

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

LUCAS FRANÇA TAVARES MOURA

**A NEGRITUDE ENQUANTO ALVO: UM OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA
SOBRE MECANISMOS DE CONTROLE NO CASO RAFAEL BRAGA**

RIO DE JANEIRO

2021

LUCAS FRANÇA TAVARES MOURA

**A NEGRITUDE ENQUANTO ALVO: UM OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA
SOBRE MECANISMOS DE CONTROLE NO CASO RAFAEL BRAGA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de graduação em Direito da
UNIRIO como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito, sob a
orientação do Professor Doutor Rodolfo
Liberato de Noronha

RIO DE JANEIRO

2021

LUCAS FRANÇA TAVARES MOURA

**A NEGRITUDE ENQUANTO ALVO: UM OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA
SOBRE MECANISMOS DE CONTROLE NO CASO RAFAEL BRAGA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito da UNIRIO como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Rodolfo Liberato de Noronha.

Data de aprovação: ____ de _____ de 2021.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Rodolfo de Noronha Liberato (orientador)

Prof^a Dr^a Simone Schreiber

Prof. Dr. Alexandre Miguel França

Rio de Janeiro

2021

(...)

Negro drama, cabelo crespo
E a pele escura

(...)

Negro drama
Tenta ver e não vê nada
A não ser uma estrela
Longe meio ofuscada

(...)

O drama da cadeia e favela,
Túmulo, sangue, sirenes, choros e velas

(...)

**Você deve tá pensando,
O que você tem a ver com isso?
Desde o início, por ouro e prata
Olha quem morre
Então veja você quem mata
Recebe o mérito, a farda
Que pratica o mal
Me ver pobre preso ou morto
Já é cultural**

(...)

Pesadelo, hum, é um elogio
Pra quem vive na guerra a paz nunca
existiu

(...)

Família brasileira
Dois contra o mundo
Mãe solteira de um promissor vagabundo

(...)

Hey, Senhor de engenho
Eu sei bem quem você é
Sozinho, cê num guenta,

(...)

Atrasado eu tô um pouco sim
Tô, eu acho
Só que tem que seu jogo é sujo
E eu não me encaixo

(...)

Eu sou o mano, homem duro,
Do gueto, *Brown*,
Aquele louco que não pode errar,
Aquele que você odeia amar nesse
instante

Pele parda e ouço funk e
De onde vem os diamantes? Da Lama
Valeu mãe, negro drama

Negro Drama, Racionais Mc's

RESUMO

O caso Rafael Braga evidencia a repressão da política criminal de drogas e a seletividade do poder judiciário; apesar de ser bem peculiar, busco demonstrar que é a regra prática do sistema penal e expõe as feridas históricas deste país, de modo que seu processo não pode ser descontextualizado de sua condição social: preto, pobre e nascido na periferia. Procuro, então, no recorte da criminologia crítica, não só elucidar a repressão seletiva do ordenamento jurídico-penal, que produz genocídio e encarceramento em massa, como também desmistificar o direito penal enquanto garantidor de uma ordem social justa e igualitária. Os mecanismos judiciais trabalham para criminalizar os grupos definidos como inimigos; as classes dominantes, séculos após séculos, têm medo e utilizam das estruturas legais e informais para controlá-los, de maneira que sofrem não só cotidianamente, mas há anos com violentas punições.

Palavras chaves: Seletividade Penal; Criminologia Crítica; Punição; Crítica do Direito Penal

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo 1: Punição e Estrutura Socioeconômica	9
1.1 - A punição na transição do feudalismo para o capitalismo central	9
1.2 - A punição na transição do escravismo colonial para o capitalismo periférico	14
Capítulo 2: Os mecanismos de controle legais no caso Rafael Braga	20
2.1 - “Guerra contra as Drogas” e a Lei 11.343/06	21
2.2 - A Súmula 70 do TJRJ	25
2.3 - O caso Rafael Braga	27
Capítulo 3: A criminologia crítica e a crítica do direito penal	35
3.1 - A criminologia crítica latino-americana	35
3.2 - A crítica do direito penal e a “eficácia invertida” do sistema penal	38
Considerações Finais	41
Referências Bibliográficas	43
Anexos	46

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto do projeto de pesquisa desenvolvido pelo NAJUP – Núcleo de Assessoria Jurídico Popular Amarildo de Souza, nos anos de 2017 e 2018. Naquele momento estudávamos a seletividade penal e a aplicação da Súmula 70 nas Câmaras Criminais do TJRJ, chegando a resultados interessantes como, por exemplo, quais as Câmaras que mais fundamentam suas decisões na referida súmula e quando começou o aumento exponencial de sua utilização.

Já neste presente Trabalho de Conclusão de Curso pretendo trazer a perspectiva materialista da criminologia, fazendo um paralelo do desenvolvimento dos sistemas penais na Europa e no Brasil. Deste, procurei dar um enfoque no decorrer do século XIX, com as mudanças das relações de produção após o fim do tráfico negreiro internacional e o comércio nacional, bem como capitalismo periférico neoliberal com o aprofundamento do “modelo bélico” de política de combate às drogas; daquele, busquei a compreensão dos métodos punitivos da transição do feudalismo para o capitalismo e, após, com o desenvolvimento do próprio capitalismo central.

A partir do entendimento que nosso sistema político-econômico foi constituído através da exploração colonialista/imperialista dos países centrais sobre os periféricos, torna-se imprescindível, para conhecer nossas próprias matrizes punitivas, estudar também o desenvolvimento da pena nos países centrais, uma vez que, o que ocorre na periferia é a transculturação de políticas criminais dos países centrais, que se atualizam de acordo com o contexto (Revolução Mercantil, Industrial e Tecno Científica)¹. Estudar o desenvolvimento da punição na Europa fornece não só um panorama das nossas matrizes punitivas, como também demonstra a necessidade da produção de saberes descolonizados, que exprimem de maneira própria nossas questões e problemas.

Por terem medo, na periferia ou no centro, do século XVI ao XXI, as classes dominantes procuram formas de manter sua dominação sobre as classes subalternas. No Brasil, essa massa é majoritariamente negra devido ao próprio processo de construção da sociedade. Se em determinado momento o “medo branco” era respaldado de leis que criminalizaram a vadiagem, hoje, essa dominação ocorre principalmente através de mecanismos legais como a Lei Antidrogas e a Súmula 70 do TJRJ.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 65.

O “mercado das drogas” é altamente lucrativo, e quem se favorece com ele não são os “vapores” e “olheiros”, que estão na linha de frente expostos, mas os que realizam as vendas em atacado, que carregam em helicópteros toneladas ou quilos dessas cargas. Antes de chegarem nas favelas, as drogas percorrem um longo caminho obscuro, entretanto, o discurso moral e bélico recai sobre os setores mais vulneráveis, que são obrigados a vender sua força de trabalho em um mercado marcado pelo desemprego, e que, mesmo se for tentar competir, será barrado pelo “exército de reserva”².

Neste sentido, procuro demonstrar como a designação do papel de usuário para o jovem da classe média/alta e de traficante para o jovem das favelas e bairros pobres do Rio é mais uma demarcação da seletividade penal. Essa visão é corroborada não apenas pela opinião pública, mas também pela ação policial e pelos entendimentos jurisdicionais, embasados sobre a ótica punitivista, reproduzida amplamente pelos meios de comunicação, que expõe a sede pela violência baseada no discurso de proteção da sociedade.

Então, para revelar os mecanismos de controle da população negra no Brasil na atualidade, tomo três referenciais: a criação da lei penal (Lei 11.343/06), ato de criminalização primária; a ação punitiva exercida contra pessoas concretas (ratificada pela Súmula 70 TJRJ), enquanto processo de criminalização secundária; e o medo, que é estrategicamente difundido pelos meios de comunicação para, junto com o sistema penal, criar e manter um *status* estigmatizante para este grupo social. Trago, como caso paradigmático, o processo de 2016 do Rafael Braga, uma vez que em seu caso os dispositivos acima expostos encontram-se patentes. Pretendo dar enfoque não para as sentenças e acórdãos, recursos e alegações finais de defesa/acusação, mas sim ao depoimento policial que fundamentou a condenação. É nele que me debruçarei para expor a seletividade penal e a ânsia punitiva.

O método da criminologia crítica me permitirá obter uma compreensão macrossociológica e materialista, mas importante expor, desde já, que não busco uma visão mecanicista e determinista, mas sim histórica e dialética. Estudar o desenvolvimento dos modos de produção e sua estrita ligação com os métodos punitivos serve justamente para revelar o que não é dito; expor as nuances político-econômicas presentes que são fundamentais para o desenvolvimento da prisão enquanto forma de controle social, tanto na Europa, quanto no Brasil.

² “A acumulação capitalista produz constantemente (...) uma população trabalhadora adicional relativamente excedente, isto é, excessiva para as necessidades médias de valorização do capital e, portanto, supérflua.” MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro 1. Tradução Rubens Enderle. 2ª ed. Rio de Janeiro: Boitempo, 2011, p. 857.

2. PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIOECONÔMICA

1.1 A punição na transição do feudalismo ao capitalismo central

Ao analisar os processos de execução da pena no decorrer da história europeia – mais precisamente do século XV ao XX -, Rusche e Kirchheimer abordam o liame existente entre os contextos socioeconômicos e o desenvolvimento dos sistemas punitivos. A obra foi essencial para a mudança da análise sobre a punição por examinar a estrutura do mercado de trabalho e a mão de obra disponíveis enquanto contribuidores para as classes dominantes não só modificar o método punitivo, mas também para controlar as classes subalternas.

Constataram, assim, que formas específicas de punição correspondem às relações de produção que estão inseridas; é impossível a escravidão como forma de punição em uma sociedade que não é escravista; a prisão com trabalho forçado sem a manufatura ou a indústria; ou o pagamento de fiança sem uma economia monetária. Dessa forma, “somente um desenvolvimento específico das forças produtivas permite a introdução ou a rejeição de penalidades correspondentes”³.

A pena como tal não existe; existem sistema de punições concretos e práticas penais específicas. O objeto de nossa investigação, portanto, é a pena em suas manifestações específicas, as causas de sua mudança e desenvolvimento. As bases para escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos. A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo o sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção.⁴

Neste sentido, a partir do século XV, com a gradual mudança do regime feudalista para a inserção do capital, o êxodo rural cria uma mão de obra urbana crescente e, conseqüentemente, o mercado de trabalho torna-se cada vez mais competitivo. Como esta transição não garantiu o pleno emprego - ou minimamente condições dignas a todos que saíssem do campo em direção às cidades - houve a necessidade, por quem detinha os poderes político-econômicos, da criação de leis que protegessem a propriedade privada, até porque protegê-la é também proteger o sistema que mantém os meios de produção nas suas mãos.

As penas neste momento não eram pecuniárias e nem faziam sentido serem privativas de liberdade, então as execuções e mutilações tornaram-se regras. Não eram apenas

³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 21.

⁴ Ibid, p. 20.

crueldade; significavam a eliminação de sujeitos marginalizados. A falta de obra impunha aos excluídos pela sociedade a possibilidade de serem esquartejados e mortos em público: “imperava a convicção oficial do caráter dissuasivo das execuções públicas. O sistema expressa o seu sadismo em um círculo vicioso em que os ‘fora de lei’ são mutilados e marcados para permanecerem excluídos”⁵. Não havia motivo que justificasse prender estes grupos marginalizados ao invés de “simplesmente” executá-los, uma vez que o medo e o terror também serviam de caráter “educativo” e “exemplar”.

Conforme as estruturas da sociedade europeia se transformam, a punição também muda. Já no final do século XVI, com o surgimento do mercantilismo e o notório crescimento demográfico, a outrora mão de obra abundante torna-se escassa, havendo a necessidade de separar os mendigos e vagabundos aptos e inaptos ao trabalho; a mudança das relações de produção impõe um diferente tratamento para os pobres, abrindo espaço para quem, até então, era considerado descartável. Se antes as execuções eram o método punitivo mais difundido para as classes subalternas, neste momento a mão de obra não podia ser desperdiçada, então todo esforço possível foi realizado para aproveitar a reserva de mão de obra disponível, “não apenas para absorvê-la às atividades econômicas, mas, sobretudo, para ‘ressocializá-la’, de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado de trabalho”⁶. Então, no início do século XVII foram desenvolvidas as “casas de correção”, determinantes para o estabelecimento do modo de produção capitalista.

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente.⁷

Portanto, ao passar de uma fartura da mão de obra para a escassez, a mutilação e o extermínio de trabalhadores era perda de produtividade (e da quantidade) dos trabalhadores. É desse desdobramento que os interesses socioeconômicos interferem e modificam a punição: em favor da lucratividade, a privação de liberdade começou a substituir os castigos físicos e a pena de morte. No tocante ao funcionamento das casas de correção, não estavam preocupados

⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 44.

⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 68.

⁷ *Ibid.*, p. 69.

com a produção propriamente dita, mas sim com a exploração racional da força de trabalho, sendo “um negócio altamente lucrativo até o final do século XVIII”⁸.

A falta de constância no fornecimento de mão de obra e a baixa produtividade do trabalho significariam uma grande mudança na posição das classes proprietárias. Ao mesmo tempo em que a extensão dos mercados e o crescimento da demanda por equipamentos técnicos exigiam mais investimento de capital, o trabalho tornava-se relativamente um bem escasso. Os capitalistas do período mercantilista podiam obter força de trabalho somente no mercado livre, através do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis. Se considerarmos as condições diametralmente opostas do século anterior, podemos entender o que esta mudança representou para as classes proprietárias.⁹

Com o declínio da reserva de mão de obra, aumenta o poder de barganha dos trabalhadores, resultando em melhorias em suas condições de trabalho. Ao mesmo tempo em que as classes dominantes estavam no auge do enriquecimento pela expansão dos comércios europeus – resultados inclusive do colonialismo –, ocorreu uma maior exigência dos trabalhadores por melhores condições. Momento este em que os detentores das produções recorreram ao Estado “para garantir redução dos salários e a produtividade do capital” – a mais importante foi relacionada à tentativa de estímulo à taxa de natalidade, que “visava amenizar a falta de trabalhadores através da promoção de uma alta taxa de nascimentos”¹⁰.

O Estado começa a intervir em consonância com os donos do meio de produção, tabelando salários máximos para conter a alta dos preços da mão de obra, resultante da “livre” competição no mercado de trabalho¹¹. Esta política salarial era orientada pelo princípio de que havendo grande quantidade de sujeitos empobrecidos, estes eram forçados a trabalhar para sair da pobreza e isso daria maior produtividade ao país. As propostas de reforma das teorias econômicas da época eram baseadas na ideia de que a população só pode ser obrigada a trabalhar quando os salários são baixos. Neste sentido, indaga Bernard Mandeville, filósofo e economista: “quando os homens mostram uma extraordinária inclinação para o ócio e o prazer, por que razão nós pensaríamos que eles sempre trabalharão, a não ser que sejam obrigados pela necessidade?”¹².

Com o movimento de reestruturação jurídico-penal em seu grande auge na segunda metade do século XVIII, há o aumento de delitos contra a propriedade, resultante do próprio sistema jurídico reformulado; por criarem leis que tenham como foco punir crimes contra

⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 45.

⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 47.

¹⁰ *Ibid.*, p. 47-48.

¹¹ *Ibid.*, p. 55.

¹² MANDEVILLE, Bernard. **The fable of the bees, or private vices, publick benefits**. Edited by F. B. Kaye. Oxford: Clarendon Press, 1924. Reprinted Indianapolis: Liberty Fund, 1988, p. 192 apud RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 55.

propriedade, novas condutas delituosas são constituídas; “a causa do delito é a lei, não quem a viola, por ser a lei que transforma condutas lícitas em ilícitas”¹³. O uso estritamente do medo e da pena de morte não era mais capaz de responder aos anseios das classes dominantes; os intelectuais Iluministas atuavam pela mudança do ordenamento jurídico, e, assim, a privação de liberdade tornou-se o método oficial da execução da pena. Neste momento é que a liberdade e propriedade tomam o mesmo peso no ordenamento jurídico. Vai perdendo força, assim, a função de educação baseado no terror e espetáculo, que possuía nas fases iniciais da inserção do capital, “pois incita as classes subalternas”; ainda, graças ao exército industrial de reserva, as penas selvagens já não eram mais necessárias para o disciplinamento da classe trabalhadora.¹⁴

A questão da natureza da pena afetava primordialmente as classes subalternas. Entretanto, os problemas de uma definição mais precisa do direito substantivo e do aperfeiçoamento dos métodos do processo penal foram trazidos para o centro do debate pela burguesia, que ainda não havia ganho sua batalha pelo poder político e procurava obter garantias legais para sua própria segurança¹⁵.

O início do século XIX, com a burguesia já consolidada como classe dominante, revela-se seu medo em relação a possibilidade de rebeldia da classe trabalhadora, momento este que foi “tentada a retomar os métodos pré-mercantilistas para o tratamento da criminalidade, aumentando as demandas por penas mais severas e a crítica do uso liberal da prisão como substituição das formas punitivas tradicionais”¹⁶. No decorrer do século XIX, entretanto, tanto em razão da participação da classe trabalhadora no consumo de bens produzidos que antes eram inacessíveis, quanto na melhoria de suas remunerações, há o incremento de sua condição. Ainda, a diminuição da emigração e a “perda” da mão de obra para outros países contribuiu para que a tentativa de volta aos métodos mais rigorosos de punição fosse evitada.

Um sintoma importante da melhoria do nível de vida é o declínio da emigração no exato momento em que a expansão colonial e o desenvolvimento do continente americano ocorria. Pike, historiador da lei penal inglesa, observou que a prosperidade e o aumento constante de emprego nas fábricas, ajudados talvez por outros fatores, suavizaram gradualmente aquele espírito de violência que inicialmente emergia diante da mais leve provocação.¹⁷

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 51.

¹⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 45.

¹⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 110.

¹⁶ *Ibid*, p. 114.

¹⁷ *Ibid*, p. 194.

Como Malaguti descreve, os interesses da burguesia “modularam amplamente as funções de defesa social do direito penal” e, dessa forma, a prisão se consolidou na Europa como o principal método punitivo. Com o aumento do número de presos, o trabalho na prisão torna-se um empecilho para os trabalhadores livres e, conseqüentemente, para os empresários¹⁸.

Sem a utilização da mão-de-obra presidiária, os efeitos dissuasivo-repressivos assumem o primeiro plano quanto à finalidade das penas. O trabalho nas prisões se converte em método de tortura, medo e terror. O princípio básico das penas detentivas era de que deveriam conter uma certa quantidade de dor e privação.

O século XIX presenciou a difusão do isolamento celular na Europa. Este isolamento era elemento valioso de disciplina. O novo sistema estava concebido arquitetônica e administrativamente para manter o detento submetido à mais completa solidão¹⁹.

Dada a inserção dos trabalhadores no mercado de trabalho e a necessidade de serem consumidores no sistema capitalista, as classes dominantes procuraram “restituir a maior quantidade possível de força produtiva à sociedade”, resultando no “desenvolvimento da *probation* e das penas pecuniárias, instituindo a responsabilidade social no fenômeno criminal”²⁰. Kirchheimer conclui a obra afirmando que o início do século XX é marcado pela tentativa de substituir a privação de liberdade por outros métodos punitivos, reduzindo a severidade das penas na Europa. No entanto, ao passo que o livramento condicional e as penas pecuniárias foram ganhando importância, o trabalho nas prisões no século XX continuou sendo um problema nos países centrais. Assim, segundo Vera Malaguti, a instituição de uma “responsabilidade social” abriu precedentes para a disciplina ser mantida através de estímulos positivos – o bom comportamento como forma de redução de pena²¹.

Entretanto, por mais que houvesse, de fato, uma formulação teórica acerca dos aspectos pedagógicos, “a prática dos tempos modernos (os investimentos requeridos, a dificuldade para encontrar mercados e a pressão da opinião pública) não permitia a implantação de qualquer programa educacional efetivo”²². Importante destacar que o capítulo destinado à análise do século XX não foi escrito por Georg Rusche, que havia falecido. Foi Otto Kirchheimer quem ocupou-se de escrever o último capítulo da obra e publicá-la. No entendimento de Vera Malaguti, as previsões deste não se concretizaram:

¹⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 46.

¹⁹ Ibid., p. 46.

²⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 47.

²¹ Ibid., p. 47.

²² Ibid., p. 47.

Como no século XX o trabalho na prisão perderia valor econômico, o último capítulo fez uma previsão de que a prisão no capitalismo contemporâneo perderia seu sentido e que o Estado aumentaria sua intervenção fora do cárcere, através de mecanismos como a *probation*, as liberdades condicionais e a criação de organismos normatizadores e regulamentadores como técnicas de vigilância e de controle informal. Essa visão conduziu a alguns problemas na esquerda, desde o realismo de esquerda até a esquerda punitiva. Rusche jamais produziu um reducionismo determinista, embora condicione a prisão à estrutura econômica, política e social²³.

Compreende-se, portanto, da tese de Rusche e Kirchheimer que o sistema penitenciário depende, sobretudo, do desenvolvimento do modo de produção capitalista; a importância da obra está no método materialista, para compreensão da prisão não como uma realidade ontológica, da natureza, mas como uma construção da sociedade, que no caso Europeu, surgiu estritamente ligado à necessidade da burguesia de controlar e regulamentar seus interesses, tanto para aumentar seu poder frente ao poder feudal, quanto para regulamentar a mão de obra da ascendente classe trabalhadora.

1.2 A punição na transição do escravismo colonial ao capitalismo periférico

A clássica obra dos alemães fornece um panorama indispensável para o olhar materialista da punição, criando um método de análise para a criminologia. No entanto, o sistema criminal europeu - e, principalmente, a estrutura econômica europeia - diferencia-se do brasileiro em certas questões, definidoras inclusive do processo de construção do próprio capitalismo na América Latina, como o sequestro e escravidão dos povos de África no continente americano. Então, para fazer um recorte materialista para o Brasil, torna-se vital a análise das próprias condições concretas que a sociedade apresenta, de modo que escolhi colocar atenção especial ao controle sofrido pelos povos africanos e seus descendentes.

O escravismo foi fundamental para a implantação de um sistema penal segregador e violento, que articula o direito penal público com o privado, de tal modo que “as matrizes do extermínio e da desqualificação jurídica frutificaram na implantação da ordem burguesa no final do século XIX”²⁴. Mesmo com sua inutilidade já declarada em 1838, segundo relatório

²³ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 93.

²⁴ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão. 2014, p. 102.

do Ministro de Justiça²⁵, a prisão era “parte das estruturas urbanísticas, legislativas e policiais direcionadas ao controle repressivo e à guetização das sucessivas gerações de ex escravos”²⁶.

No decorrer do século XIX, mulheres e homens negros migram para as cidades a procura de trabalho, com uma mão de obra farta e barata; ainda, toma-se como política pública a vinda de europeus, de modo que competem no mercado junto com os escravos libertos e seus descendentes²⁷. O medo, aqui, seja do proletariado revolucionário internacional ou dos escravos e libertos, tem vital importância para manutenção deste sistema repressivo, uma vez que serve enquanto “estratégia de neutralização e disciplinamento das massas empobrecidas”²⁸. Não obstante, Sidney Chalhoub categoriza enquanto “medo branco de almas negras” o temor das elites pela possibilidade de uma insurreição negra, impulsionado pela vitoriosa Revolução Haitiana e a Revolta do Malês²⁹.

Neste sentido, a República Velha constitui-se não apenas preocupado com a defesa dos bens jurídicos, mas também com o controle dos escravos libertos. Conforme Malaguti descreve, o liberalismo brasileiro tem raízes oligárquicas e “funda nossa República carregando dentro de si o princípio da desigualdade legítima que herdara da escravidão”³⁰. Como visto no capítulo anterior, a punição possui profunda ligação com as condições sócio-econômicas; aqui, então, reflete as sobrepostas e convergentes relações entre sistema penal, escravismo colonial e capitalismo. Sempre importante ressaltar que o Brasil, entre os países latino-americanos, foi o último a abolir a escravidão e, conseqüentemente, o que está mais ligado ao fenômeno que desumanizou milhões de vidas. Ademais, como não houve rompimento total com o modelo socioeconômico do período escravista, a ascendente burguesia era composta majoritariamente pelos mesmos detentores dos meios de produção de outrora; não obstante, os agentes do Estado também: “os bacharéis, agentes desta nova ordem, tiveram sua formação nas origens autoritárias da formação histórica brasileira, num liberalismo comprometido até o fundo da alma com o escravismo”³¹.

²⁵ NEDER, Gizlene. CONTIER, Arnaldo Daraya. **Criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho no Brasil, 1890-1927**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987, p. 112.

²⁶ BARATTA, Alessandro. Prefácio *in*: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 33.

²⁷ AZEVEDO, Celia Maria Marinho. **Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

²⁸ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão. 2014, p. 21.

²⁹ CHALHOUB, Sidney. **Visões da Liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 1990 apud MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão. 2014.

³⁰ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão. 2014, p. 37.

³¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 59.

Como a transição para o capitalismo no Brasil não destituiu a elite agrária, a modernização se dá “pelo alto”, pela via conservadora. Sobrevivem intactos até hoje a despersonalização legal das massas negras e pobres urbanas e o desprezo pelo trabalho manual no coração das elites. O projeto autoritário das elites brasileiras se afrouxa em momentos de crise para rearticular-se imediatamente após a superação dessas crises de mudança. No Brasil, autoritarismo e liberalismo são duas faces da mesma moeda.³²

Com a gradual dissolução das relações escravistas no decorrer do século XIX, tanto em razão do fim do tráfico internacional, quanto posteriormente da proibição do tráfico a nível nacional, o até então escravo começa a ser considerado legalmente como um sujeito de direito dentro da lógica capitalista, o que lhe permite vender sua força de trabalho e, dessa forma, continuar a circular como mercadoria, só que em outro modo de produção³³. Importante destacar que apesar de ser uma melhoria profunda passar da condição de “coisa” para pessoa, essa inclusão lhe reserva lugares diferentes das trabalhadoras e trabalhadores já inseridos no mercado de trabalho. Esse processo resultou em uma sociedade altamente estratificada, com uma incorporação dessa massa, antes “coisificada”, no mercado de trabalho se dando por baixo, nas funções mais subalternas, e, por fora, dada à marginalização dessa população para atividades consideradas ilícitas, como a capoeira e, posteriormente, o tráfico de drogas. Assim, “as classes subalternas, mais que compreender, a nível da razão, foram (e seguem sendo) levadas a ver e sentir seu lugar na estrutura social”.³⁴

As leis emancipacionistas golpearam ainda mais o modo de produção escravista e fortaleceram as duas preocupações, a da preparação do negro para o trabalho livre e a da importação de imigrantes, com mão de obra barata. Por fim, prevaleceu a última tendência. A escravidão se esborou, mas o substituído e o sucessor do escravo não foi o trabalhador negro livre, mas o trabalhador branco livre estrangeiro ou então o homem pobre livre, mestiço ou branco, porém sempre marginalizado sob o regime de produção escravista.³⁵

³² Ibid., p. 38.

³³ “*A procura por homens regula necessariamente a produção de homens assim como de qualquer outra mercadoria. Se a oferta é muito maior que a procura, então, uma parte dos trabalhadores cai na situação de miséria ou na morte pela fome. A existência do trabalhador é, portanto, reduzida à condição de existência de qualquer outra mercadoria. O trabalhador tornou-se uma mercadoria e é uma sorte para ele conseguir chegar ao homem que se interesse por ele. E a procura, da qual a vida do trabalhador depende, depende do capricho do rico e capitalista*”. MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 24.

³⁴ NEDER, Gizlene. Em nome de Tântatos: aspectos do sistema penitenciário no Brasil. In: **Cadernos do CEUEP**, nº 1, Rio de Janeiro: 1983, p. 9.

³⁵ FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Expressão Popular. Co-edição Editora da Fundação Perseu Abramo, 2017 p. 38.

Então, já em 1890 as classes dominantes encontraram na criminalização da vadiagem³⁶ uma maneira eficaz de controlar os escravos libertos e seus descendentes desempregados nas cidades; em uma conjuntura de dissoluções de relações escravistas, o combate à ociosidade fundamentava-se em uma “ideologia do trabalho”³⁷. Isto porque, uma das grandes preocupações da burguesia era garantir que os negros livres continuassem sujeitos ao trabalho, necessário, assim, criar “estratégias de suspeição” que justificasse tamanha repressão³⁸; sem a posse direta do trabalhador, precisava de alguma forma criar mecanismos de controle fora dos limites da unidade produtiva³⁹ e, dessa forma, criminalizar a ociosidade foi a forma encontrada para manter a repressão sobre os ex-escravizados; nesta conjuntura que ocorre efetivamente a transferência do exercício do direito penal do privado ao público.

No Brasil, abolida a escravidão e proclamada a República, o Código Penal de 1890 trazia a mesma receita: em seu artigo 399 punia a vadiagem, e em seu artigo 2016 punia a greve (definida como “cessação ou suspensão do trabalho para impor aumento ou diminuição de serviço ou salário”). (...). O teorema jurídico é o mesmo: não trabalhar é ilícito, parar de trabalhar também. Em suma, punidos e mal pagos⁴⁰.

Assim, o capitalismo brasileiro é estruturado por leis que permitiam a repressão e seletividade, sobre uma roupagem positivista e racista, com um pensamento tipicamente lombrosiano, que não se restringe apenas na maneira de pensar, como diz Vera Malaguti, mas também foi “principalmente uma maneira de *sentir* o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado”⁴¹. Dessa forma, é possível constatar que o fenômeno da escravidão constituiu uma realidade social criminalizante sobre um grupo social que sequer tinha personalização jurídica e essa contradição faz parte do processo de implementação do capitalismo no Brasil. Não obstante, a criminalização destes grupos permaneceu como uma compensação à perda de propriedade sobre os escravos, uma vez que manteve sob os tentáculos das classes dominantes os ex-escravos e seus descendentes⁴².

Se antes a propriedade sobre os escravos autorizava a puni-los, torturá-los ou destruí-los, agora continua a punir, torturar e destruir seus descendentes para afirmar

³⁶ “Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes (sic)” BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 02/11/2020.

³⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2ª ed., 2016, p. 60.

³⁸ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão. 2014, p. 38.

³⁹ BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado: os higienistas estão voltando! In: **Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade**, nº 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

⁴⁰ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: editora Revan, 1990, p. 36.

⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 48.

⁴² Alessandro Baratta. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 32.

simbolicamente um tipo de propriedade sobre eles, para enfatizar sua diversidade, para combater sua tendência natural à insubordinação.⁴³

Na contemporaneidade, o capitalismo periférico revestido de uma estrutura neoliberal ainda criminaliza a pobreza e precisa do medo para a manutenção de suas formas de controle; para conseguir sustentar o alto índice de desemprego, os baixos salários, as condições insalubres de moradia, o restrito acesso à saúde e educação, etc (a realidade social) a burguesia brasileira cria medos tangíveis, que justifiquem um sistema penal fortemente estruturado⁴⁴. Sigo, assim, o entendimento de Malaguti quando afirma que os meios de comunicação têm um papel fundamental para a manutenção desse medo: “o olhar cotidiano indiferente à miséria e às torturas e mortes violentas dos pobres precisa de um discurso que explique e naturalize o macabro espetáculo global. É por isso que esses discursos do medo se difundem pelas telas, pelas bancas”⁴⁵.

Em recente entrevista para o jornal *Le Monde Diplomatique*⁴⁶, o “criminólogo” Mano Brown⁴⁷, em pouco mais de um minuto de entrevista, consegue fazer uma síntese do momento atual que a juventude negra, pobre e favelada precisa passar:

MB: Aí os moleques viram facção mesmo. Para se defender, para se proteger, para proteger o outro. Aí o crime organizado vai ganhar força mesmo, porque o crime organizado já está atuando há muito tempo, já está em Brasília. Então, as facções vão se organizar no Brasil todo. Para se proteger e para poder sobreviver, irmão. Você pega um cara que é abandonado, sem família, sem ninguém, acolhe ele, dá um nome para ele, dá uma sigla para ele defender, uma família para defender ele e ele defender, ele não valoriza o cara?

Entrevistador: *Status*?

MB: Não, *status* é um slogan. O cara te dá uma família, te dá proteção, honra, te dá motivo para viver. Isso é *status*? *Status* é uma palavra chula perto disso tudo. *Status* parece um nome que branco inventou para f** com preto. Não é *status* que a gente quer. A gente quer sobreviver, negão.

Entrevistador: Em São Paulo, depois que o PCC pegou com mais força, realmente caiu muito a taxa de homicídio.

⁴³ Ibid., p. 32-33.

⁴⁴ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão. 2014, p. 99.

⁴⁵ Ibid., p. 119.

⁴⁶ PAULO, Pedro. Mano Brown: um sobrevivente do inferno. Entrevistadores: HENRIQUE, Guilherme. SANTANA, Henrique. NASCIMENTO, Nadine. **Le Monde Diplomatique**. 2018. Disponível em < [Link](#) >. Acessado dia 28/12/2020.

⁴⁷ Pedro Paulo Soares Pereira, rapper e compositor dos Racionais Mc's, grupo de rap do qual, principalmente nos anos 90 e 2000, criticava diretamente ações policiais truculentas e expunha a desigualdade social e a realidade letal que viviam (e ainda vivem) os jovens negros na periferia.

MB: O PCC controlou as taxas de homicídio de São Paulo, agora eu posso ser morto por falar isso. O sistema é falho. **O sistema depende da violência para sobreviver**, diferente do PCC, onde a violência faz eles perderem dinheiro. Eles precisam da paz para ganhar. **O sistema precisa da guerra para vender bala, vender arma, vender munição, para empregar mais gente na polícia, para fazer mais cadeia, para superfaturar mais, ganhar. Isso é o que gera tudo. Bezerra da Silva, antes de morrer, a gente fez um show juntos e ele disse assim: “Brown, cadeia é que nem show, tem que tá lotado pra dar dinheiro”**. (grifos meus)

Portanto, depois de mais de um século de proclamada a República e dissolvidas as relações escravistas, o povo negro ainda sofre com as permanências daquela época, tanto no nível das profissões que lhes restam (geralmente braçais e subalternas), quanto no sentido do controle social através do Direito Penal, afinal, uma está ligada a outra. O capitalismo fundado através de raízes oligárquicas e escravistas, hoje, enquanto forma de capitalismo neoliberal, ainda precisa do medo enquanto sentimento principal que guie as políticas criminais. Medo dos jovens, negros e favelados. Medo de sua possibilidade de quebrar as correntes que ainda os prendem. Como Bezerra da Silva disse para Mano Brown, os presídios, mais que nunca, precisam estar cheios para garantir a equação econômica das classes dominantes brasileiras. Nilo Batista, neste mesmo sentido, disserta:

Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que os pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais. Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica, os brasileiros pobres conhecem bem isso.⁴⁸

⁴⁸ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: editora Revan, 1990, p. 38.

2. MECANISMOS DE CONTROLE LEGAIS NO CASO RAFAEL BRAGA

Para sair de uma hipótese geral de longa duração e adentrar no estudo de um caso particular, julgo ser necessário trazer alguns dados previamente. Ao fazer o levantamento no site do DEPEN, constatei que houve uma mudança de apresentação do censo nos presídios: se até 2017 era feito um relatório⁴⁹, que descrevia a metodologia, o processo de levantamento, a explicação dos dados, correlacionando inclusive com outros censos, os dados de 2019 são o oposto. Primeiro, porque não há mais um relatório, mas sim um painel interativo⁵⁰. Ainda, algumas informações foram cortadas, como, por exemplo, o nível de escolaridade dos apenados. Dessa forma, mesmo que tenha escolhido trabalhar com os dados mais atualizados, pontuar essa diferença metodológica serve para atentar ao que pretende o próprio Estado desenvolver enquanto política criminal nos dias atuais.

Segundo levantamento do Infopen/2019, o sistema carcerário soma 755.274 mil presos privativos de liberdade para um total de 442.349 vagas disponíveis, isto é, há um déficit de 312.925 vagas. Em 1990, o censo demonstra um total de 90 mil presos, o que significa que, em 26 anos, a população carcerária aumentou quase 1000%. Uma notória potencialização da pena privativa de liberdade nas últimas duas décadas no país.

Por isso, é importante demonstrar o regime que a população carcerária está inserida. De acordo com os dados do Ministério da Justiça, aproximadamente 30% das pessoas presas no Brasil sequer haviam sido julgadas e condenadas, ou seja, são presos provisórios. A espera do desenrolar do processo, milhares de brasileiras e brasileiros aguardam encarcerados; estima-se que mais de um terço⁵¹ dessas pessoas não será condenado à pena privativa de liberdade.⁵²

A informação sobre faixa etária da população prisional demonstra que quase 45% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos, segundo classificação do

⁴⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - InfoPen**. Atualização de Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: < [Link](#) > Acessado dia 10/10/2020.

⁵⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - InfoPen**. Atualização Junho de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [Link](#) > Acessado em 08/10/2020.

⁵¹ CANÁRIO, Pedro. **Conjur**, 2014. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 08/10/2020.

⁵² “Na América Latina como um todo a situação não é muito diferente: aproximadamente 3/4 dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase 1/3 será absolvido. Isso significa que em 1/4 dos infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo de prisão preventiva; no que diz respeito ao 1/4 restante, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 6ª reimpressão, 2019, p. 71.

Estatuto da Juventude⁵³. Ao observar a participação dos jovens na população brasileira total, é possível afirmar que esta faixa etária está completamente sobrerrepresentada no sistema prisional: a população entre 18 e 29 anos representa 18% da população total no Brasil⁵⁴ e 45% da população no sistema prisional no mesmo ano.

Já os dados sobre a raça da população prisional estavam disponíveis para 657.844 pessoas - 88% da população carcerária total. Ao olhar os gráficos, percebe-se que 66% da população prisional é composta por pessoas negras (16,81% preto e 49,88% pardo). Na população brasileira acima de 18 anos, a parcela negra representa 53%, indicando novamente uma sobre representação deste grupo populacional no sistema prisional.

Por fim, de uma amostra de 620.583 crimes tentados/consumados, a maior parte diz respeito ao tráfico e associação ao tráfico, dispostos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06 e aos crimes contra patrimônio, principalmente os artigos 155 e 157 do Código Penal, de modo que pode-se constatar que a questão das drogas e os crimes contra patrimônio são os eixos principais de combate à criminalidade. Ao analisar o sistema penal sob uma visão macro, constata-se que está explícito seu alvo: o jovem, negro, pobre, que lida com varejo de drogas e comete crime contra patrimônio; é (re)produzida a banalização da morte e da privação de liberdade deste grupo social.

2.1 “Guerra contra as drogas” e a Lei 11.343/06

Se no desenrolar do século XIX o medo era disseminado pela possibilidade de revoltas negras - e as classes dominantes sentiram a necessidade de criar leis que criminalizaram certas condutas, como a ociosidade, para manter o controle através do sistema penal -, no final do século XX este medo traz outra roupagem de criminalização: o “modelo bélico” adotado pelas ditaduras latino americanas, através da declarada “guerra contra as drogas”.

O problema do trabalho persiste, só que no contexto de neoliberalismo, em que as massas desempregadas, vítimas do desmonte do Estado, são facilmente recrutadas pelo ganancioso mercado das drogas. Ao passo que a droga é sistematicamente utilizada, seu tráfico é criminalizado e, assim, transformado no principal eixo de construção do inimigo. E, dessa forma, a partir da década de 60, e mais profundamente na década de 80, foi-se

⁵³ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. **Institui o Estatuto da Juventude** e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Disponível em: < [Link](#) > Acessado dia 08/10/2020.

⁵⁴ De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, 2015.

estruturando a formação de um inimigo interno específico, que se espalhou nas favelas e periferias na imagem do traficante jovem⁵⁵.

Conforme as lições de Nilo Batista, o “modelo sanitário” estruturou-se de 1914 até 1964, de modo que o dependente, ou apenas o usuário, não era criminalizado, mas visto enquanto um doente, como pode-se verificar no discurso de Nelson Hungria, um dos revisores do anteprojeto do Código Penal de 1940 e um de seus principais comentadores: "o viciado atual (...) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição (...). O ainda não viciado não deixa de ser uma vítima do perigo de ser empolgado pelo vício, e não um criminoso"⁵⁶. Não é apenas no sentido patológico e demonizador das drogas que Batista descreve o modelo sanitário, mas também com a premissa do “aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal”⁵⁷.

Neste sentido, Nilo Batista propõe que o marco de transição para o modelo bélico é justamente o ano do Golpe de Estado sofrido pelo Brasil, 1964, uma vez que este respaldou a implementação de uma política de guerra no combate às drogas, influenciado pela política externa econômica estadunidense. O autor defende que isso não significa que o modelo sanitário tenha se extinguido totalmente, ainda mais com o “estereótipo da dependência”⁵⁸, mas sim que houve um aprofundamento da criminalização das drogas no período no meio/final do regime militar. Se na década de 60 os revolucionários eram os inimigos principais da ditadura empresarial-militar⁵⁹, a partir da década de 70/80 a figura jovem negro periférico consolida-se nesse papel⁶⁰.

O fato é que esta política criminal bélica, pródiga em fracassos, se aprofunda na proporção inversa ao insucesso. Numa espécie de relação sadomasoquista, quanto mais apanhamos da nossa política criminal, mais nos apegamos a ela. As novidades que surgem apontam para os redutos eleitorais de classe média e alta. Os projetos de descriminalização dos usuários, que preveem penas maiores para os traficantes, deixam ainda mais expostos à demonização e

⁵⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2ª ed., 2016, p. 40.

⁵⁶ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950 apud BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: Revista **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 134.

⁵⁷ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: Revista **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 134.

⁵⁸ DEL OLMO, Rosa. **A Face Oculta da Droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34.

⁵⁹ Vera Malaguti, ao analisar fichas do DOPS-Rio referente ao combate das drogas, encontra um documento chamado Tóxicos e Subversão, em que demonstra a confusão estratégica do inimigo interno entre o comunista e o usuário de drogas: “citando Lênin, Mao, Ho Chi Minh, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental”. BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 85.

⁶⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2ª ed., 2016, p. 40.

criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos do controle social globalizado: a juventude pobre de nossas cidades.⁶¹

O lucrativo mercado das drogas está intimamente ligado ao aprofundamento do modelo neoliberal no país⁶². Apesar de ser um país periférico, o Brasil não é cultivador de drogas tais quais os vizinhos latino americanos⁶³. A “guerra contra as drogas”, então, não é uma guerra contra um inimigo externo, não há uma intervenção (direta) dos Estados Unidos tal qual em outros países; aqui, o que ocorre é a mobilização do sistema punitivo – Polícia, Judiciário e o Ministério Público - contra um inimigo interno. Alessandro Baratta, no prefácio para o livro de Vera Malaguti, faz uma interessante reflexão:

A inexistência de ações estrangeiras, de uma guerra contra a droga conduzida em seu território, e a inexistência de uma guerra contra as drogas conduzidas pelo Brasil no território de outras nações faz com que, no Brasil, o problema da droga, simplesmente, assume a forma da relação entre as duas nações em que está dividida a sociedade brasileira: os ricos e os pobres. Assim, aos jovens consumidores das classes média e alta se aplica o paradigma médico, enquanto aos jovens moradores de favelas e bairros pobres se aplica o paradigma criminal.⁶⁴

Isto é, no proibicionismo, às classes mais favorecidas aplica-se o modelo despenalizador, através do tratamento médico em instituições particulares, e às classes subalternas o encarceramento, justificado pela criminalização das drogas e a Lei 11.343/06, que “legaliza” a designação de traficante para grupos específicos. Não menos importante, ainda, é falar do artigo 35 da lei citada, que estabelece a associação ao tráfico. No Rio de Janeiro, o indivíduo que é pego com drogas em áreas consideradas perigosas - uma cidade rodeada por morros e áreas periféricas em contraposição ao pequeno litoral elitizado - é imediatamente incumbida a associação ao tráfico, que pode aumentar sua pena em até 10 anos, através da corrente fundamentação de que para haver o tráfico nessas áreas necessariamente tem que ser associado a alguma facção criminosa⁶⁵.

⁶¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 13.

⁶² BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 41.

⁶³ MANETTO, Francesco. Aumenta a produção e consumo de cocaína na América Latina. **El País**. 2017. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 23/12/2020.

⁶⁴ BARATTA, Alessandro. Prefácio *In*: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 23.

⁶⁵ O próprio processo de 2016 do Rafael Braga segue o mesmo padrão estigmatizante, em que não há qualquer comprovação de que estaria associado ao tráfico, além do fato de estar naquele espaço geográfico, que é conhecido por ter facções criminosas. Inúmeros são os julgados que partem dessa premissa. Muitas das vezes estão apenas do lado de fora de casa, em um beco, viela, com amigos de infância ou a caminho da padaria (como Rafael Braga alegou em seu depoimento, tanto em sede policial quanto em juízo). Para mais informações e estatísticas, ver DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas**. Relatório. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 02/11/2020.

Essa é uma das formas em que se dá concretamente a seletividade penal e a criminalização da população negra no Brasil atual. É assim que Rafael Braga é taxado de traficante, sem a possibilidade de uma recuperação sadia de seu suposto caso clínico, a dependência química. Por isso é possível afirmar que o problema não é a droga em si, mas sim que a proibição leva ao controle específico da população considerada perigosa pelas elites. Como exemplo, levando em conta também que existem diversos outros casos não noticiados, separei: 1) o caso “helicoca”⁶⁶; 2) do avião com cocaína apreendido na fazenda do senador e ex Ministro da Agricultura⁶⁷; 3) e do Brenno Borges⁶⁸. O processo de criminalização dessas condutas é o mesmo que a população negra teria? Ou será que a seletividade penal é o fio condutor da justiça penal?

Tudo isso ao mesmo tempo em que “Rafaeis Bragas” cumprem pena por flagrante com poucas gramas de maconha e cocaína – ainda há a discussão de ser forjado ou não, que abordarei no próximo capítulo -, a diferença de tratamento escancara a realidade da seletividade penal e quem é o alvo real da justiça penal burguesa. A impunidade aqui se dá apenas para as classes dominantes, as classes subalternas convivem não só diariamente, mas há mais de dois séculos com punições extremamente violentas.

Se o discurso da criminalização das drogas é para proteger a sociedade como um todo e melhorar a saúde pública, então, o que ocorre é o oposto: a seletividade penal e o aumento de doenças, tanto em razão da falta de controle sobre as substâncias – que piora a qualidade do produto, deixando suscetível ao mofo e ao apodrecimento –, quanto pelas condições sanitárias insalubres nas prisões. Se colocarmos em uma balança, os prejuízos gerados pela “política criminal com derramamento de sangue” são mais graves do que o consumo das substâncias em si.

É possível dizer, portanto, que a “guerra contra as drogas” serve para encobrir a real guerra, que é contra os pobres, os favelados, os negros - a luta de classes brasileira em estado bruto-; necessário, então, repensar o discurso de que esta guerra fracassou, quando o que ocorre é a vitória cotidiana das classes dominantes sobre as subalternas. O “modelo bélico”,

⁶⁶ CARVALHO, Joaquim. Arquivos Helicoca. **Diário Centro do Mundo**. 2018. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 23/11/2020.

⁶⁷ ROSSI, Marina. FAB intercepta avião com 500 kg de cocaína que decolou da fazenda da família de Blairo Maggi. **El País**. 2017. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 23/11/2020.

⁶⁸ Este caso escancara a seletividade penal; quem merece o tratamento médico e quem merece o encarceramento sistema de justiça criminal brasileiro. Enquanto Rafael apreendido com 0.6g de maconha e 9.3g de cocaína foi condenado a 11 anos por tráfico e associação ao tráfico, Brenno Borges, pego com 130 quilos de maconha, centenas de munições de fuzil e uma pistola, foi mandado para uma instituição psiquiátrica particular. OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga e Brenno Borges: quando 9 gramas de racismo pesam mais que 129 kg de maconha. **Justificando**. 2017. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 23/11/2020.

no Brasil, representa a “intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal”.⁶⁹ Trata-se de uma guerra contínua e disfarçada.

2.2 A Súmula 70 do TJRJ

A Polícia Militar é a principal responsável por exercer o monopólio da violência, uma vez que representa o Estado nas ruas, e sua ânsia punitiva, refletida a partir das diferentes demandas em uma sociedade capitalista, é legitimada enquanto atuação institucional. Essa pressão por penas e prisões produz diversos casos de violência policial⁷⁰, que acabam sendo acobertados pela súmula 70 do TJRJ - como o caso Rafael Braga -, que é direta na legitimação do depoimento policial: “o fato de restringir-se à prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a prisão”⁷¹.

As sentenças e acórdãos que fundamentam a condenação sustentada pela súmula têm em comum supor que a mera existência dos depoimentos policiais indica validade, baseado nos princípios da moralidade e da impessoalidade do servidor público. No entanto, tais princípios precisam ser analisados à luz da realidade conjuntural, ou seja, a *práxis* se faz necessária para avaliar a efetividade do ato, “ainda mais na América Latina, local em que a regra é a inobservância dos níveis mínimos de legalidade, ou seja, dos parâmetros que dão as condições de verificabilidade da regularidade dos atos dos poderes públicos (punitivos)”⁷².

Assim, se, em um panorama ideal e abstrato, a Súmula 70 do TJRJ instrumentaliza a legalidade e atesta a moralidade, idoneidade e veracidade dos atos dos agentes da polícia militar, no plano real e concreto pode produzir efeitos extremamente perversos, se não for confrontada com as especificidades do sistema penal e, havendo distorções, não forem relativizados os seus efeitos.⁷³

Neste sentido, Carvalho e Weigert propõem que a presunção da veracidade deve ser analisada através de alguns pré requisitos importantes: o da experiência histórica da incidência dos sistemas penais na sociedade; o da experiência concreta da atuação do sistema

⁶⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Nº 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 146.

⁷⁰ Somente em 2019, a Polícia Militar no país matou mais de 5.804 pessoas, o que dá aproximadamente 16 mortos **por dia**. VELASCO, Clara. GRANDIN, Felipe. REIS, Tiago. Número de pessoas mortas pela polícia cresce no Brasil em 2019; assassinatos de policiais caem pela metade. **G1**. 2020. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 08/10/2020.

⁷¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. Regimento interno e súmulas. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 08/10/2020.

⁷² DE CARVALHO, Salo. WEIGERT, Mariana. “*Making a Drug Dealer*”: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJRJ na construção do caso Rafael Braga. In: **Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga**. Organização: João Ricardo Wanderley Dornelles, Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinha. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 248.

⁷³ *Ibid.*, p. 251.

penal latino-americano; o modo de atuar do sistema de polícia do estado do Rio de Janeiro⁷⁴. Por isso, antes de atestar a idoneidade da atuação policial, se faz necessário analisá-la criticamente. Levar enquanto uma atuação legítima, antes mesmo de analisar o caso concreto e específico em que atua, revela-se uma forma de corroborar com sua atuação truculenta. Os policiais militares são os mais interessados na condenação do acusado, uma vez que têm interesse em defender a própria atuação. Seus testemunhos contarem mais que qualquer outra prova, ainda, seus testemunhos valerem mesmo sem prova que acompanhe os fatos narrados é uma flagrante violação do direito do acusado.

Os magistrados que utilizam a referida súmula supõem que 1) não existem outras provas 2) os depoimentos policiais são harmônicos e coerentes. Ocorre que:

(...) no caso [Rafael Braga], para além da necessidade de relativização da Súmula 70 em decorrência dos problemas fáticos que afetam diretamente a credibilidade dos agentes da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, essa situação de impossibilidade de produção ou ausência de outras provas não se concretizou. Primeiro, porque foi colhido depoimento que se contrapõe à narrativa dos policiais, segundo, porque os policiais foram contraditórios em relação à diversos fatos diferentes, como demonstrarei no próximo tópico; quarto porque as circunstância de prisão não condizem, pelas regras de experiência, às hipóteses de tráfico em associação (pequena quantidade de droga apreendida, ausência de rede de proteção ao tráfico, ausência de confronto com a polícia, falta de tentativa de fuga, não apreensão de arma ou dinheiro⁷⁵.

Ademais, importante trazer alguns efeitos que, na análise de nossa pesquisa no Najup Amarildo de Souza em 2018⁷⁶, constatamos que trouxe para ordenamento jurídico-penal de segundo grau no Rio de Janeiro: 1) Na última década houve utilização vertiginosa da súmula para fundamentar os acórdãos; 2) Não há uma uniformidade na utilização da súmula entre as oito Câmaras Criminais, apesar da maioria utilizar frequentemente em seus julgados, existem outras que pouco se embasam para condenação.⁷⁷

Pode-se perceber da análise dos gráficos que 2017 foi um ano atípico quase na totalidade das Câmaras. No entanto, em 2018, por mais que, em sua maioria, esteja no mesmo patamar que 2017, não significa que houve uma mudança de direcionamento na utilização da súmula para embasamento de acórdãos, mas sim que nossa pesquisa não pegou o ano de 2018

⁷⁴ Ibid, p. 250.

⁷⁵ Ibid, p. 258.

⁷⁶ Em anexo.

⁷⁷ Conforme verifica-se no Anexo, a 6ª Câmara Criminal pouco fundamenta seus julgados na referida súmula; em contraposição da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª que atingiram índices recordes.

completo. Isto significa, então, que proporcionalmente 2018 voltou a crescer e 2017 foi um ponto fora da curva, que tende a crescer.

Escolhi analisar estes dois mecanismos de criminalização pois estavam presentes e foram fundamentais para o desenlace do caso Rafael Braga: os artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06 que estabelece a legislação sobre drogas e seus topos penais – logo, um conteúdo de criminalização primária; e a Súmula 70 do TJRJ, que potencializa os processos de criminalização, encarceramento e a manutenção do *status* do negro enquanto o infrator – processo de criminalização secundária.

2.3 O caso Rafael Braga

Antes de ir ao estudo do caso particular, acredito ser importante demonstrar um padrão que pode ser percebido em ambos os processos do Rafael Braga, e que está estritamente ligada à utilização da Súmula 70 no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: a condenação baseada unicamente por testemunho policial.

Na construção do boletim de ocorrência de 2013, por exemplo, há o depoimento de três pessoas, além de Rafael Braga. Todos são policiais civis. Dois deles participaram da abordagem e o outro fez a análise primária do material apreendido (...). No caso da abordagem que levou à prisão em flagrante em 2016, havia duas testemunhas, ambos policiais militares. Nos dois casos, a narrativa única, a partir da qual Rafael é preso, foi feita exclusivamente por profissionais da segurança pública.⁷⁸

Após destacar o liame existente entre o processo de 2013 com o de 2016, abordarei resumidamente o processo de 2013, para contextualizar e adentrar no estudo do processo de 2016, uma vez que o segundo reúne as informações que eu busco desenvolver – Lei Antidrogas, Súmula 70 TJRJ e seletividade penal.

O contexto de 2013 envolve diversas perspectivas. Com o estopim do aumento das passagens e entre as diversas reivindicações, desde o “fora todos” até o “não acabou, tem que acabar, eu quero o fim da polícia militar”, as críticas às instituições foram lançadas por milhões de manifestantes, de diversas ideologias ou partidos. Fato é que a desproporcional atuação dos agentes da segurança pública virou debate central no decorrer dos atos.

Essas violências provocadas por policiais militares estampavam as capas de jornais e circulavam na internet de maneira totalmente incomum. Em determinado momento,

⁷⁸ BRANDÃO, Isaac Palma. **Desarquivar**: a presença do racismo no caso Rafael Braga. São Paulo: Recriar, 2019, p. 128.

para variados grupos, a situação da violência policial durante os protestos sobrepôs outras pautas⁷⁹.

No dia 20 de junho de 2013, Rafael Braga Vieira foi abordado por dois policiais civis que estavam resguardando as dependências da Delegacia da Criança e do Adolescente Vítima (DCAV), na Lapa. Após uma abordagem policial em um dia marcado pelas grandes manifestações ocorridas, foi encaminhado para a delegacia e preso em flagrante, sob a alegação de portar coquetéis molotov – descritos no boletim de ocorrência como duas garrafas plásticas com conteúdo líquido. Assim, tornou-se a primeira e única pessoa a ser condenada pela participação em protestos no ano de 2013.

Quando se deu a condenação, no dia 3 de dezembro de 2013, houve grande disseminação da sua história; tornou-se, então, um símbolo da atuação arbitrária dos agentes do Estado, sendo considerado, por muitos, um preso político. Conforme o antropólogo Isaac Palma afirma: “independentemente dos significados dessa categorização (...) a prisão e a condenação de Rafael Braga em 2013 estão colocadas como invariavelmente ligadas aos protestos que aconteceram em diversas cidades do Brasil.”⁸⁰.

A história está no entrecruzamento entre a exceção e o comum. Exceção pela visibilidade produzida a partir das mobilizações de 2013. Comum, porque, de um ponto de vista mais amplo, é ordinária e cotidiana, ou seja, corresponde aos padrões de responsabilização criminal nas instituições jurídicas brasileiras⁸¹.

Em outubro de 2014 sua pena progrediu do regime fechado para o semiaberto, momento que lhe possibilitou trabalhar fora do presídio com autorização judicial. O órgão que prestou sua defesa técnica em ambos os processos, o Instituto de Direitos Humanos, arranhou-lhe emprego dentro do escritório de advocacia. Momento este que um de seus advogados postou uma foto que circulou nas redes sociais, com Rafael Braga posando em um muro com o escrito: “você só olha da esquerda p/ direita, o Estado te esmaga de cima para baixo”. Por causa dessa foto (importante dizer que não foi postada por Rafael Braga, mas sim pelo advogado) seu regime regrediu para o fechado e passou um mês na solitária.

Já em 2016, teve novamente a possibilidade processual de progredir de pena e, portanto, estava com medida cautelar de tornozeleira eletrônica morando na casa de seus pais. Rafael Braga foi novamente detido, desta vez sob alegação de tráfico de substâncias entorpecentes e associação ao tráfico - art. 33 e 35 da Lei 11.343, respectivamente. Acredito que, mais importante do que estudar os pedidos e decisões nas instâncias do Judiciário carioca, para o presente estudo se faz necessário um olhar minucioso dos depoimentos

⁷⁹ Ibid., p. 78.

⁸⁰ Ibid., p. 80.

⁸¹ Ibid., p. 81.

policiais, principal prova utilizada para sua condenação. Antes de me aprofundar nos depoimentos policiais, trabalharei apenas as questões preliminares suscitadas pela defesa, uma vez que dizem respeito às falhas processuais e, portanto, o processo não poderia prosseguir para a fase de mérito. Na denúncia do Ministério Público, explicou:

O denunciado, com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) de substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em embalagem fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó), distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição "CV-RL/PÓ/COMPLEXO DA PENHA", tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A defesa arguiu que a imputação era ampla e genérica:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sequer explicita qual seria a alegada 'finalidade de tráfico', se gratuita ou onerosa? Se onerosa, qual ato de mercancia era possível observar? Ademais, se o acusado entregaria referido material entorpecente a terceiros, dever-se-ia saber, no mínimo, qual conduta concreta sua teria levado a acusação a engendrar tal conclusão.

A denúncia também sustentou que Rafael Braga atuava enquanto um traficante associado ao Comando Vermelho pelo simples e único fato de existir a presença desta facção naquela região e, para estar praticando a suposta prática delitiva, teria que necessariamente ser integrante dela. Não informa quando, onde, quais as pessoas que compunham a organização ou qual função supostamente desempenhava. A defesa, no que tange ao delito presente no artigo 35 da Lei Antidrogas, a associação ao tráfico, não teve a possibilidade do contraditório justo, uma vez que as próprias alegações acerca da associação de Rafael Braga não foram apresentadas. A defesa, neste sentido, pediu preliminarmente a nulidade de inépcia da inicial acusatória, consequentemente anulando o processo.

Eis que a ausente a descrição da conduta de associação para o tráfico de entorpecentes e de suas circunstâncias concretas, impossibilitando que o acusado possa contraditá-las e delas se defender adequadamente, não bastando a simples menção nas alegações finais acusatórias de que o acondicionamento do material entorpecente e a localidade na qual o acusado foi preso dão azo à acusação de associação para o tráfico de entorpecentes.

Subsidiariamente, solicitou outras duas hipóteses de nulidade: 1) pelo fato de Rafael Braga ter permanecido algemado desde o primeiro ato da instrução criminal sem qualquer fundamentação que legitime tal ato, indo de contra à Súmula Vinculante nº 11 do STF; 2) Na última audiência de instrução e julgamento do caso – a audiência de Rafael Braga – o juízo inverteu a ordem de inquirição das testemunhas, sob a justificativa de que eram "testemunhas do Juízo e referidas", contrastando com o art. 212, p.u. CPP, do qual afirma que o magistrado

possui apenas uma função complementar à inquirição. Neste sentido, a defesa pediu a nulidade de todo ato processual decorrente da Audiência de Instrução e Julgamento.

Agora, o mérito. Abordarei principalmente a inconsistência do depoimento policial, que é marcado por uma ampla contradição entre todos os policiais envolvidos. Apesar de no dia da abordagem apenas os policiais Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago estarem presentes e assinarem o Registro de Ocorrência, outros quatro policiais militares - Farley Alves de Figueiredo, Fernando de Souza Pimentel e Luiz Renato Faustino da Silva – foram arrolados como testemunhas de acusação. Enquanto testemunha de defesa, Evelyn Barbara Pinto Silva, vizinha que presenciou a abordagem, foi levada ao júízo.

O primeiro policial militar, Pablo Vinicius Cabral, de maneira contrária à declaração prestada em sede policial, aduziu em júízo que tinham outras pessoas com o acusado; omitiu a existência de uma padaria próxima do local da prisão do acusado; tentou ainda esconder que o acusado negou a posse da droga em todos os momentos de sua abordagem; por fim, caiu em contradição em relação à suposta denúncia anônima que motivou a captura do acusado. Seu depoimento em sede policial diz:

Um morador não identificado informou que havia **um indivíduo** a poucos metros do local onde se encontravam **com material entorpecente**, a fim de comercializá-lo. Ato contínuo, foram até o local informado e encontraram Rafael Braga Vieira.

Já em júízo, afirmou:

Um colaborador veio até a guarnição informar que existia **um grupo de pessoas comercializando drogas** umas duas ruas à frente. Nós fomos lá verificar e avistei um grupo correndo, só que o meliante ficou.

O policial militar Victor Hugo Lago, que fazia patrulhamento na mesma guarnição do colega Pablo Vinicius Cabral, por outro lado, ao prestar depoimento em júízo, disse que:

Uma outra equipe foi informada, por um morador desconhecido, que tinha elemento fazendo tráfico de drogas na rua 29. Essa outra equipe passou a informação e nós fomos até o local. Chegando no local, uma curva, e o elemento, há uns cinquenta metros de distância, menos, e, ao avistar o soldado Cabral, que estava na minha frente, eu vinha em seguida, se desfêz da sacola e outros elementos que estavam lá foram...se evadiram.

De modo oposto, o policial militar Fernando de Souza Pimentel afirmou em Júízo que não presenciou nem a abordagem nem a revista do acusado, mas disse que a informação sobre a ocorrência de tráfico no local teria sido obtida por seus colegas Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago. Ainda, segundo o depoimento judicial do policial militar Victor Hugo Lago, a informação do colaborador anônimo teria chegado a seu conhecimento através de um policial militar, de codinome Lopes, de outra equipe:

(o Lopes) Ele me ligou e disse, 'olha, um morador passou aqui e falou que tá tendo tráfico lá na 29, dá um pulo lá que vocês estão perto.

Contrariamente ao depoimento do policial Victor Hugo Lago, os policiais Fernando de Souza Pimentel e Farley Alves de Figueiredo negaram que a informação tenha vindo de outra equipe:

Defesa - Vocês conversaram com o soldado de outra guarnição, chamado soldado Lopes em algum momento dessa diligência?

Pimentel - Eu não conversei.

Defesa- **Mas teria presenciado algum de seus companheiros conversando?**

Pimentel - **Não.**

Defesa - Vocês tiveram algum contato com o soldado Lopes nesse dia?

Farley - **O Lopes não me recordo.** Porque não é da minha patrulha.

Além da nítida distinção entre os depoimentos dos policiais militares Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago em sede policial e em juízo, e da contradição acerca da suposta denúncia anônima que motivou a prisão do acusado, corroborada, ainda, pelos depoimentos dos policiais militares Fernando de Souza Pimentel e Farley Alves de Figueiredo, o que, inclusive, motivou o requerimento defensivo de oitiva do policial militar de codinome Lopes - indeferido pelo juízo -, os depoimentos das testemunhas de acusação foram contraditórios em outros pontos. Por exemplo, no que diz respeito à confissão ou não de Rafael Braga no momento da abordagem, o policial militar Pablo Vinicius Cabral aduziu que Rafael permaneceu calado.

Defesa: Quando você o abordou, você não falou absolutamente nada para ele, nenhuma palavra?

Cabral: Negativo.

Defesa: **Desde a hora que você abordou até o caminho para delegacia, nenhuma palavra?**

Cabral: **Negativo.**

Enquanto isso, os policiais militares Victor Hugo Lago e Farley Alves de Figueiredo, ao serem questionados em juízo se o acusado falou alguma coisa na hora da prisão em flagrante, afirmaram que Rafael negou a posse das substâncias, contrariando ponto relevante do depoimento de seu colega de farda Pablo Vinicius Cabral.

MPERJ: **Ele falou alguma coisa na hora?**

Lago: **Ele negou.**

Juízo - Me responde uma coisa, foi perguntado ao réu sobre esse fato? Você se lembra qual foi a informação que ele deu?

Farley: **Ele falou que não era dele.** Agora, precisamente o que ele estava fazendo não me recordo, mas ele falou que o material não era dele.

Esse ponto merece destaque, pois Rafael Braga negou veemente a posse da droga desde o primeiro instante em que foi abordado, tendo relatado no Registro de Ocorrência, à fl. 5, que sofreu flagrante forjado e foi brutalmente violentado pelos policiais:

QUE na presença de seu advogado Dr LUCAS DA SILVEIRA SADA, OAB-RJ ns 178408, disse que hoje, 12/01/2015, terça-feira, por volta das 09h, havia saído de casa para comprar pão na padaria "DO GORDINHO", a pedido de sua mãe e, para isso, ela lhe deu R\$ 3, 00 (três reais) , sendo 01 (uma) nota de R\$2 (dois reais) e 01 (uma) moeda de R\$1,00 (um real); QUE logo em seguida, caminhava pela localidade conhecida, vulgarmente, como "SEM TERRA", próximo ao "Brisolão", quando, subitamente, fora abordado com arrogância por policiais militares; QUE **nega estar de posse de uma sacola contendo drogas** e 01 (um) morteiro de fogos de artifício; QUE foi conduzido pelos policiais militares que o abordaram para um quintal de uma residência, onde estes **o ameaçaram de colocar como sua uma pistola, uma sacola com drogas, fogos de artifício e que iriam "lhe comer"**; QUE os policiais militares perguntaram quem são os meliantes do movimento, **encostando o fuzil no seu corpo e dando socos no seu estômago**; QUE a todas as perguntas feitas pelos policiais, respondia que era trabalhador e que não sabia de nada e que era trabalhador; QUE após foi conduzido para próximo da UPP da Vila Cruzeiro, onde os policiais militares perguntaram qual era o seu apelido, tendo respondido que é "PODER" e, a partir daí, iniciaram uma série de deboches e, ainda, **lhe deram vários chutes, não podendo identificar os agressores, pois estava de costas para eles, algemado e de frente para a parede**; QUE após isso, fora conduzido a esta Delegacia; QUE nada mais disse nem foi perguntado.

Mais uma inconsistência no depoimento policial pode ser observada: o policial militar Victor Hugo Lago, afirmou que levou o acusado direto para a delegacia, sem passar pela base da Unidade de Polícia Pacificadora da Vila Cruzeiro, local que merece novamente destaque, pois o réu relatou ter sido agredido. Enquanto isso, os policiais Pablo Vinicius Cabral e Fernando de Souza Pimentel confirmaram que conduziram o acusado ao contêiner da Unidade de Polícia Pacificadora da Vila Cruzeiro:

VHL: Nós voltamos com ele até onde estava a viatura, próximo do local onde seria colocada a cabine blindada, ele adentrou no interior da viatura, e conduzimos à delegacia. **Não levamos ele pra base da UPP**, fomos direto pra delegacia.

PVC: O contêiner Vila Cruzeiro, foi encaminhado até o contêiner Vila Cruzeiro. Ele saiu aproximadamente uns 600 metros do local onde a gente pegou e **caminhamos até o contêiner da Vila Cruzeiro**.

FSP: **Ele foi conduzido salvo engano até a base blindada que nós temos lá**, e não me recorde se já estava instalada ou não, se já estava em funcionamento e de lá conduzimos a viatura para a delegacia

Defesa: Então ele não foi levado diretamente para a delegacia, ele foi à base blindada?

FSP: É (...).

Embora Rafael Braga tenha afirmado que possuía três reais no momento de sua apreensão - dinheiro que, segundo declaração em sede policial e no interrogatório judicial

gravado em mídia, era para comprar pão na padaria localizada ao lado do local que sofreu abordagem -, novamente a declaração de Rafael não é levada em conta, mas sim o desarmônico depoimento policial:

Defesa: **Foi apreendido dinheiro?** Ele tinha dinheiro na posse dele?

Cabral: **Negativo, negativo.**

Farley Alves: **Sim, eu vi.** Era cocaína, dinheiro, não sei quanto.

No tocante à existência ou não da padaria que Rafael Braga afirmava estar a caminho – hoje em dia essa informação pode ser facilmente comprovada através do Google –, o policial militar Pablo Vinicius Cabral afirmou, categoricamente, que não existia. Entretanto, fato é que Rafael Braga foi detido a menos de dez metros de uma padaria, conforme relatado em seu interrogatório judicial e confirmado pela testemunha de defesa Evelyn Barbara Pinto Silva, bem como pelas declarações dos próprios policiais militares Fernando de Souza Pimentel e Farley Alves de Figueiredo:

Defesa: Essa área que ocorreu a diligência é uma área residencial?

Cabral: É uma comunidade. **Só existem residências.**

Defesa: Residências, né? Por ali, né, **junto com essas residências tem comércio**, existe esse tipo de coisa por ali?

Cabral: No local onde o Rafael foi pego? **Não.**

Juízo - **Tem comércio esse local?**

Pimentel - **Tem uma padaria, tem comércio sim.**

Defesa - Existia algum comércio em alguma localidade comercial ali?

Farley: **Sim.**

O contraditório e desarmônico depoimento policial foi suficiente para o juízo confirmar a autoria das drogas para Rafael Braga. No entanto, a simples apreensão de 0,6 gramas de maconha e 9,3 gramas de cocaína comprovaria o uso pessoal, uma vez que trata-se de uma quantidade de drogas baixa, até para um usuário ter em sua posse, ainda mais para um traficante de uma região que supostamente teria traficado armado.

Cabe, portanto, citar a nota técnica trazida pela defesa "Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil", produzida pelo Instituto Igarapé⁸², que propõe um referencial de estipulação de quantidades de drogas para

⁸² Nos países que as drogas são legalizadas ou descriminalizadas, há uma regulamentação máxima para o porte do usuário; aqui, fica a critério do juiz analisar as condições da apreensão, abrindo para o subjetivismo da interpretação judicial, que normalmente está imbuída do estereótipo de que em comunidades e periferias há tráfico e nos prédios e bairros de classe média o uso. INSTITUTO IGARAPÉ. Nota técnica de agosto de 2015. **Apresenta critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil.** Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 10/10/2020.

uso, através de estudos cientificamente comprovados e da análise de especialistas, que fazem referência às legislações internacionais de países como Uruguai, Espanha, Portugal e Áustria.

A nota apresenta três propostas de quantidades para consumo pessoal, colocando desde um cenário mais conservador, que estabelece 25g de maconha e 10g de cocaína, até um cenário mais progressista, que define 100g de maconha e 15g de cocaína como quantidade máxima para o porte. Dessa forma, pode-se constatar que, mesmo no cenário mais conservador, a quantidade de droga apreendida não seria suficiente para indicá-lo enquanto um traficante, mas sim usuário.

Não obstante, a forma que foi acoplada não pode ser definidor de tráfico ou uso, uma vez que foge à realidade do usuário que, ao comprar sua droga, teria que jogar os plásticos envoltos, deixando a substância sem nenhum tipo de embalagem. Outro ponto importante a ser destacado é não haver qualquer tipo de arma encontrada no local ou na posse de Rafael Braga. Se a tese defendida pelo Ministério Público, pelos Policiais Militares e até pelo Juiz é de que Rafael era um traficante associado ao poderoso tráfico de drogas na região, sabendo-se que as facções atuam com emprego de armas de fogo justamente porque sabem dos embates com policiais militares, como não foi encontrado nada consigo ou no local?

É possível constatar dos depoimentos que as testemunhas de acusação ouvidas em juízo sequer conseguiram explicar como Rafael Braga atuaria enquanto traficante, se era olheiro, vapor, gerente, quaisquer que fossem sua suposta posição. Ainda mais em uma facção criminosa, da qual a posição de cada indivíduo é bem discriminada e há uma hierarquia de poderes (vapor, olheiro, gerente, fogueteiro, avião, entre outras). No depoimento policial e também na acusação do Ministério Público não existe sequer um indicativo de que as substâncias sequer seriam destinadas ao comércio, não tendo sido realizado qualquer detalhamento sobre os fatos que resultaram na condenação de Rafael Braga.

É de se esperar que essas declarações contraditórias seriam suficientes não só para desautorizar a fundamentação da Súmula 70 do TJRJ, como também para embasar uma absolvição sumária de Rafael Braga. Sustentar uma condenação de 11 anos com base em depoimentos quase na totalidade contraditórios é uma violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa, da liberdade, entre tantos outros direitos fundamentais que não foram garantidos ao Rafael Braga. É possível dizer, portanto, que o juízo sequer valorou o contraponto de provas, uma vez que o depoimento de Rafael, corroborado por uma vizinha que presenciou os fatos e descreveu sua versão, em nada vale perto do depoimento policial marcado por inconsistência e contradição.

Esse é o efeito prático que a Súmula 70 do TJRJ traz para seus casos.

3. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A CRÍTICA DO DIREITO PENAL

3.1 A criminologia crítica latino-americana

No intuito de superação do paradigma etiológico - que busca as causas da criminalidade, baseando-se em teorias biopsicológicas -, a criminologia contemporânea, principalmente a partir da década de 60 do século XX, com a Teoria do Etiquetamento, ao invés de olhar para o “homem delinquente, considerado um indivíduo *diferente* e, como tal, clinicamente observável”⁸³, busca utilizar o paradigma da reação social, isto é, não considerar criminalidade como ontológica, que certos indivíduos seriam mais propensos que outros a delinquir, mas sim olhar “para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização”⁸⁴.

É necessário, assim, olhar a criminalidade não como feito na criminologia positivista, mas sim enquanto um *status* atribuído a determinados indivíduos⁸⁵. Esse *status* atribuído ao Rafael Braga que o fez ser preso duas vezes, mesmo com, como levantado no capítulo anterior, precárias provas que o incriminasse. Para Alessandro Baratta esse *status* é atribuído, primeiro, através da escolha dos bens protegidos, bem como dos comportamentos ofensivos a estes bens e, segundo, “na seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”⁸⁶. A criminalidade pode ser entendida, com isso, enquanto um bem negativo distribuído de forma seletiva, para proteger os bens jurídicos relativos aos interesses das classes dominantes e, assim, “mais do que um dado preexistente comprovado objetivamente pelas instâncias oficiais, é uma realidade social de que a ação das instâncias oficiais é elemento constitutivo.”⁸⁷

Como pode-se verificar, o paradigma da reação social, com a Teoria do Etiquetamento, foi essencial para o rompimento da criminologia positivista, no entanto, não é suficiente para qualificar como crítica a criminologia; torna-se crítica quando há uma nova ruptura metodológica, deslocando o enfoque macrossociológico do comportamento do desviante para os mecanismos de controle da sociedade, “em especial para o processo de

⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p 29.

⁸⁴ Ibid., p. 159.

⁸⁵ Como dito por Mano Brown na entrevista citada no primeiro capítulo, apesar de outro contexto: “*Status* parece uma coisa de branco para f*** com preto”.

⁸⁶ Ibid., p. 161.

⁸⁷ Ibid., p. 178-179

criminalização, (...) de uma teoria da criminalidade para uma teoria crítica e sociológica do sistema penal”.⁸⁸

Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor às condições objetivas, estruturais e funcionais, que se encontram na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognoscitivo desde as causas do desvio até os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais se elabora a realidade social do desvio [...]. Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrosociológico, a Criminologia Crítica historiciza a realidade do comportamento desviante e põe em evidência sua relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalissimamente, como teoria das causas da criminalidade⁸⁹.

Os saberes produzidos pela criminologia crítica contemporânea, apesar de não serem uniformes, para Baratta, buscam “uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização”⁹⁰. Como busco uma teoria materialista da punição, há necessidade de atentar-se para as condições específicas que a América Latina apresenta; então, entendo, como tantos criminólogos latino americanos que os saberes produzidos e utilizados pelos países centrais não interpretam, explicam, nem resolvem em sua totalidade a realidade social de um país forjado sobre uma estrutura violenta de genocídio, megaexploração e escravidão. E por isso a necessidade da produção de um saber próprio para a criminologia latinoamericana, já que aqui há necessidade de disputar as garantias fundamentais, uma vez que nossas estruturas socioeconômicas se dão baseadas em uma estrutura que não oferece - nem nunca ofereceu - o mínimo de justiça social e dignidade para todos. Neste sentido que Zaffaroni propõe um “realismo criminológico marginal” para expor o genocídio e repressão como técnica de controle das classes subalternas na periferia do sistema.

Nossa tentativa de realismo marginal aproxima-se desta corrente [da distinção entre atualização histórica e aceleração evolutiva] ao constatar com muita clareza que nossa região latino americana e seu controle social são produtos da transculturação protagonizada, primeiro, pela Revolução Mercantil e, depois, pela Revolução Industrial, revoluções que nos incorporam às suas respectivas civilizações

⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal além da (des)ilusão**. Instituto Carioca de Criminologia. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012, p. 92.

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 160.

⁹⁰ Ibid., p. 159.

“universais” e planetárias. É bem evidente, também, que, agora, nos encontramos frente a um terceiro momento - a Revolução Tecnocientífica - cujas consequências podem ser tão genocidas quanto as anteriores. Para nós, na verdade, o genocídio em ato, implica o exercício do poder dos sistemas penais de nossa região marginal, já faz parte desse processo.⁹¹

Juarez Cirino dos Santos conceitua como “imperialismo ideológico” a expansão do pensamento dos países centrais e da “hegemonia regional do imperialismo americano e europeu”, uma vez que levou aos países periféricos teorias positivistas que justificaram a barbárie, “especialmente, nas ciências do controle social e do crime, como as criminológicas positivistas biológicas, etiológicas, psicológicas, psiquiátricas, genéticas, sociológicas e fenomenológicas”⁹². Isto é, o que ocorreu no séculos XIX e XX, e ainda ocorre em outros níveis, é a importação de políticas criminais dos países centrais, como se fossem resolver as questões locais específicas, que acabam gerando resultados perversos e violentos.

Neste sentido, conforme preceitua Vera Andrade, “as criminologias críticas latino-americanas têm, portanto, muito a dizer e a contribuir para a compreensão dos processos genocidas produzidos pelo poder punitivo”⁹³. Importante ressaltar que cada país dentro do continente americano possui suas especificidades e características próprias; porém, todas possuem em comum que o exercício punitivo, pautado pelas burguesias nacionais e internacionais, se dão baseadas na superexploração e precarização do trabalho e no discurso positivista de superioridade racial; todas tem o poder punitivo como instrumento de controle social, como manutenção do status quo. A chamada por Raúl Zaffaroni “realidade marginal”. O reconhecimento desta realidade, como o autor propõe, é fundamental para tentativa de superação do genocídio e encarceramento em massa que todos os países latino-americanos estão submetidos.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p 65.

⁹² SANTOS, José Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 71.

⁹³ ANDRADE, Vera Regina. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal além da (des)ilusão**. Instituto Carioca de Criminologia. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012, p. 117.

3.2 A crítica do direito penal e a “eficácia invertida” do sistema penal

A função do ordenamento jurídico é de estruturar e garantir uma ordem social e, por isso, o Direito Penal também está inserido nesta lógica e não pode ser entendido somente enquanto “um sistema de normas aleatórias, mas como sistema dinâmico de funções”⁹⁴. Não obstante, apesar do Direito Penal cumprir funções concretas dentro de uma sociedade que se estruturou de determinada maneira, também age como elemento condicionado a ela⁹⁵, isto é, embora seja formulado pela sociedade, também interage em uma relação dialética.

O Direito Penal, neste sentido, enquanto uma realidade estruturante e estruturada, atua enquanto forma de controle social, procurando garantir teoricamente de forma justa e igualitária a ordem social vigente; mas, na prática, seu funcionamento revela-se o oposto: é seletivo, porque atinge apenas a determinadas pessoas; repressivo pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais “legais ou ilegais”; e estigmatizante porque não consegue garantir a dignidade humana, “promovendo uma degradação na figura social de sua clientela”⁹⁶. Vera Malaguti descreve que este controle social pode ser exercido de maneiras formais e informais: “o direito aparece então como um corpo de interpretações que são aceitas como válidas numa determinada conjuntura, a partir de uma demanda por ordem oriunda das necessidades econômicas, sociais e culturais”⁹⁷.

A função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função “conservadora” ou de “controle social”. (...). É fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. Sob certas condições, pode o direito desempenhar outras funções (como, por exemplo, a “educativa” e mesmo a “transformadora – esta, oposta à “conservadora”). A preponderância da função de controle social é, contudo, inquestionável.⁹⁸

Então, para realizar a crítica ao Direito Penal é necessário desconstruir dois mitos que o constituem como um direito igualitário: o primeiro, relativo aos princípios do interesse social e do delito natural, do qual o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos mesmos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos; o segundo, relativo ao próprio princípio da igualdade, que versa que a lei penal é

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 161.

⁹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 19.

⁹⁶ *Ibid*, p. 26.

⁹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 81.

⁹⁸ *Ibid*, p. 22.

igual para todos, isto é, todos os violadores de normas possuem iguais chances de sofrer processo de criminalização⁹⁹.

É possível constatar da crítica que o Direito Penal não defende apenas os bens essenciais, que supostamente estariam interessados todos os cidadãos e, ainda, quando protege estes bens “o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário”. Ainda, no tocante ao princípio da igualdade, o *status* do criminoso é distribuído de modo desigual aos indivíduos e é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e de sua intensidade¹⁰⁰.

O aprofundamento da relação entre o direito penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Ou seja: não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização.¹⁰¹

Dessa forma, criticar o Direito Penal é entender que ele não é feito para ser igualitário e não apenas é o mais desigual de todos os ramos do direito burguês. “É o direito desigual por excelência”¹⁰². Neste sentido que Baratta demonstra, mesmo que com rupturas entre a Escola Liberal Clássica e a Escola Positivista, a “defesa social” esteve ideologicamente presente, trazendo consigo uma ideia de garantia de uma ordem social justa e igualitária¹⁰³, o que, portanto, atesta o caráter burguês da “ideologia da defesa social”.

Conforme ensina Nilo Batista, o Direito Penal compõe o chamado Sistema Penal, do qual separa em três grandes instituições: a policial, judiciária e penitenciária¹⁰⁴. Como visto, o

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162.

¹⁰⁰ Ibid., p. 162.

¹⁰¹ Ibid., p. 166.

¹⁰² Ibid., p. 162.

¹⁰³ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 46.

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 25.

Direito Penal não pode ser visto como um sistema estático, separado da realidade social em que foi forjado; ainda, não pode ser entendido enquanto separado do sistema político-econômico que lhe é imposto, atuando em conformidade com as instituições que lhe compõem.

Portanto, procurei demonstrar, no que tange especificamente a política criminal de drogas, no Brasil, como é possível afirmar que existe o discurso oficial e o não oficial; seu discurso legitimador e sua função real de controle social. É neste sentido que Vera Andrade desenvolve o conceito de “eficácia invertida”: a função que está a mostra para a sociedade é de reduzir a criminalidade, protegendo os bens universais de maneira igualitária, mas a função oculta, que é sua função real, é de proteger esses bens de modo seletivo e estigmatizante e, “neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça)¹⁰⁵.

É senso comum a ideia de que o combate à criminalidade e particularmente ao uso e tráfico de entorpecentes são fortemente obstaculizados, no Brasil, pela inexistência de uma adequada política criminal. A hipótese aqui desenvolvida e fundamentada rompe com este senso comum precisamente ao afirmar que tal política ‘existe’ e tem uma coerência interna. Trata-se de uma política de guerra, combate ou beligerância (genocida) que, inserida num processo de transnacionalização ou globalização do controle social - gerenciado pelo capitalismo central - é potencializada, no Brasil, por uma tríplice base ideológica: a ideologia de defesa social (a nível dogmático) complementada pela ideologia da segurança nacional (a nível de segurança pública), ambas ideologias em sentido negativo instrumentalizadas (a nível legislativo) pelos movimentos de lei e ordem (como sua ideologia em sentido positivo).¹⁰⁶.

Portanto, através de mecanismos do Sistema Penal (como, por exemplo, a atuação policial corroborada pela Súmula 70 TJRJ e a Lei 11.343/06) e informais (como a difusão do medo, impulsionado pelos meios de comunicação), busquei demonstrar a *práxis* do sistema penal brasileiro, que apesar de declarar objetivos que aparentam ser positivos para sociedade, funciona concretamente de maneira oposta, criminalizando e estigmatizando os grupos menos favorecidos. Por isso, é possível constatar que o caso Rafael Braga não é isolado dentro da sociedade, ele é a regra de como opera o Sistema Penal, de como as instituições atuam perante o negro, pobre e favelado.

¹⁰⁵ ANDRADE, Vera. A Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *In: Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis. v. 26. n. 50. 2005.

¹⁰⁶ ANDRADE, Vera Regina. Prefácio *In: DE CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro, Luam, 1996, p. 25.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para quem busca olhar o Direito Penal de forma crítica, o estudo da punição é indispensável. Na Europa, a partir do século XIII (mais profundamente do XVI ao XIX) inicia-se o processo de formulação do sistema penal, historicamente atrelada às demandas de lei e ordem conjunturais, com métodos punitivos específicos (tortura, morte, esquartejamento, e castigos físicos no geral) de acordo com o grau de desenvolvimento das relações de produção que estavam inseridos. Então, com a acumulação de riquezas do mercantilismo e capitalismo nos séculos XVIII e XIX, a ascendente burguesia, precisando estruturar sua própria proteção através do Direito, encontra na prisão o método eficaz de controle social e contingenciamento do mercado de trabalho. Por isso a necessidade de uma compreensão materialista e não ontológica; a prisão não nasceu com a natureza, mas sim é construída historicamente pelas ações humanas, para resguardar e proteger bens e interesses.

No capitalismo neoliberal periférico brasileiro, com seus resquícios de colonialismo, escravismo, imperialismo, exploração e violência, o Sistema Penal atua ainda com mais rigor para sustentar a ânsia autoritária e repressiva que permeia a sociedade. Não só as ilegalidades, mas também as injustiças cometidas pelo ordenamento jurídico brasileiro estão presentes cotidianamente nas vidas da maioria da população (56,4% da população preta e parda), que são estigmatizados e criminalizados. Por isso, é imperioso explicitar que a elite brasileira se constituiu a partir de uma estrutura escravocrata e esse processo engendra uma realidade social extremamente violenta, excludente e estratificada. A escravidão ainda está enraizada nas estruturas e reverbera cruelmente contra negras e negros na contemporaneidade.

O alvo foi demarcado há séculos: pobres e negros (os “punidos e mal pagos”). Esse é o grande estereótipo que as instituições de controle buscam; o Estado brasileiro não procura o bem estar da população igualmente, busca o medo e controle da maioria para sustentar os tentáculos de uma minoria, a burguesia. Rafael Braga não estava no lugar errado na hora errada; sua existência nessa estrutura é o problema. Contraditoriamente, quem mais sofre com as diversas formas de violências (física, moral, social) é o alvo preferido para criminalização.

Por isso a necessidade de demonstrar que a punição (no modelo capitalista europeu e no capitalismo periférico brasileiro) e a “ideologia da defesa social” não dialogam: os próprios princípios que integram e explicam o direito penal enquanto igualitário, como da igualdade e da princípios do interesse social e do delito natural, não se concretizam na prática operacional do sistema jurídico-penal; o que ocorre é uma realidade letal e estigmatizante sobre um grupo pré definido.

Revela-se imperioso para os pesquisadores que estudam a punição quebrarem certos mitos e sentidos comuns que ocorrem na sociedade; não é porque a maioria das pessoas criminalizadas são pobres e negras que eles tendem a criminalizar mais que brancos ricos, mas sim porque o processo de criminalização recai seletiva e repressivamente nas classes mais vulneráveis da sociedade. É neste sentido que atua o olhar metodológico da criminológica crítica: não para procurar o porquê da criminalidade, as causas do desvio, mas quais são os processos de criminalização que certos grupos são atingidos mais que outros. Finalizo, então, com a célebre passagem de Raúl Zaffaroni, quando afirma que as bruxas deixam de existir quando o poder punitivo para de perseguir e criminalizá-las, porque é a lei que inventa o criminoso.¹⁰⁷

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 6ª reimpressão, 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina. A Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. In: **Sequência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis. v. 26. n. 50. 2005.
- ANDRADE, Vera Regina. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal além da (des)ilusão. Instituto Carioca de Criminologia. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina. Prefácio *In*: DE CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil. Rio de Janeiro, Luam, 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 4ª edição, 2001.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado: os higienistas estão voltando!" In: **Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade**, nº 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- BRANDÃO, Isaac Palma. **Desarquivar**: a presença do racismo no caso Rafael Braga. São Paulo: Recriar, 2019.
- BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal**. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 15/10/2020.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 11.343/06, 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. Disponível em: [Link](#) >. Acessado dia 08/10/2020.

BRASIL. Lei Ordinária nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. **Institui o Estatuto da Juventude** e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Disponível em: < [Link](#) > Acessado dia 08/10/2020.

CANÁRIO, Pedro. 37% dos réus submetidos a prisão provisória não são condenados a prisão. **Conjur**, 2014. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 08/10/2020.

CARVALHO, Joaquim. Arquivos Helicoca. **Diário Centro do Mundo**. 2018. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 23/11/2020.

CASTRO, Lola Aniyar; CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. Tradução Amina Vergara. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2017.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da Liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 1990.

CIRINO, Juarez. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1985.

DE CARVALHO, Salo. WEIGERT, Mariana. “*Making a Drug Dealer*”: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. *In: Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Organização: João Ricardo Wanderley Dornelles, Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinha. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas**. Relatório Final. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 02/11/2020.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Expressão Popular. Co-edição Editora da Fundação Perseu Abramo, 2017.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950.

INSTITUTO IGARAPÉ. Nota técnica de agosto de 2015. **Apresenta critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil**. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 10/10/2020.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2ª ed., 2014.

MANDEVILLE, Bernard. **The fable of the bees, or private vices, publick benefits**. Edited by F. B. Kaye. Oxford: Clarendon Press, 1924. Reprinted Indianapolis: Liberty Fund, 1988.

MANETTO, Francesco. Aumenta a produção e consumo de cocaína na América Latina. **El País**. 2017. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 23/12/2020.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - InfoPen**. Atualização de Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: < [Link](#) > Acessado dia 10/10/2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - InfoPen**. Atualização Junho de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [Link](#) > Acessado em 08/10/2020.

NEDER, Gizlene; CONTIER, Arnaldo Daraya. **Criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho no brasil**, 1890-1927. São Paulo: USP, 1987.

NEDER, Gizlene. Em nome de Tântatos: aspectos do sistema penitenciário no Brasil. In: **Cadernos do CEUEP**, nº 1, Rio de Janeiro, 1983.

OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga e Breno Borges: quando 9 gramas de racismo pesam mais que 129 kg de maconha. **Justificando**. 2017. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 23/11/2020.

PAULO, Pedro. Mano Brown: um sobrevivente do inferno. Entrevistadores: HENRIQUE, Guilherme. SANTANA, Henrique. NASCIMENTO, Nadine. **Le Monde Diplomatique**. 2018. Disponível em < [Link](#)>. Acessado dia 28/12/2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. Súmulas. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 08/10/2020.

ROSSI, Marina. FAB intercepta avião com 500 kg de cocaína que decolou da fazenda da família de Blairo Maggi. **El País**. 2017. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado dia 23/11/2020.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, José Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VELASCO, Clara. GRANDIN, Felipe. REIS, Tiago. Número de pessoas mortas pela polícia cresce no Brasil em 2019; assassinatos de policiais caem pela metade. **G1**. 2020. Disponível em: < [Link](#) >. Acessado em 08/10/2020.

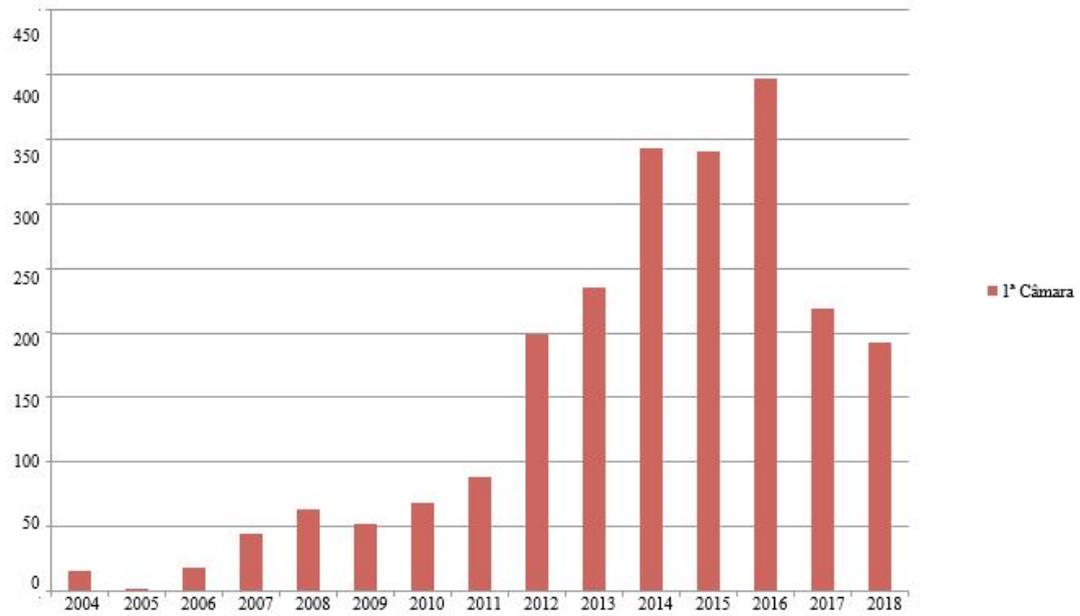
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 6ª reimpressão, 2019.

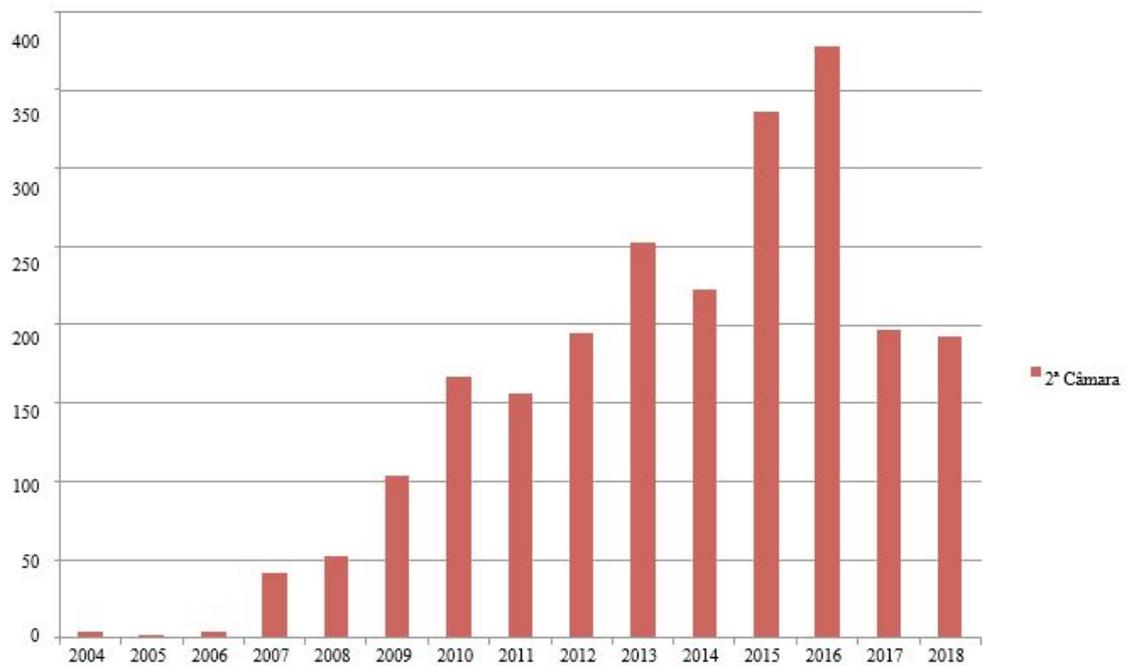
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo *et al.* **Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ANEXOS

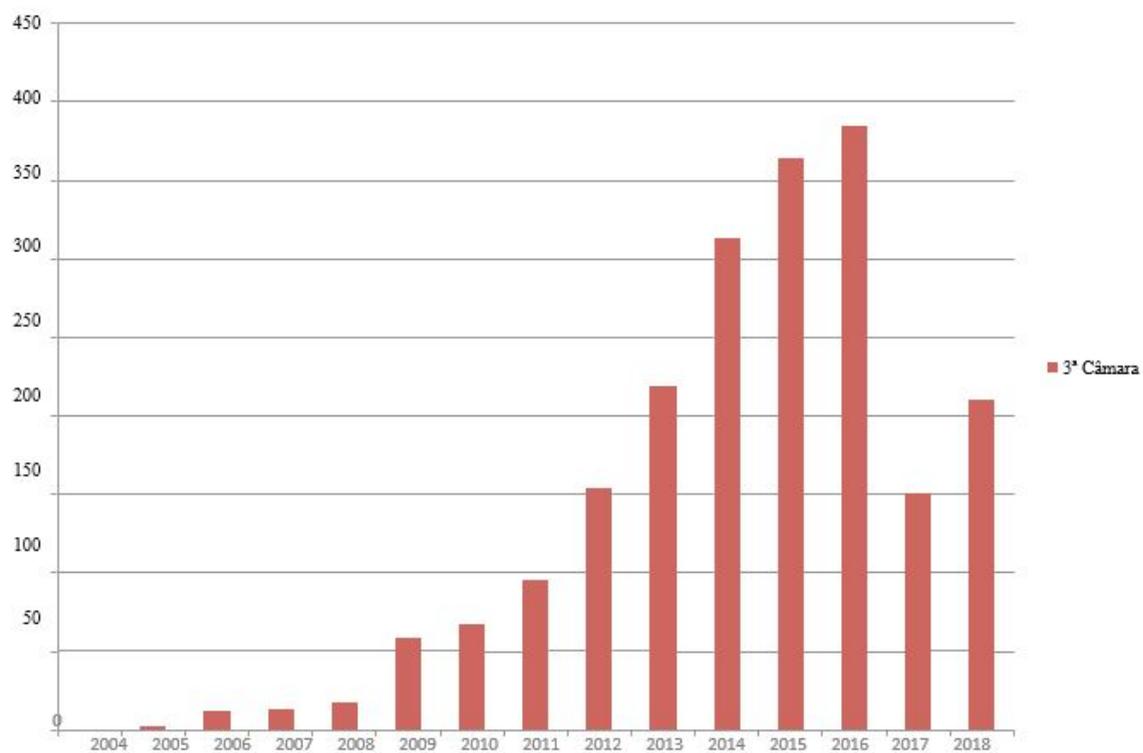
1^a Câmara



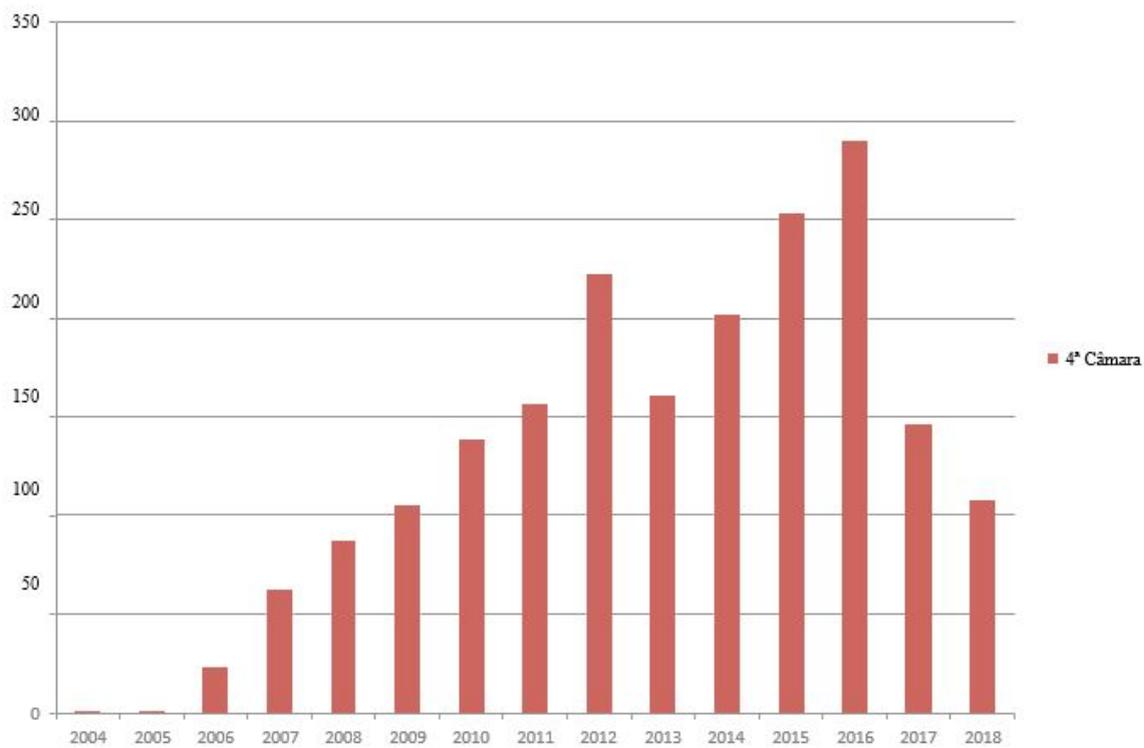
2^a Câmara



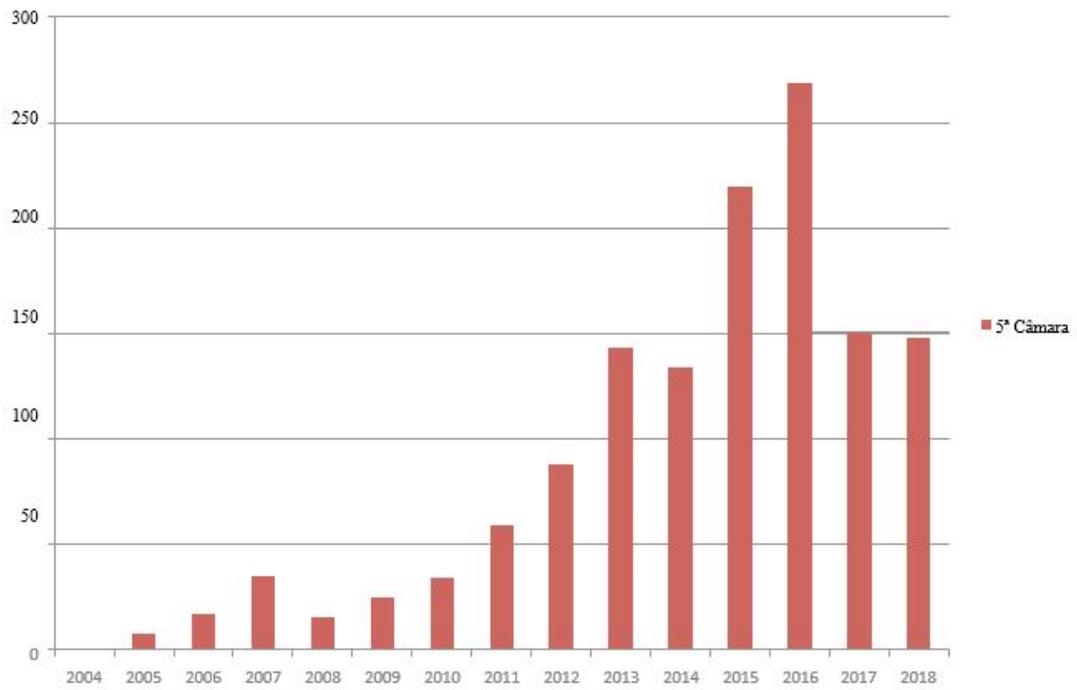
3ª Câmara



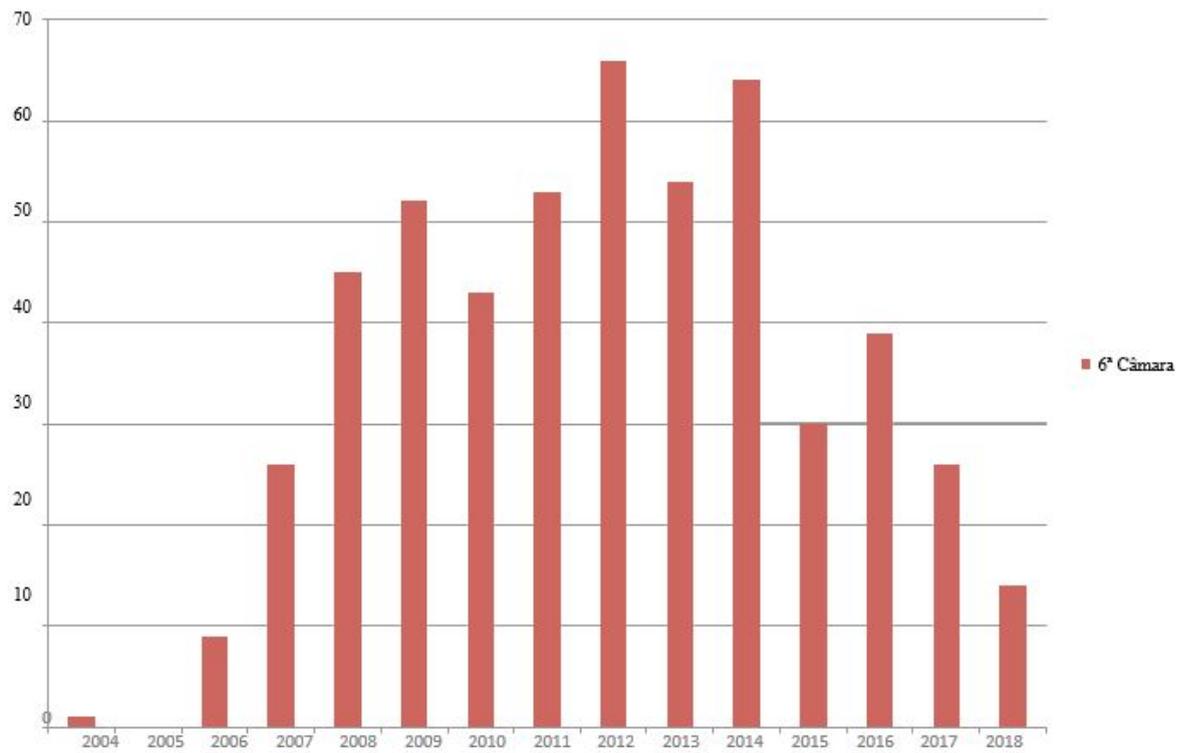
4ª Câmara



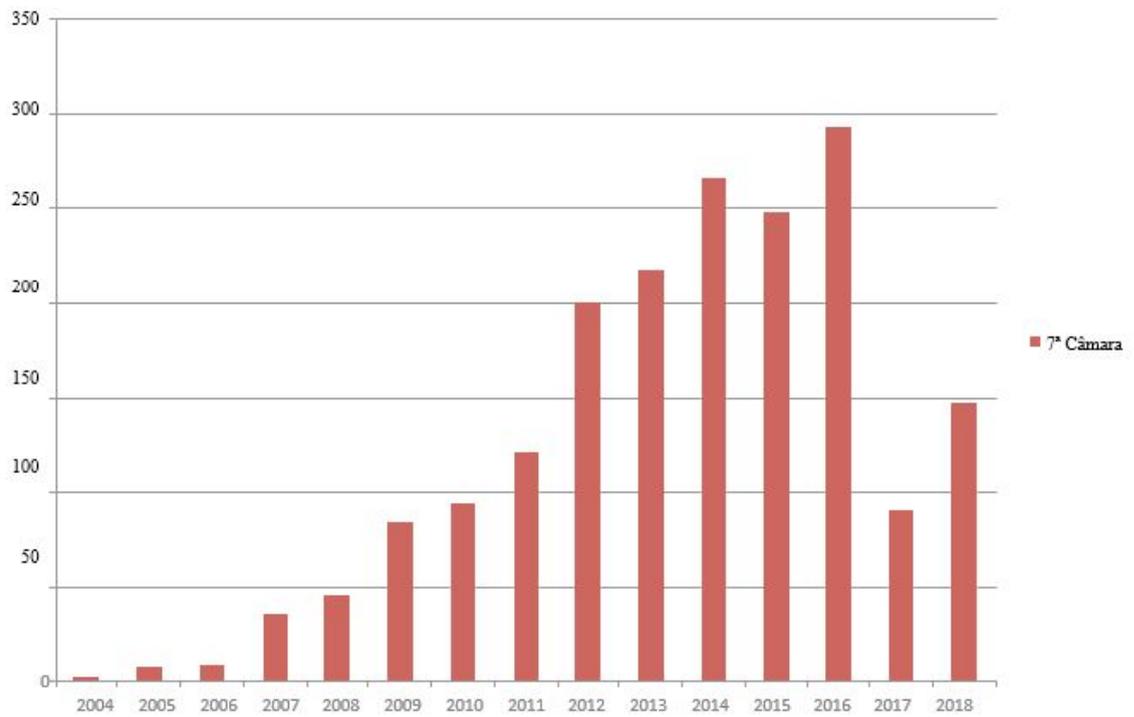
5ª Câmara



6ª Câmara



7ª Câmara



8ª Câmara

