efeitos positivos que a descriminalização do consumo de drogas trouxe para Portugal, uma vez que, corroborando os dados acerca desta descriminalização em nível internacional que costumam não identificar qualquer alteração no padrão de consumo de drogas, após a descriminalização em Portugal os seus níveis de consumo de drogas ilícitas se mantiveram abaixo da média europeia, o consumo problemático está em retração, diminuição de busca de ajuda terapêutica e diminuição de toxicodependentes com AIDS<sup>58</sup>.

Corroborando o posicionamento aqui esposado, Odon traz constatação de investigação acadêmica publicada pelo Ministério da Justiça de “serem amplamente “descartáveis” os envolvidos nos níveis hierárquicos inferiores de uma organização criminosa, ou seja, os pequenos e microtraficantes”<sup>59</sup>, além de serem substituíveis sem o menor problema em caso de encarceramento ou morte, sem qualquer interferência na estrutura do grande tráfico ou da organização criminosa.

Destarte, são os pequenos traficantes:

o elo mais fraco da estrutura do comércio de drogas ilícitas e sofrem toda a intensidade da repressão. Trata-se de atividade de alto risco de prisão, pois estão expostos e não conseguem corromper os policiais como aqueles que estão nos extratos mais altos da hierarquia. Diante da clara incapacidade estrutural de impedir a venda e o consumo, a polícia atua seletivamente, e quando interessa e da maneira que interessa, conforme os incentivos dados (muitos policiais mal pagos e pior armados que os traficantes optarão por se associar e usufruir do mercado)<sup>60</sup>.

De sorte que concordamos e nos apoiamos no autor quando argumenta que mesmo que a o sistema policial fosse altamente eficaz, completamente aparelhado e incorruptível, ele não seria capaz de impedir as atividades e o funcionamento da indústria da droga, sobrecarregando ainda mais o sistema carcerário que não contaria com a menor condição de absorver todos os apenados do pequeno tráfico de drogas.

---

<sup>58</sup> ODON, T. I. Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232), p. 20. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 de agosto de 2019.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 23.

Isto posto, nos parece extremamente atual Durkheim quando, estudando especificamente a sanção repressiva, no seu ensaio “Deux Lois de l'Évolution Pénale”, chega a duas leis de Sociologia Jurídico-penal.

A primeira, “l'intensité de la peine est d'autant plus grande que les sociétés appartiennent à un type moins élevé et que le pouvoir central a un caractère plus absolu”<sup>61</sup>. Em tradução livre: a intensidade da pena é tanto maior quanto as sociedades pertencem a uma categoria menor e que o governo central tem uma forma mais absoluta.

A segunda é lei de variações qualitativas: “les peines privatives de la liberté et de la liberté seule, pour des périodes de temps variables selon la gravité des crimes, tendent de plus en plus à devenir le type normal de la repression”<sup>62</sup>. O que corresponderia a afirmar que: as penas privativas da liberdade e só, por períodos variáveis de tempo, dependendo da gravidade dos crimes, tendem a se tornar cada vez mais o tipo normal de repressão. No que ele estava certo, e seria, por longo tempo a pena a ser utilizada primordialmente.

Neste diapasão, chegamos a ponto que Roxin crê ser de ruptura desta estrutura, como aqui defendido para atuais crimes que possam deixar de sê-los e migrar para descriminalização ou outras formas de controle, haja vista que aquele doutrinador alemão visualiza que a pena privativa de liberdade já alcançou seu ápice no passado, e irá retroceder, por duas razões.

A primeira é que “quanto mais aumentarem os dispositivos penais, e, em consequência deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade”<sup>63</sup>.

Tal se deve por simples lógica econômica de serem os recursos limitados para demanda praticamente ilimitada, e o cárcere demanda bastante aporte de verbas.

A segunda é que não é desejável também para uma política criminal a imposição de penas privativas de liberdade massificadas, afinal, delitos

---

<sup>61</sup> AZEVEDO, Thales de; SAMPAIO, Nelson de Souza; MACHADO NETO, Antonio Luiz. Atualidade de Durkheim. Salvador: Universidade da Bahia, 1959. 112 p. (Publicações ; II-16), p. 87.

<sup>62</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

pequenos e médios constituem a maior parte dos crimes e há conhecimento criminológico seguro de que a prisão não (re-)socializa.

Ainda afirma o professor titular da Universidade de Munique que não se pode aprender a viver em sociedade respeitando a lei através da supressão da liberdade, perda do posto de trabalho e separação da família, o que causa efeitos ainda mais dessocializadores. Acredita, então, que o desenvolvimento de política criminal deve afastar-se ainda mais da pena privativa de liberdade<sup>64</sup>.

Desta maneira, para Roxin, as sanções orientadas pela voluntariedade, seja trabalho comum ou reparação do dano, podem completar e, em parte, substituir a pena: “Em virtude de seus efeitos socialmente construtivos elas devem, na medida do possível, ser preferidas à pena privativa de liberdade.”<sup>65</sup>

Roxin defende que o legislador estará limitado em suas escolhas punitivas e também que há limites à faculdade estatal de punir<sup>66</sup>.

Com base nesse autor, em demais estudos apresentados e por todo o exposto, faz-se imperioso revisar tudo o que se pode punir e quais modos de o fazer, pois de outra forma nada adianta toda a teoria do delito e garantismo bem desenvolvidos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade violenta apresenta altos índices de incidência no Brasil. Seja pelo número de homicídios, pelas demais infrações violentas e graves à vida social e à pessoa humana ou pelos altos índices de falta de notificação de tais crimes, as cifras negras.

Por outro lado, há uma criminalização de condutas que poderiam ser tratadas ao largo do sistema penal, havendo viabilidade de serem tratadas por outros métodos e legislações que não a penal e que não comine pena de prisão, ao menos não imediatamente.

Destarte, crimes como o pequeno tráfico pela sua alta incidência, facilidade no recrutamento de pessoas após a prisão das que atuavam anteriormente, ocasionando novas prisões e novos ingressos no sistema penal,

---

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 31.

aliado à dificuldade na sua distinção do uso de drogas, não traz benefício qualquer ao imputar prisão quando não acompanhado de porte de armas, ingresso a organizações criminosas e crimes mais graves.

Até porque o uso da prisão levaria, no mais das vezes, a este resultado de incentivar o preso a uma escalada criminal que se quer evitar.

A eficiência do sistema penal, o objetivo da punição, o respeito aos direitos humanos da coletividade e do apenado dependem do quanto, como e do porque se pune.

Estabelecer punições penais em demasia é: 1- punir seletivamente, uma vez que não há como instaurar, processar e julgar procedimentos penais em quantidade e volume superiores à capacidade estatal; 2- abster-se de punir a todos, criando “bodes expiatórios” e noutra ponta benefícios e imunidades a outros, desgastando credibilidade e confiança na legislação e no Estado.

Ademais, é causa também do mau funcionamento de todo o sistema que, sobrecarregado, não dá resposta aos graves crimes que deveria combater em primeiro plano.

Condutas não tão graves ao convívio social, que não demonstrem periculosidade da pessoa, que não contem com apoio social majoritário ou haja grave dissenso sobre a sua criminalização, que atinjam única ou majoritariamente a moral ou bons costumes, ou que possam chegar a bom termo se solucionadas de formas diversas devem ter tratamento à parte do sistema penal.

Há premente necessidade de descriminalizações para os casos que se enquadrem na desnecessidade de pena e persecução penal pelos motivos expostos, ao passo em que, para as condutas menos gravosas à sociedade e que ainda demandem alguma forma de controle e direcionamento, que se faça a quem do sistema penal, pelo estabelecimento de métodos de controle e direcionamento de condutas como a Justiça Restaurativa, direito da intervenção, sanções administrativas, e demais sanções não penais.

Do quanto exposto e demonstrado fica clara a questão da ineficácia penal para crimes e criminosos de baixa periculosidade e seus efeitos contrários à própria ideia de sistema penal, fortalecendo as condutas contrárias à vida social e não as evitando.

Existem custos e opções políticas para que as prisões funcionem de certo modo e para que o sistema penal seja mais legítimo e de acordo com legislação, especialmente a constitucional<sup>67</sup>.

Para os fins aqui expostos, uma dessas opções é manter o sistema penal condizente com a sua demanda, com seus fins de evitar a criminalidade e proteger a sociedade. E um desses custos é o de não se punir sem a séria gravidade e a estrita necessidade, evitando a continuidade do Direito Penal como a palmatória de todas as condutas indesejadas.

---

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 86.

## REFERÊNCIAS

Anuário brasileiro de segurança pública: 2014 a 2017. *Fórum brasileiro de segurança pública*: 2018.

AZEVEDO, Thales de; SAMPAIO, Nelson de Souza; MACHADO NETO, Antonio Luiz. *Atualidade de Durkheim*. Salvador: Universidade da Bahia, 1959. 112 p. (Publicações ; II-16).

BANDEIRA, Rafael Cruz. Constituição, Discurso Jurídico-Penal e Argumentação: a busca pela redução das incongruências punitivas. *Revista Da Faculdade Mineira De Direito (PUC MINAS)*, v. 16 n. 32 (2013), p. 185-206.

\_\_\_\_\_. *Discurso jurídico e teoria da sanção: legitimidade da punição estatal e justiça restaurativa*. Salvador: 2013. Dissertação (Mestrado) UFBA.

BANDEIRA, Rafael Cruz e MIRANDA, Ana Carolina B. C. Uma contribuição da teoria da argumentação para a redução de incongruências da punição estatal considerando direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 225-259, jan./jun. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. CNJ: Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>, acesso em 20/08/2019.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde. Brasília, 2014, p. 6. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notate\\_cnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notate_cnicadiest11.pdf). Acesso em 07 de setembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça – SENASP. Pesquisa Nacional de Vitimização. Brasília, 2013, p. 13. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario\\_SENASP\\_final.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf). Acesso em 09 de setembro de 2019. Os menores índices verificados de crimes subnotificados chegam a apenas 2,1% para os crimes de discriminação e 7,5% para ofensas



sexuais.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça – Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp): Incidência criminal no Brasil (2015-2019). Extrator de dados. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZDYwYjNkOTQtMmI4Yy00NzRmLTgyZGQ0OWYwYzI3ZGEyZDI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>, acesso em 06/09/2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad: Lígia M. Pondé. Petrópolis: Vozes, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

KENSY, Iana Caroline D., WERMUTH, Maiquel Ângelo D. A (retomada?) do punitivismo/eficientismo penal como tendência político criminal: uma análise a partir da legislação penal infraconstitucional brasileira. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 11, n. 19, p. 99-122, 2011.

MACHADO, Antonio Alberto. Minimalismo Penal: retórica e realidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura

Acadêmica Editora, 2012.

MASI, Carlo Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NAUCKE, Wolfgang, HASSEMER, Winfried, LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004

ODON, T. I. Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”. Brasília: *Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado*, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 de agosto de 2019.

RIBEIRO, Pedro M. M. *Baixa Comunicação Do Crime De Estupro No Brasil: A Cifra Negra E A Estigmatização Da Vítima*. Curitiba: 2017. Monografia (Graduação) UFPR.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTANA, Selma Pereira de; BANDEIRA, Rafael Cruz. A justiça restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob a ótica de teoria da argumentação. *Revista mestrado em direito (UNIFIEO)*, v. 13, n. 1, p. 185-219, jan./jul. 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.