

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
(Organizadores)

ANAIS DO EVENTO “10 ANOS DA LEI
11.343/2006 E A POLÍTICA CRIMINAL DE
DROGAS NO BRASIL”

Faculdade de Direito da UFJF

Juiz de Fora

2017

Anais do Evento “10 Anos da Lei 11.343/2006 e a Política Criminal de Drogas
no Brasil”

Organizadores: Ellen Cristina Carmo Rodrigues,
Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Rua José Lourenço Kelmer, s/n – São Pedro

36036-900

Juiz de Fora - MG

Diagramação: Tiago Barbosa de Figueiredo

Evento “10 anos da lei 11.343/2006 e a política criminal de drogas no Brasil” (2017 : Juiz de Fora, MG)

Anais do Evento “10 anos da lei 11.343/2006 e a política criminal de drogas no Brasil” – Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Faculdade de Direito / Organizadores: Ellen Cristina Carmo Rodrigues; Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes – Juiz de Fora: Faculdade de Direito, 2017.

56 p.

ISBN 978-85-66252-13-2

1. Direito Penal. 2. Droga. 3. Brasil. I. Rodrigues, Ellen C. C.. II. Mendes, Brahwlio S.M.R. III. Título.

CDU 343.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	4
HAITI, UM OLHAR SOBRE A LEI 11.343/06 E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	6
IMPLICAÇÕES DA GUERRA ÀS DROGAS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	13
DA MÁQUINA LETAL E SELETIVA – O ESTADO ENQUANTO ENTE SEGREGACIONISTA NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL	25
DA AUTONOMIA DA PESSOA OU DO PODER DO ESTADO? BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-DISCURSIVAS DAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS DE VICIADOS EM DROGAS NO BRASIL	41

APRESENTAÇÃO

Levando em conta a grande importância que a atual política de drogas possui para o encarceramento, para a seletividade punitiva do direito e para a rede de enriquecimentos, violências e subalternidades atreladas à criminalização instituída pela Lei 11.343/2006, foi importante realizar um evento referente ao término do primeiro decênio da referida lei. Estes anais eletrônicos são o resultado da contribuição de alunos de graduação que inscreveram trabalhos no evento intitulado: “10 anos da Lei 11343/2006 e a política-criminal de drogas no Brasil”.

A proposta visou estimular a participação discente e sua capacidade de inovação no trato deste tema que há décadas tem sido um problema social demandante de novas leis, novos recursos, novas mortes e novas promessas de construção de uma política hábil a lidar com a relação entre os seres humanos e as drogas. Passados dez anos de vigência da lei que institui o atual modelo de enfrentamento das drogas, não se pode ignorar que a situação instaurada está longe de ser satisfatória. A tentativa de pensar esse problema animou os propositores e participantes do evento.

Repensar a questão das drogas é um desafio que precisa lidar com os impactos das propagandas e preconceitos, ainda hoje veiculados, que dificultam uma abordagem honesta e séria do problema. Educados para temer as drogas, precisamos encará-las como problema de estudo, desenvolvendo a coragem para enfrentar na prática o desafio de construir alguma justiça quanto ao uso de drogas que não seja pautada em discriminações sanitárias, moralistas, raciais e monetárias. É preciso saber separar os problemas daqueles que sofrem com o vício em drogas, dos problemas gerados pela criminalização. O debate vem se aprofundando e expandindo, hoje se encontra menos abafado do que há uma década atrás. É nesse cenário que o presente evento se insere, contribuindo à tentativa de romper com o vício em hábitos de pensamento incapazes de considerar as causas e efeitos da criminalização, incapazes de ver alternativas às demonizações seletivas das drogas, de seus usuários, produtores e comerciantes.

O Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF – NEPCrim – agradece a participação e colaboração de todos que tornaram o evento e seus desdobramentos realidade, alguns deles vão além do que cabe expressar aqui, bastando dizer que os impactos reais desta legislação se desdobram em questões das quais os juristas comprometidos com a justiça não podem se eximir. Os trabalhos que compõem estes anais são a

expressão da inventividade discente, com a qual precisamos contar para formar profissionais do direito menos viciados em repetir os hábitos judiciais e mais interessados em investigar as origens e possibilidades do direito que manuseiam.

HAITI, UM OLHAR SOBRE A LEI 11.343/06 E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Alexandre Aguilár Santos¹

Anna Flávia Aguilár Santos de Oliveira²

Rebeca Angel de Oliveira³

RESUMO

O presente artigo visa desenvolver uma abordagem crítica e histórico-social acerca da Lei 13.343/06 (Lei de Drogas), o seu alcance e objetivos, através de um diálogo audiovisual com a música Haiti de Caetano Veloso. Tem como paradigma a seletividade do Direito Penal, com relação a uma parcela da população, destarte já marginalizada, e a ratificação dessa segregação através de mecanismos estatais, quais sejam, o denso policiamento em determinadas regiões das cidades e legislações como a presente. Destaca-se ainda que a política pública de combate às drogas adotada pelo Estado para a solução do óbice, acaba por trazer a tona um estado de medo e, em última instância, legitimar o discurso do “Direito Penal do Inimigo” e um sistema que ratifica o uso da violência na “Guerra contra as drogas”. Nesse sentido, faz-se referência à noção de justiça no Brasil através da aproximação com as artes, nesse contexto, a música Haiti, para demonstrar que a despeito do tempo que a música foi escrita, ainda há uma intrínseca relação com a contemporaneidade. Ressalta-se ainda que apesar de garantias fundamentais terem caráter universal, no plano fático, como abordado pela música, isso não se concretiza, isto é, aqueles que estão à margem – pretos e pobres, no dizer de Caetano – veem seus direitos serem relativizados, tolhidos e negados. Concomitantemente a tais fatos, observa-se uma ascensão de ideais conservadores, de modo a inflamar no restante da população a sensação de impunidade, o que leva esta a clamar por uma maior intervenção do Direito Penal nas relações sociais.

Palavras-chave: Lei de Drogas; Seletividade do Direito Penal; Direito Penal.

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF; alexandreaglaw@outlook.com;

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF; annaflavia42@gmail.com;

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF; rebeccaangel@outlook.com.

1– Introdução

Após a abolição da escravidão do Brasil, efetivada em 1888, houve o reconhecimento formal de equidade entre os negros e o restante da sociedade da época. Esse processo ocorreu devido a uma forte pressão, principalmente com a ascensão do liberalismo econômico para que os antigos escravos pudessem também fomentar o mercado local. No entanto, tais pessoas, já marginalizadas por um sistema que suprimia seu reconhecimento perante a sociedade e, conseqüentemente, seus direitos, não foram devidamente assistidos pelo Império e pela recém República no decorrer dos anos. Isso influenciou a expressiva concentração de negros nos índices de pobreza da época e que repercutem até hoje.

Ainda nesse contexto histórico, é importante salientar que a mão de obra negra foi substituída pela mão de obra europeia. Com experiência no trabalho agrícola, logo garantiram seu espaço frente à produção, principalmente, de sacas de café, trabalho anteriormente feito pelos escravos. Desse modo, além de não terem sido abarcados por políticas públicas de reparação ou, até mesmo, de inclusão social da classe, os negros foram colocados aquém do trabalho.

É notória a tentativa do Estado brasileiro de separação dessas classes por um critério socioeconômico e racial. Nesse contexto, foram criadas no bojo do processo abolicionista, penas de vadiagem⁴⁴ e de práticas culturais consideradas subversivas, como a capoeira, segundo o Código Criminal de 1890. A partir disso, tomando por base pesquisas da época sobre o percentual das prisões por vadiagem e práticas de ritos não cristãos, teremos um perfil traçado.

Destarte, em uma analogia crítica à sociedade atual, o direito penal também é um órgão de perpetuação do *status quo*, promovendo, na maioria das vezes, a incidência de que para que se tenha justiça é necessário prender o negro e o pobre. Caetano Veloso e Gilberto Gil compuseram uma música no ano de 1993 na qual retratam, à primeira vista, o mesmo cenário do final do século XIX, quais sejam o descaso governamental e o desinteresse social em buscar mudança.

Além disso, como sobredito, sempre se cria uma cláusula geral nas normas, incidentes a todos, mas adotados e editados para uma população específica. O capoeirista que

4 DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 18-10-2016 às 16h35.

outrora era preso, hoje, 10 anos depois da validação da Lei 11.343 de 2006 (Lei de Drogas), é o traficante a quem tal norma deve incidir e ser aplicada.

O direito penal se apresenta como instrumento de dominação dos interesses do capital e com intensidade diferente se dirige às classes sociais. Baratta explica que esta direção do direito penal não ocorre somente na escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais e diz ainda que os tipos penais:

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder. (BARATTA, 2011).

Foucault (1987, p. 82) afirma que “o sistema penal é um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não supri-las todas” na medida em que os castigos das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos.

Ineficaz no liame em que se pretendeu atuar, tal lei segrega pelo aparelho estatal os hipossuficientes socialmente e que, por fatores históricos mencionados, se perpetuam na pobreza e, conseqüentemente, não tem fácil acesso a garantias individuais fundamentais. Desse modo, a não efetivação desses direitos fundamentais repercute, por exemplo, no perfil carcerário brasileiro: negros, pobres e sub-educados.

2– Art. 28 - “111 presos indefesos, mas presos são quase todos pretos Ou quase pretos, ou quase brancos quase pretos de tão pobres E pobres são como podres e todos sabem como se tratam os pretos” (CAETANO, 1993).

A partir de 2008 iniciou-se em cidades expoentes do Brasil, como o Rio de Janeiro, a instalação das chamadas UPP’s (Unidades de Polícia Pacificadora) com o pressuposto de trazer àquelas comunidades desenvolvimento e segurança. No entanto, o que se pode notar são as marcas da violência registradas nas paredes de alguns que nem mesmo estão envolvidos com práticas criminosas.

Ressalta-se nesse sentido, que esse denso policiamento sob o pretexto de segurança social, dirige-se a apenas a uma parcela da população, qual seja, moradores de comunidades, dentre outras regiões destarte marginalizadas. Pretende-se questionar com isso, o porquê do cisma territorial entre aqueles quem podem ter sua liberdade violada e suas casas marcadas

em função de uma suposta garantia de segurança de outrem, que não vivem sob a vigilância revestida de assistência das UPP's.

É a partir desse paradigma que se intenta abordar o artigo 28 da Lei 11.343/06, Lei de Drogas, que em 2016 completou 10 anos de promulgação. A intenção primeira do legislador brasileiro era de mais uma vez, através precipuamente da ótica punibilidade, propor uma conscientização acerca do tema. Em última análise, no entanto, o que o legislador acabou por fazer foi selecionar aqueles que seriam os protagonistas desse sistema repressor que se tornou a Lei de Drogas. Nesse sentido, como exposto por Vera Malaguti em sua obra “Introdução à Criminologia Brasileira”

A criminalidade deixa de ser uma realidade objetiva para ser lida como uma definição. A principal ruptura metodológica é com o paradigma etiológico: o processo de interação dá um sentido radicalmente diferente ao método causal-explicativo. O que está em jogo passa a ser quem tem o poder de definir e quem sofre a definição. (BATISTA, 2011).

No tocante ao art. 28 da mencionada lei, estabelece-se a solar relação com a música “Haiti” de Caetano Veloso, que no trecho título do capítulo demonstra como são tratados os presos. Os incisos I, II e III abarcados pelo art. 28, mencionam as penalidades a que os portadores de drogas para uso pessoal estão submetidos. A primeira vista, são medidas bastante cautelosas e pedagógicas, a fim de promover a conscientização desses indivíduos. Porém, dada a presente conjuntura do país e o estado de polícia, e coisas inconstucionais, em que vivem os moradores de comunidades, essas medidas não se efetivam, dada a violência e a repressão sofridas por esses cidadãos – no entanto, para esses, no dizer de Caetano, “ninguém, ninguém é cidadão”.

Nessa esteira, o art. 28 em seu §2º traz a maneira como se define a destinação da droga. Salienta-se que há bastante generalidade quanto a como essa definição é feita, já que ela se pauta naquilo que o juiz entende como sendo o caráter distintivo do uso. O que se questiona é a discricionariedade dada ao magistrado para julgar questões tão subjetivas quanto “local [...] circunstâncias sociais e pessoais [...] conduta e os antecedentes [...]” como descrito pelo parágrafo.

Através desse tipo de letra de lei é que se percebe o quão hierarquizada social e racialmente é a perspectiva jurídica quanto a determinada parcela da sociedade. Esse olhar do magistrado sobre esses indivíduos denota o que chama Bourdieu de “Poder Simbólico”,

quando o magistrado se utiliza do seu *habitus* no campo jurídico para legitimar um discurso que é institucionalizado e afirmado pelos que definem o que é criminalidade.

Dado o exposto, percebe-se uma permanência histórica do positivismo criminológico ao pautar as características pessoais e subjetivas do agente como traços de uma iminente tendência para o crime. Essa afirmação pode ser demonstrada pela professora Vera Malaguti, quando propugna que “o conceito de criminalidade sofre um golpe mortal: fora da dicotomia do bem e do mal, o ‘comportamento criminoso’ é relativizado. Os mecanismos simbólicos da construção social vão dar conta da reação dos sujeitos aos processos de etiquetamento.” (2011)

3– Dos Crimes – “E o venerável cardeal disse que vê tanto espírito no feto E nenhum no marginal” (CAETANO, 1993).

Na perspectiva de um governo neoliberal há um processo de hegemonização do plano econômico e do *ethos social*. Tal hegemonia em última análise altera o tecido social, uma vez que os indivíduos não se enxergam mais como parte de algo, mas há uma sobreposição do individualismo em detrimento da coletividade. Concomitantemente, há uma mudança de percepção de mundo e uma conseqüente corrosão do caráter dos indivíduos. Esse quadro facilita a visualização do outro como inimigo – afastado do processo social.

Nesse paradigma há um sentimento de insegurança ontológica, que leva os indivíduos a buscarem instrumentos de segurança e proteção, já que não podem se resguardar nas relações sociais. Para tanto, o mais acessível dos instrumentos é o Direito Penal, que perde neste contexto, seu caráter de *ultima ratio*.

Destarte, entende-se que a política criminal é uma política segregacionista, uma vez que na falta de espaço para alocação de mão de obra excedente e não profissionalizada, a solução adotada é o encarceramento dessa parcela da população que não pode ser útil ao capital.

Eugênio Raul Zaffaroni em sua obra “O inimigo no direito penal” delimita substancialmente a figura do inimigo, como sendo aquele não considerado cidadão, que recebe tratamento diverso, uma vez que o direito não reconhece sua condição de pessoa. Partindo de uma visão crítica e contextual da obra, essa assertiva dialoga perfeitamente com o título do presente capítulo, pois parafraseando Caetano, a sociedade vê alma e espírito em uns, mas não em outros.

A efígie do traficante no Brasil, descrita especialmente no art. 33 da Lei de Drogas, representa a figura do inimigo. Partindo desse pressuposto, autoriza-se qualquer tipo de conduta que vise à punição desses agentes, que são, na maioria dos casos privados de seus direitos individuais, como se deles não fossem titulares. Tal tratamento diferenciado e essa crescente relativização de garantias fundamentais, configura a chamada “Guerra às drogas” fomentada pela Mídia em seu papel histórico.

A seletividade penal nessa falsa guerra possibilita a supressão de direitos e garantias individuais, com alta discricionariedade judicial acompanhada de violência policial que se reveste do discurso de lei e ordem para sua justificação.

Nesse sentido, alerta Wacquant para a construção de um Estado Penal, que se expande cada vez mais, tanto de forma vertical, com a hiperinflação carcerária através de uma transferência da periculosidade do tipo penal para o agente, como também para uma expansão horizontal, com as chamadas medidas despenalizadoras, que ao fim e ao cabo servem para ampliar o controle penal, aplicando uma pena sem o devido processo legal.

Por fim, destaca-se a necessidade de se observar outros aspectos da Lei 11.343/06, já que esta também dispõe acerca da prevenção, da reinserção social, da atenção aos dependentes e usuários de drogas, da função do SISNAD – Sistema Nacional de Política Pública sobre drogas, entre outros apontamentos comunitários. Desta feita, há que se explorar mais aspectos sociais do que punitivistas, hoje em voga, criando uma sociedade menos excludente e alterando a atual dimensão de justiça seletiva para um paradigma de justiça distributiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** – Rio de Janeiro: Revan, 6ª Ed. 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 136p.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 128p.

Lei 11.343/2006 < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 16 out. 2016.

Revista Passagens:

<<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/100>> Acesso em: 17 out. 2016.

ZAFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

IMPLICAÇÕES DA GUERRA ÀS DROGAS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Bruno Ribeiro Uchôas⁵

RESUMO

Investiga-se neste artigo o Estado de Coisas Inconstitucional. Trata-se de um standard decisório originário da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, pautado no Supremo Tribunal Federal para tratar da violação aos direitos fundamentais da população carcerária. Pretende-se revelar os elementos que compõem a falha estrutural do Estado, critério indispensável para sua configuração, no caso dos presídios nacionais. Essa pesquisa é orientada pela investigação jurídico-compreensiva, por meio da análise de conteúdo formal (relativo às normas sobre o sistema penal) e material (relativo à jurisprudência), do tratamento conferido aos sujeitos de direito no sistema penal e dos dados institucionais sobre o sistema prisional. As violações aos direitos fundamentais demonstram a necessidade de se estabelecer diálogos institucionais entre os poderes públicos. Conclui-se que o Estado de Coisa Inconstitucional do sistema penitenciário nacional é somente um aspecto da falha estrutural do Estado. A “guerra às drogas” é um fator que se enleia ao caso e, por esse motivo, não poderá ser desconsiderada no Estado de Coisas Inconstitucional suscitado na ADPF 347. Por fim, conclui-se que não há possibilidade de solução para a violação de direitos fundamentais que não passe por medidas que cessem a guerra às drogas no país.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Guerra às drogas; Política carcerária; Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

This article aims to investigate the State of Unconstitutional Things. It is a decision-making standard arising from Supreme Court of Justice of Colombia and it is used in Supreme Federal Court to deal with the violation of fundamental rights of prison population. The intention of this study is to reveal elements of the structural failure of the State, essential

⁵ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. É membro do grupo de pesquisa de Iniciação Científica - CNPq: Argumentação, Direito e Inovação. Bolsista de iniciação tecnológica do Centro Regional de Inovação e Transferência de Tecnologia. Membro do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual. E-mail: ribeirouchoas@gmail.com

criteria for its configuration, in the case of national prisons. This research is guided by legal and comprehensive investigation through analysis of formal content (relative to rules on criminal system of justice) and material content (relative to jurisprudence), the treatment given to subjects of rights in the criminal system of justice, and the institutional data about prison system. Violations to fundamental rights demonstrate the necessity to establish institutional dialogue between public authorities. It is concluded that the State of Unconstitutional Things of the national prison system is only one aspect of the structural failure of the State. The “war on drugs” is a factor that is tangled to the case and for this reason it cannot be disregarded in the State of Unconstitutional Things that has been raised in ADPF 347. Finally, it is concluded that there is no possible solution to the violation of fundamental rights that does not involve actions to cease the war on drugs in the country.

Keywords: Fundamental rights; War on drugs; Prison policy; State of Unconstitutional Things.

1- Introdução

O presente trabalho investiga o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Trata-se de um *standart* decisório originário da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, pautado no Supremo Tribunal Federal, para tratar da violação aos *direitos fundamentais* da população carcerária. A ADPF 347 busca *providências estruturais*, pela via judicial, capazes de impedir que as lesões em face dos direitos fundamentais dos presos, por omissões dos poderes públicos da União, Estados e do Distrito Federal, cessem. O ECI se fundamenta em alguns critérios, o principal deles é a verificação de *elementos* que caracterizem a *falha estrutural do Estado*. Defende-se que dentre esses elementos está a “*guerra às drogas*,” expressão de raiz militar usada para tratar das políticas públicas antidrogas no Brasil. Conclui-se que esse aspecto da falha estrutural, enquanto elemento do Estado de Coisas Inconstitucional, não poderá ser ignorado pelo STF na solução para o caso concreto do sistema carcerário nacional, por se tratar de um fator preponderante para que cesse a violação aos direitos fundamentais.

O objeto desse trabalho é o tratamento conferido aos sujeitos de direitos que cumprem pena no cárcere brasileiro em interface com seus direitos fundamentais. Adotou-se a metodologia de investigação jurídico-compreensiva, através da análise de conteúdo do tratamento formal (relativo às normas sobre o sistema penal) e material (relativo á

jurisprudência) bem como dos dados institucionais existentes. Especificamente aqueles publicizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e da Secretaria de Administração Penitenciária do estado de São Paulo.

Também se estuda a origem do ECI na Corte Colombiana para demonstrar que apesar de ser uma doutrina difundida em uma democracia ainda incipiente, modelos decisórios utilizados por Tribunais Constitucionais de países com características socioeconômicas parecidas com as brasileiras são tão importantes quanto os métodos clássicos adotados pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, existem critérios para sua configuração, dentre os quais está o reconhecimento de *todos os elementos da falha estrutural* (caso do enfrentamento das *drogas* pelo Estado brasileiro).

O *objetivo geral* deste estudo é *referenciar um elemento estrutural* para a discussão que se verifica na ADPF 347 acerca do Estado de Coisas Inconstitucional. Os chamados elementos da falha estrutural são o que permitem caracterizar o ECI, garantindo-se sua adequada utilização. Esse é o caso da “guerra às drogas”, pois sem sua solução não se permitirá que cheguem ao fim as violações aos direitos fundamentais dos presos.

Os *objetivos mais específicos* são os seguintes:

- (i) Afirmar que o standart “Estado de Coisas Inconstitucional” é fruto do amadurecimento jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia e pode influenciar positivamente o Supremo Tribunal Federal.
- (ii) Investigar se o Tribunal deverá reconhecer que a guerra às drogas se enleia ao problema carcerário nacional de tal forma que não poderá passar despercebido pela Corte nesse julgamento.

Com isso, espera-se dar uma resposta ao seguinte problema: como cessar as violações aos direitos fundamentais pelas agências penais, por um lado, e a guerra às drogas, que é sua sucedânea, por outro?

Deseja-se lançar luzes ao debate sobre o Estado de Coisas Inconstitucional defendendo-se que os critérios fornecidos pela Corte Colombiana devem ser observados para garantir sua adequada utilização. Além disso, o elemento mais caro a sua configuração, é a constatação de uma falha estrutural, pelo que se relaciona o sistema carcerário nacional ao fim da penalização para uso pessoal das drogas. Pugna-se, portanto, pela completa e satisfatória solução do problema, o que envolve enfrentar questões polêmicas como a guerra as drogas pelo Estado brasileiro. A reflexão que se suscita é de viés garantista, ou seja, é orientada pela

máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, buscando-se assim, que o direito penal se oriente por essas normas.

2- Origem e elementos do estado de coisas inconstitucional na Corte Colombiana

A técnica do Estado de Coisas Inconstitucional surge a partir das discussões sobre *efetividade* dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas bem como da necessidade do Poder Judiciário *adotar técnicas* para assegurá-los. A Constituição colombiana de 1991 consagra um amplo rol de direitos fundamentais. Diante da inércia das demais instituições em respeitá-los como verdadeiros direitos, o Judiciário passou a buscar remédios para o problema da inefetividade dos direitos fundamentais.

O fim da década de oitenta e começo da década de noventa, foram marcados por profundas reformas constitucionais nos países latinoamericanos. Com o fim dos regimes totalitários o objetivo foi reestabelecer e fortalecer a democracia através de novos textos constitucionais. As Cortes passam, a partir de então, a ser reconhecidas como exemplos de atuação democrática (CAMPOS, 2014. p. 122). É o caso da Corte Constitucional Colombiana que, em razão da eficácia dos direitos fundamentais, tem sido chamada a decidir casos como o deslocamento forçado de pessoas, a previdência social e o sistema penitenciária nacional⁶.

É nesse contexto que o Estado de Coisas Inconstitucional surge como *standart* decisório para a solução de violações gerais e genéricas aos direitos fundamentais. A corte passa, através de sentenças estruturais, a corrigir falhas do Estado, sejam elas em razão de uma ação ou omissão, desde que culminem na violação de direitos fundamentais.

No entanto, por se tratar de uma atuação incisiva dos Tribunais sobre as políticas públicas, tipicamente de competência do Legislativo e Executivo, é necessário que se verifiquem alguns elementos caracterizadores das causas que exigem sua instalação pelo Tribunal, o que é possível através de evidências empíricas. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016) esses elementos podem ser sintetizados da seguinte forma: (i) a constatação da violação massiva de direitos fundamentais (incluídos os sociais), (ii) *a verificação de que a violação decorre de uma falha estrutural*, (iii) ser a violação manifestamente por um problema na estrutura de maneira global, ou seja, não se tratar de uma

⁶ Não só nesses casos, mas em inúmeros outros, principalmente naquelas ações que envolvem direitos fundamentais sociais.

demanda localizada, mas que se verifica de modo geral e genérico, (iv) a possibilidade de se evitar a repetição de demandas tanto em grau de recurso quanto em decorrência da afirmação do precedente.

É necessário que sejam questões de ordem global, ou seja, que não sejam comuns somente a uma parcela da população (de um lugar determinado), mas que, direta ou indiretamente, atinjam a toda a nação. Tratando-se de um problema estrutural do Estado, restará configurada a hipótese de utilização do standard. Com isso, visa-se evitar o número demasiado de recursos desnecessários, garantindo uma prestação jurisdicional efetiva.

As sentenças estruturais, das quais o judiciário se vale para a adoção das medidas necessárias têm por característica a emissão de ordens não só para aqueles que são diretamente responsáveis pelo problema, mas para todos aqueles que direta ou indiretamente, podem ser corresponsáveis por sua solução. Tem-se por objetivo garantir a efetividade na solução. A falha estrutural nunca será um ato isolado, mas uma questão de ordem sistêmica e global (não é um ato ou uma instituição específica, mas uma questão genérica que se deseja conformar às normas constitucionais). Essas sentenças não formulam políticas públicas, mas determinam e estipulam prazos para a implementação de medidas sobre o controle popular, através de audiências públicas, que reúnem a sociedade civil para acompanhar a evolução das medidas. Essas audiências têm por competência monitorar a implementação das decisões tomadas na esfera judicial.

O critério mais importante para que o Tribunal atue de modo adequado é a constatação de que as violações a direitos fundamentais decorrem de uma falha estrutural. Isso significa que o problema deve ser negligenciado pelos poderes públicos de tal modo que não se vislumbre nenhuma ação estatatal para fazer cessar a grave situação que se constata. Exige-se, portanto, que não somente o efeito das omissões seja tratado pela via judicial, mas todas as suas causas. Defende-se, por esse motivo, que à guerra as drogas não poderá ser omitida caso o tribunal se manifeste positivamente pela instalação do ECI. Isso é necessário para a afirmação de direitos fundamentais dos presos brasileiros. Passa-se a analisar, nos tópicos subsequentes, de que maneira a guerra às drogas se relaciona com o ECI tratado na ADPF 347.

3– A violação aos direitos fundamentais do preso e a sua relação com a “guerra às drogas”

Estatísticas do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias dão conta de que a guerra às drogas é a principal causa para o encarceramento no Brasil. Os dados de dois mil e catorze (2014) revelam que o Brasil concentra a quarta maior população carcerária do mundo (logo atrás dos Estados Unidos da América, China e Rússia). A pesquisa demonstra que no ano de dois mil e catorze (2014) atingiu-se o número de seiscentos e vinte e dois mil duzentos e dois presos (622.202) que correspondem à proporção de trezentos e seis presos (306) por cem mil (100.000) habitantes. Também é possível constatar que os encarcerados por tráfico de drogas ilícitas somam 28% do total de presos. O tráfico figura como a primeira maior causa de encarceramento quando considerado isoladamente dos outros crimes. Além desses números destaca-se também o recente relatório da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo que, ao tornar públicos números do ano de dois mil e quinze (2015), indica que 38,9% dos presos no estado são acusados ou condenados por tráfico. A proporção sobe para 70% se são consideradas as mulheres isoladamente.⁷ Quanto às características da população carcerária, salta aos olhos a seletividade do sistema penal, a maioria daqueles que se encontram encarcerados são negros e pardos e somam 61,67% da população carcerária. Outra característica importante é que 75,8% dos presos têm no máximo o ensino fundamental.⁸

Esse quadro revela que as malhas do direito penal atingem uma parcela bem específica da população. Somente a parte mais pobre e menos instruída da sociedade brasileira responde por tráfico de drogas no país. A própria Lei de Drogas (11.343/06), ao despenalizar o uso, contribuiu para o agravamento do problema. Nilo Batista (1990, p. 68) considera que esse tipo de previsão dá lugar a abusos da autoridade judiciária e policial. Além disso, não há nenhum motivo lógico para que o abuso de drogas ilícitas seja tratado de maneira diferente do abuso de drogas lícitas o que indica que ao contrário de despenalizado o uso deveria ser descriminalizado. A real motivação do legislador é o preconceito ao estipular o critério e o temor à sua desobediência.

Constata-se que a legislação de drogas apenas agrava o abismo existente entre aqueles que figuram no estrato mais elevado da pirâmide social e aqueles que compõem sua

⁷ Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e da Secretaria de Administração Penitenciária do estado de São Paulo

⁸ Ministério da Justiça

base. Para os traficantes, sejam eles de pequeno porte ou viciados, a resposta penal é sempre mais agravada se forem pobres, pois necessitam vender para consumir, diferentemente do que ocorre com aqueles que, nos dizeres das agências penais, “fazem uso recreativo das substâncias ilícitas” e integram, quase sempre, as classes médias e altas. Essa dura realidade contribui para o agravamento das terríveis condições de violação massiva dos direitos fundamentais dos presos vivendo em prisões superlotadas, sem nenhuma condição de sobrevivência, nem mesmo para um animal que tenha por habitat os lugares mais fétidos.

Conforme se constata, a guerra às drogas está estritamente ligada à realidade atual do cárcere brasileiro. Passa-se assim a análise da ADPF 347 investigando qual o seu alcance sobre os aspectos que foram abordados.

4- O alcance e limitação do critério da falha estrutural na ADPF 347

Em atenção ao elemento configurador do ECI sustenta-se na ADPF 347 que a falha estrutural se caracteriza pela multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos ao não criarem o número de vagas prisionais suficientes para o tamanho da população carcerária de modo a viabilizar condições ao encarceramento, à segurança física, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social e ao acesso a jurisdição. Além disso, o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional, que não é repassado aos estados para a manutenção da política prisional e sua melhoria, também é suscitado para solucionar o problema. Também que, para reduzir a superlotação, é necessário cessar a imposição de medidas cautelares carcerárias substituindo-as por medidas alternativas à prisão e a execução da pena considerando-se as condições degradantes das penitenciárias brasileiras. Estatística do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta que 41% dos presos estão nessa condição o que revela a cultura do encarceramento. O cerne da falha estrutural identificada na ação é a constatação de que decorrem de inadequações nas políticas públicas que, em apertada síntese, podem ser resumidas na construção de novos presídios.

O quadro de violações se caracteriza por celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

Em que pese à adequada fundamentação e essencialidade da ADPF 347 no que se refere às violações de direitos fundamentais da população carcerária, a solução encontrada de usar os recursos contingenciados do Fundo Penitenciário Nacional para a construção dos presídios é uma medida imediatista. Mesmo com novos presídios, como demonstram as estatísticas do Ministério da Justiça, se mantida a atual política sobre drogas, o encarceramento continuará crescendo exponencialmente. Em dezembro de 2005, a partir de quando começaram a ser fornecidos dados relacionando o número de presos com as espécies de crimes, os acusados e condenados por ‘tráfico’ eram 9,1% dos presos brasileiros; em 2010, eram 21%; em 2012, 26,9%. Entre as mulheres, a proporção de acusadas e condenadas por crimes relacionados às arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, em dezembro de 2014, se elevava a 64% das presas.

Como se demonstrou na terceira parte do presente trabalho, a guerra às drogas é um elemento estrutural para a atual condição do cárcere brasileiro. Deste modo, para que os objetivos do Estado de Coisas Inconstitucional sejam alcançados, não só as consequências do problema devem ser enfrentadas, também aqueles elementos, que são meios para que se verifique o estado de coisas que caracteriza a violação generalizada de direitos fundamentais, dentre os quais se insere a guerra às drogas, devem ser enfrentados. Somente a construção de novos presídios não dará conta de solucionar o problema. Na realidade, trata-se de um avanço significativo, mas que, se considerarmos a função do standard adotado, ou seja, para por fim as violações massivas a direitos fundamentais, é necessário enfrentar o problema da guerra às drogas pelo Estado Brasileiro.

Mesmo que nessa ação se tenha perdido a oportunidade de suscitar causas e efeitos do problema de maneira global, através de diálogos institucionais entre os poderes públicos será possível interferir no ciclo de violações aos direitos fundamentais. A partir das audiências públicas que porventura possam ser designadas é possível provocar o debate sobre esse tema. É o que se explica melhor a seguir.

5– A conciliação dos caminhos: os diálogos institucionais e o estado de coisas inconstitucional

Como verificado na seção precedente não é possível esperar que nos limites daquilo que foi sustentado na ADPF 347 se chegue a uma solução para o problema do encarceramento massivo, a menos que se revejam os critérios do combate às drogas. No entanto, o ECI é uma

espécie de standard que oferece mecanismos de participação popular na decisão do Poder Judiciário. Através das audiências públicas de monitoramento das decisões a sociedade civil poderá provocar os poderes para que tomem uma posição a respeito. Deste modo, tanto o poder Judiciário, quanto o Legislativo e o Executivo, podem ser pressionados para solucionar o problema por completo. Além disso, também é uma oportunidade do Judiciário aprimorar sua experiência democrática sem que precise resolver todas as coisas através de decisões que extrapolem o limite da sua competência de forma ativista. O que ocorrerá na prática é a mitigação de decisões calcadas no abuso dos poderes conferidos pela constituição e cumprimento efetivo de sua competência contramajoritária.

Ocupa o centro do debate contemporâneo à determinação do grau de intensidade e de abrangência com que o Judiciário pode concretizar direitos fundamentais. Para essa determinação, é essencial o estudo sobre os instrumentos judiciais capazes de garantir a eficiência da atuação do judiciário. Um instrumento processual inovador que tem por objetivo a efetividade de direitos e se aplica de forma altamente relevante ao caso dos direitos fundamentais é a técnica dos diálogos institucionais. Adotada pelos Tribunais Constitucionais para mitigar a intervenção no âmbito de competência dos poderes públicos, essa nova postura das Cortes se traduz em verdadeira cooperação entre os poderes públicos, cuja principal função é fazer a ligação entre a sociedade civil e o Estado.

De antemão, é necessário distinguir *ativismo judicial*, termo recorrente na doutrina brasileira para tratar da expansão do número de demandas envolvendo maior protagonismo judicial, do que se conhece tradicionalmente por *jurisdição*. Ativismo é o engajamento dos juízes, que ocasiona ingerência indevida por extrapolarem os limites de sua função, na medida em que pautam suas decisões não em argumentos de direito, mas em mero decisionismo casuístico fundado em convicções puramente subjetivas. Jurisdição, por sua vez, é a função precípua e democrática do Poder Judiciário de aplicar o direito, solucionando conflitos de interesses e garantindo a observância do ordenamento jurídico.

O Estado de Coisas Inconstitucional, nos dizeres de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016) é caracterizado por dois momentos distintos no comportamento da corte constitucional. Num primeiro momento se verifica um ativismo de partida e, em um segundo, caracterizado pela trajetória e pela chegada, estabelecem-se diálogos institucionais democráticos entre os poderes. Esse tipo de medida se funda no constitucionalismo transformativo cujo objetivo é modificar a sociedade além da mera positivação de direitos fundamentais, ou seja, caracteriza-se em menor grau pelo formalismo e em maior grau pela

efetividade. A adoção dessa medida é possível por se tratar de países dotados de intensa desigualdade como no caso do Brasil e da Colômbia. Trata-se, portanto, de imposição de medidas diante da inércia e violação sistêmica de direitos fundamentais.

A questão penitenciária nacional na Colômbia não foi solucionada na primeira decisão via ECI prolatada pela Corte. Na ocasião, analisando as circunstâncias de violação de direitos fundamentais em dois presídios, verificou-se a ausência de condições básicas de vida digna. Determinou-se assim, por meio de sentenças estruturais, uma série de medidas para os poderes públicos envolvidos, definindo-se responsabilidades específicas para cada um deles. No entanto, as medidas não foram acompanhadas pela Corte. Pouco tempo depois, constatou-se que o mesmo cenário se verificava concretamente, a medida judicial havia falhado. Com o objetivo de aprimorar a técnica do ECI, inovou-se ao criar audiências públicas para acompanhamento da execução das decisões tomadas. Assim, surgiram os autos de seguimento e acompanhamento. Novas audiências são marcadas até que o órgão competente cumpra a medida determinada pelo Judiciário. Na segunda tentativa, depois de cerca de trinta audiências e duzentos e oitenta autos de seguimento, através de novas ordens do Judiciário, foi possível levantar e superar o ECI (CAMPOS, 2016).

A experiência colombiana demonstra que além de ser bem sucedido, o ECI também contribui para aprimorar a experiência democrática de um país. Enquanto o ativismo se traduz nos excessos da corte constitucional, os diálogos institucionais são uma maneira de inserir a sociedade no debate público. O Tribunal passa de uma atitude centralizada ao decidir sobre políticas públicas para o aperfeiçoamento da democracia, pois, chamar a sociedade civil para sua corresponsabilidade diante dos demais poderes, garantindo-lhe o mais amplo acesso à justiça, permite que o Tribunal cumpra seu papel contramajoritário sem cometer excessos antidemocráticos.

As audiências públicas são uma oportunidade de se travar discussões com os demais poderes sobre todos os fatores que conduzem a atual situação dos presídios e de fazer cumprir as decisões tomadas pelo tribunal através do ECI. Desta forma, é possível garantir que a questão não seja reduzida a construção de novos presídios e, conseqüentemente, termine expandindo o encarceramento no país. A guerra às drogas como elemento da falha estrutural do Estado deverá ser discutida com as instituições competentes para que se busque a efetiva solução para o problema.

6– Conclusão

Buscou-se, neste artigo, contribuir para o aprimoramento do debate sobre o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional. A solução para as violações aos direitos fundamentais que vem esculpida no bojo da ADPF 347 apresenta-se insuficiente para uma solução plena do problema. A mera construção de novas unidades prisionais e reestruturação das existentes são medidas em curto prazo que não representam a totalidade da falha estrutural do Estado brasileiro. Procurou-se então, identificar quais fatores estão envolvidos nessa temática e as medidas necessárias para que esse standard seja implementado corretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Demonstrou-se como, mediante a instalação de audiências públicas, é possível aprimorar a experiência democrática e evitar os excessos do Judiciário. Seu papel contramajoritário também pode servir de instrumento para provocar o debate político com a sociedade civil sobre as drogas, sobretudo sobre a verdadeira guerra que se instalou como política de Estado. Da articulação entre um modelo decisório inovador e efetivo, com os diálogos institucionais, foram oferecidos critérios necessários, ainda que não bastantes – pois se trata de tema atual na realidade jurídica não apenas brasileira, mas mundial, do que resulta sua recente e permanente elaboração teórica – para a solução atual de violação aos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos que cumprem pena no cárcere nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do: **Notas para um sistema punitivo democrático**. Revista Forense, Rio de Janeiro: 2006, v. 385, p. 185-201.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ªed., 2007.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça (Org.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Dezembro 2014**. 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data da publicação: 09/09/2015. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> >. Acesso em: 01 out. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. In: Aula magna de abertura do semestre letivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016, Juiz de Fora.

EMPÓRIO DO DIREITO (Brasil) (Ed.). **A “guerra às drogas” e o encarceramento massivo no Brasil**. 2016. Redação. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-guerra-as-drogas-2/>>. Acesso em: 18 out. 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 2004. p 20 – 66.

SÃO PAULO. SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. **Levantamento Presos X Delitos**. 2015. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de out. de 2016.

DA MÁQUINA LETAL E SELETIVA – O ESTADO ENQUANTO ENTE SEGREGACIONISTA NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Caio Hoffmann Cardoso Zanon

RESUMO

Este ensaio busca analisar a atuação opressora do Estado em relação à sociedade, especificamente no campo da aplicação da lei penal. Para tanto, parte-se do pensamento de Pierre Clastres acerca do Estado – o autor o concebe enquanto um ente essencialmente segregador – e da teorização de Giorgio Agamben quanto ao estado de exceção – que, segundo o autor, a partir de meados do século XX vem se desenvolvendo, via de regra, em sua forma letal. Em seguida, utiliza-se dessas visões para uma análise do Estado enquanto aplicador da lei penal, em um primeiro momento a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2014, para observação do perfil da população carcerária brasileira, e, em um segundo momento, a partir da análise do modo como proibição da maconha afetou comunidades indígenas através do documentário *Dirijo* (2008). Percebe-se, assim, o caráter segregacionista da atuação do Estado nesses casos, seja ao encarcerar setores específicos da população em maior medida, num gesto de seletividade óbvia, ou ao ignorar as particularidades das tribos indígenas ao elaborar a legislação penal, acabando por criminalizar hábitos dessas culturas. Conclui-se num sentido de fomentar, a partir das análises realizadas, senso crítico frente às instituições do Estado – esse que é condição necessária para que haja transformação.

Palavras-Chave: Seletividade penal; relações de poder; encarceramento; etnocídio.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the oppressive performance of the State towards society, specially in the field of the application of criminal law. Initially, it exhibits the theory of Pierre Clastres concerning the State – the author conceives it as an essentially segregating entity – and the theory of Giorgio Agamben about the state of exception – that, according to this author, has been developping itself in its lethal way, as a general rule, from mid Twenty-first Century. Next, it uses these visions in an analysis of State as the applicator of criminal law, using, in a first moment, the data from the National Survey on Penitentiary Information of July 2014 to

observe the profile of the Brazilian prison population, and, in a second moment, looking at the way cannabis prohibition affected indigenous communities from the perspective of the documentary *Dirijo* (2008). Thus, the segregacionist nature of State action can be noticed in both cases, both by imprisoning specific sectors of the population on a more regular basis than others, in an obvious selective gesture, and by ignoring the particularities of indigenous tribes when elaborating criminal legislation, ending up criminalizing habits of these cultures. It concludes, therefore, in the intent of promoting, from the developed analysis, critical sense before State institutions – because critical sense is a necessary condition for the happening of transformation.

Keywords: Criminal selectivity; power relations; imprisonment; ethnocide.

1– Introdução

Este ensaio busca discutir o papel do Estado na aplicação da lei penal, tema relevante por conta da situação caótica em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, que, além dos problemas inúmeros que já apresenta, não consegue oferecer a prometida ressocialização dos indivíduos e nem resolver o problema da violência e criminalidade no Brasil.

Assim, será explicitado, a partir da evocação de autores como Pierre Clastres, Giorgio Agamben e Howard Becker, o domínio perverso a que o Estado submete a sociedade ao exercer seu poder. Será exposto o fato de o Estado atuar enquanto ente segregador, promotor da desigualdade e etnocida, agindo de forma violenta para garantir os interesses dos grupos dominantes da sociedade, politicamente e, principalmente, economicamente. A proposta argumentativa, nesse sentido, resume-se em instaurar senso crítico perante as instituições estatais em detrimento de uma aceitação muda da ordem vigente por parte da população.

Em um primeiro momento, será feita uma exposição articulada do pensamento de Clastres e Agamben quanto à natureza do Estado, propondo-se a terminologia *máquina letal e seletiva* para designá-lo, quanto ao processo de aplicação da norma positivada no ordenamento e quanto ao poder que possuem os líderes políticos dos Estados modernos. Em seguida, essa visão será provada no âmbito da aplicação da lei penal, a partir de uma análise do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2014 e da

análise da proibição das drogas e o efeito que ela tem sobre as comunidades indígenas, levando em conta a proposta de Becker de olhar as proibições não a partir dos comportamentos em si, mas do olhar que tem o grupo social elaborador das normas acerca do desviante. Por fim, será feita a conclusão ressaltando a influência negativa que pode ter o Estado sobre a sociedade, e chamando a atenção para a importância da existência de um olhar crítico para que haja perspectiva de transformação.

2– Disposições sobre o poder estatal

2.1– O Estado é a máquina

Falar de Estado é, essencialmente, falar de poder. Não um poder distribuído de qualquer forma, mas que se exerce sobre a população com o intuito de segregar e manter relações de dominação. Pierre Clastres afirma, inclusive, que o poder político vertical que surge com o Estado antecede e determina até mesmo a exploração no âmbito da economia, invertendo a definição marxista de estrutura e superestrutura. Nas palavras do autor,

a principal divisão da sociedade, aquela que serve de base para todas as outras, inclusive sem dúvida a divisão do trabalho, é a nova disposição vertical entre a base e o cume, é o grande corte político entre detentores da força, seja ela guerreira ou religiosa, e sujeitados a essa força (CLASTRES, 1978, p.138-139).

Pode-se dizer, assim, que, para Clastres, o Estado é a fonte de toda a desigualdade, é um ente que seleciona e segrega conforme queiram os que detêm o poder de modo a colocar em voga somente os projetos desse grupo.

Ao lado de Clastres, coloca-se, para efeitos de análise interconectada, o pensamento de Giorgio Agamben, que trata do estado de exceção, definido como um mecanismo que busca manter o elo entre a força-de-lei, a lei viva, e a ordem jurídica, criando, assim um “limiar de indecidibilidade”. Essa articulação entre o que o autor denomina *autorictas* – correspondente à anomia – e *potestas* – que diz respeito ao ordenamento normativo – tem a finalidade de evitar a própria ruína do direito, já que esses dois elementos só funcionam um na presença do outro. Agamben ressalta, no entanto, que esses elementos, apesar de ligados, devem ser distinguíveis entre si por aspectos subjetivos ou temporais, já que “quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se

indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal” (AGAMBEN, 2004, p. 131).

É justamente nesse ponto que Agamben enxerga o problema dos Estados que se têm perpetuado desde as Grandes Guerras do século XX. Nesses Estados, *autocratia* e *potestas* estão irremediavelmente unidos. Neles, o estado de exceção tornou-se a regra e sua atuação é análoga à de máquinas letais.

São essas duas visões, a de Pierre Clastres e a de Giorgio Agamben, que se pretende articular neste ensaio, para que possa emergir uma concepção do ente estatal como uma máquina letal e seletiva e, posteriormente, para que se possa analisar como essa máquina aplica a lei penal de modo perverso.

2.2– Da lei escrita à lei aplicada

Giorgio Agamben denuncia uma descontinuidade entre a lei posta no ordenamento jurídico e a chamada lei viva, a que é aplicada pelo chefe de Estado e pelo poder judiciário. O espaço entre esses dois locais, tido como indeterminado, receberia o nome de política. Conforme explica o autor, a política vem sendo usada num sentido deturpado, que se afasta de sua finalidade original. Ela vem atuando simplesmente como “a violência que põe o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 133), pois foi impregnada pelo próprio direito. Mas como essa violência se organiza e que tipo de direito ela põe? Um direito letal, certamente, conforme afirma Agamben, porém em que medida? Talvez a teoria de Clastres possa satisfazer tais questionamentos.

Pierre Clastres, que divide as sociedades em sociedades com Estado e sociedades primitivas – ou sem Estado –, diferencia a forma como se inscreve nos indivíduos a lei de cada uma delas. Nas sociedades primitivas, a lei é inscrita no próprio corpo de cada pessoa. É uma lei não-separada, que passa uma mensagem de pertencimento e de igualdade, matando quaisquer desejos de tomada de poder e inclinações à submissão. Já quando há Estado, percebe-se uma lei que está separada das pessoas e incide sobre elas de forma vertical, oprimindo-as e as submetendo ao poder do Estado. É uma lei, portanto, que, ao oprimir, cria o poder de um grupo sobre o outro, fortalece a desigualdade. Os indivíduos não são vistos como iguais, mas sim divididos em submissos e que submetem, vítimas do poder e detentores dele. Essa analogia entre a lei não-separada do indivíduo, que o une à comunidade, e a lei separada do indivíduo, que o segrega, pode ser percebida em Clastres quando o autor afirma que

As sociedades primitivas são, dizem-no com veemência os autores do Anti-Édipo, sociedades da marcação. E, nessa medida, as sociedades primitivas são, de fato, sociedades sem escrita, mas, na medida em que a lei escrita indica antes de tudo a lei separada, distante, despótica, a lei do Estado, que escrevem sobre os seus corpos, indica os co-detentos de Martchenko. E, exatamente, nunca o afirmaremos com bastante ênfase, é para conjurar essa lei, lei que institui e garante a desigualdade, é contra o Estado que se coloca a lei primitiva. (CLASTRES, 1978, p.130)

Portanto, se é verídico que, segundo afirma Ciméa Barbato Bevilaqua (2010, p.22), deve-se enxergar o direito como um “poderoso operador ontológico que constrói o mundo ao qual suas disposições se referem”, é possível dizer que tem sido usada violência para impor um direito que cria um mundo desigual, marcado pelo poder que submete e segrega.

Vê-se, ainda, que a lei, objetiva e isoladamente, ou seja, vista nela mesma enquanto um simples conjunto de normas postas, não é suficiente para gerar todo esse efeito segregador. É conforme essa lei é aplicada, de maneira vertical, em um Estado que possui um direito violentamente instituído, que ela passa a ter a força para separar e os atributos que a tornem capaz de submeter os indivíduos aos interesses do grupo dominante. É somente nesse jogo entre *autorictas* e *potestas*, quando ambos coincidem, que se testemunha o caráter letal da máquina que é o Estado.

Do mesmo modo, o Estado não poderia atuar da forma que atua sem uma lei que condicione o tipo de atitude violenta de que se é testemunha nas atuais formações estatais. Deve haver uma lei que legue ao Estado poder sobre as pessoas de modo a submetê-las, que permita que ele atue de modo belicoso em relação a grupos minoritários, ou que ao menos deixe brechas para que isso ocorra. Se a lei deve ser aplicada para ter algum efeito, assim também a aplicação não pode pairar solta no espaço, devendo fixar raízes, mesmo que de forma meramente simbólica ou forjada, em algum tipo de ordenamento que a legitime.

2.3– A autoridade, o poder e a palavra

Pode-se, ainda, trabalhar o pensamento de Agamben e o de Clastres no sentido de se examinar a figura dos líderes políticos de um Estado. Analisa-se, por esse prisma, os poderes que lhes são concedidos e o poder que preenche suas palavras, permitindo, dessa forma, o desenvolvimento de uma autoridade que emana do próprio líder – *autorictas* – e que pode

atuar de forma arbitrária em relação às funções relativas ao cargo com o qual ele foi investido – *potestas*.

Sobre a relação entre palavra e poder, afirma Clastres que

poder e palavra não subsistem senão um no outro, cada um deles é substância do outro e a permanência de sua dupla, se parece transcender a História, alimenta todavia seu movimento: há acontecimento histórico quando, abolido aquilo que os separa e assim os condena à inexistência, poder e palavra se estabelecem no próprio ato de seu reencontro. (CLASTRES, 1978, p.106)

O autor desenvolve sua teoria traçando, novamente, um paralelo entre as sociedades primitivas e as sociedades com Estado. Ao falar sobre o que o chefe da tribo primitiva não pode fazer, deixa claro o que os comandantes do Estado fazem e o quão opressoras são suas ações.

Nas sociedades sem Estado, diz Clastres, o discurso do chefe é esvaziado de poder. Isso porque o poder não se encontra concentrado em suas mãos, mas reside na própria tribo. O chefe é escolhido como figura representativa pelas suas habilidades discursivas, mas suas palavras não devem dizer efetivamente nada. Ele não possui o direito, mas o *dever da palavra*. O chefe fala, num discurso baseado na mera repetição de costumes, pois deve provar à tribo suas habilidades no manejo da palavra. A tarefa de um discurso vazio lhe é designada para que ele tenha ocupações que o impeçam de aspirar o exercício do comando, a tomada do poder. E, caso o faça, a tribo simplesmente o abandona (CLASTRES, 1978, p. 107-108).

Dessa forma, percebe-se, por oposição, que, enquanto o chefe nas sociedades primitivas “está separado da palavra [que possua significado efetivo] pois está separado do poder” (CLASTRES, 1978, p. 108), os chefes de uma sociedade com Estado usam de palavras poderosas para oprimir o resto da população. Em um Estado, o poder está concentrado nas mãos de alguns e separado da sociedade, podendo ser usado inclusive *contra* ela. É por isso que Clastres chama esses agrupamentos de “sociedades baseadas na divisão”.

Inserir-se nessa comparação o elemento da violência, primordial para que se compreenda a natureza da atuação estatal. Enquanto nas sociedades primitivas o líder fica restrito ao campo da palavra, oposto diametralmente à violência (CLASTRES, 1978, p. 109), nas sociedades em que está presente o Estado, seja nas totalitárias ou democráticas, ele exerce a violência e possui, inclusive, o monopólio de seu uso legítimo (CLASTRES, 1978, p. 107).

Aplicando esses termos na divisão de Agamben entre *potestas* e *autorictas*, têm-se que, na visão de Clastres, mesmo somente a *potestas*, o exercício do poder nas prerrogativas legitimadas pelo Estado, seria abusiva. Todavia, há ainda o elemento da *autorictas*, que

emana da própria pessoa do líder e não vem de nenhuma disposição legal, podendo, entretanto, suspender ou reativar a própria *potestas* (AGAMBEN, 2007, p. 121). Como, no modelo de Estado que entrou em vigor nas últimas décadas, teoriza-se que o líder acumula em si mesmo as designações *autorictas* e *potestas*, entende-se que quem tem o poder tem também a discricionariedade de aplicar a ordem jurídica – ato que Clastres já considera em si opressor – quando convier e, quando não for conveniente, promover a anulação do próprio ordenamento e atuar arbitrariamente segundo seu próprio entender.

Percebe-se, portanto, a perversidade intrínseca do poder estatal, criado para dividir e manter o poder nas mãos de quem já o detém, tirando a voz de grupos minoritários constantemente marginalizados. Esse cenário é agravado pela organização particular dos Estados contemporâneos, em que o estado de exceção vigora como regra e a violência faz a ligação entre vida e direito, impondo os planos dos poderosos e podendo, para isso, suspender a própria ordem jurídica. Adiante, será analisado como esse poder se exerce no âmbito do direito penal, mais especificamente no encarceramento de cidadãos.

3- O Estado enquanto aplicador da lei penal

Howard Becker, ao estudar aquilo a que chama *sociologia do desvio*, busca identificar os fatores que permeiam a criação de normas por grupos sociais e o processo de marcação das pessoas que desobedecem a essas normas como desviantes ou *outsiders*.

O autor adverte que o desvio – o descumprimento de uma norma elaborada por um grupo – e o desviante não devem ser estudados de maneira meramente silogística e objetiva, na simples constatação de um ato contrário a uma norma. Do mesmo modo, defende que não se deve procurar no *outsider* traços que revelariam uma espécie pré-disposição a descumprir regras. Isso porque, para Becker, o desvio é uma criação social e o desviante é uma pessoa que foi considerada por um grupo social como infratora de normas que esse grupo criou e impôs, por algum motivo (BECKER, 2008, p. 21-22).

Sobre o fato de algumas regras se imporem em maior medida que outras, Becker dirá que a maior ou menor capacidade de um grupo de impor suas regras varia conforme o poder que esse grupo detém. De acordo com o autor, “aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras” (BECKER, 2008, p. 30). Assim, interpreta-se que os grupos que conseguem, através de seu poder, o controle do aparelho estatal, conseguem impor para toda a sociedade as regras que criaram. Becker ressalta, ainda,

a diferença de incidência das regras sobre indivíduos diversos, considerando recortes como os de gênero, etnia e posição socioeconômica.

Nesse sentido, serão analisados dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2014, feito pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), para que se identifique o perfil de pessoas que se encontra encarcerado no Brasil. Assim, será perceptível os grupos sobre os quais mais pesa a norma penal, no âmbito dos recortes étnico e socioeconômico e, por oposição, também o grupo que aparelhou o Estado para cumprir suas regras e as impor ao resto da sociedade brasileira, causando a marginalização desses outros grupos mais afetados. Em seguida, será abordada a lei 11.343/2006, que regula a política de combate às drogas, principal fator de encarceramento hoje no Brasil, com foco específico na proibição das drogas em relação aos indígenas, para que se veja também aí como a ação do Estado pode ser danosa a grupos específicos que vivem em seu território.

3.1– Análise do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)

Utiliza-se como referência, neste ensaio, a versão do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias contendo dados referentes a junho de 2014, sendo todas as informações estatísticas aqui apresentadas provenientes desse documento. O Infopen realiza levantamentos de modo a angariar informações sobre a população prisional do Brasil, além das condições dos presídios e da condução das políticas de gestão deles. O objetivo do sistema, conforme informado no próprio documento do relatório, é estabelecer conhecimento acerca da situação do sistema prisional brasileiro, sobre o qual antes se tinham informações muito mais escassas, além de promover, a partir dos dados obtidos, discussões acerca da gestão que se tem feito dos presídios no âmbito nacional e estadual. Dessa forma, visa-se à elaboração de políticas públicas que incidam de modo mais efetivo sobre os pontos mais carentes do sistema prisional brasileiro.

O próprio sistema admite as dificuldades encontradas para a coleta das informações. Por exemplo, na maior parte do levantamento, inclusive nas seções que serão analisadas neste ensaio, não se conseguiu resposta dos presídios do estado de São Paulo. Eles enxergam essas dificuldades, no entanto, como incentivo a aprimorar cada vez mais os meios de realização do estudo, para que se possa obter um relatório mais completo.

Apesar de se reconhecerem problemas intrínsecos ao sistema penitenciário, seja no sentido da análise de Clastres sobre a atuação massacrante do Estado, ou inclusive de acordo com o que diz Michel Foucault (1987) acerca da prisão e das instituições de sequestro⁹, dos quais políticas públicas pontuais possam não dar conta, acredita-se que se possam aproveitar alguns dados do levantamento para que se problematizem justamente as várias falhas dos complexos carcerários brasileiros e do Estado enquanto agente que encarcera, para obter assim uma percepção das seções da população mais atingidas pelas normas do direito penal, conforme o pensamento de Becker sobre a incidência não homogênea das regras e também a análise combinada de Clastres e Agamben sobre como o Estado aplica de forma opressora o direito posto¹⁰. Serão observados, portanto, neste ensaio, as seções do levantamento que falam sobre o perfil da população carcerária no que diz respeito a raça, cor e etnia e a escolaridade.

Quanto ao critério *raça, cor e etnia*, o Infopen de junho de 2014 conseguiu obter as informações acerca de 45% da população prisional – 274.315 pessoas. Dentre os dados, destaca-se o fato de 67% das pessoas privadas de liberdade serem negras, enquanto somente 51% da população do Brasil o é. Percebe-se uma grande sobrerrepresentação dos negros nos presídios brasileiros, já que dois em cada três presos são negros, o que não é nem de longe um espelho dos números da população total do país. Quanto ao resto dos presos, 31% são brancos, 1% são amarelos, menos de 1% são indígenas e 1% pertencem a outras raças, cores e etnias.

O levantamento faz, ainda, um comparativo regional da população negra que está encarcerada com a população negra total do país. Somente nos estados do Sul – Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul – a maioria absoluta da população carcerária não é negra e sim branca. Entende-se, porém, que a população desses estados é composta por pessoas brancas em sua maioria e, portanto, ainda haveria sobrerrepresentação dos negros se comparada a porcentagem de pessoas negras encarceradas – 33% - com a porcentagem delas na população geral – 21%. A região em que há maior sobrerrepresentação de negros no sistema penitenciário é a região Sudeste, havendo 72% de negros no sistema penitenciário e

⁹ Michel Foucault entende a prisão como uma instituição utilizada em último recurso, caso falhem o que chama de instituições de sequestro – família, escola, fábrica, etc. –, para docilizar o corpo do indivíduo, aperfeiçoando-o de modo a torná-lo submisso e útil para o Estado. Para mais sobre a análise de Foucault acerca do sistema penitenciário, ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

¹⁰ Apesar da ciência de que um relatório é um recorte objetivo demais da realidade para estar próximo o suficiente de ser acurado, acredito ser válida a utilização do levantamento em questão para uma análise breve e não muito ambiciosa, como a pretendida neste ensaio.

somente 42% na população geral, lembrando que o estado de São Paulo não respondeu à pesquisa.

Quanto à situação dos indígenas no sistema penitenciário, o levantamento afirma que de “1.420 unidades prisionais no país, 112 informaram que há indígenas presos. Apenas 46 estabelecimentos, contudo, souberam informar a qual povo essas pessoas pertencem e qual é seu respectivo idioma” (Infopen, 2014). O descaso total do Estado em relação às particularidades do povo indígena será, todavia, melhor abordado no próximo tópico.

Já em relação ao critério *escolaridade*, foram obtidas informações acerca de 241.318 pessoas, cerca de 40% da população carcerária brasileira. O Infopen de junho de 2014 afirma que oito pessoas em dez não chegaram ao Ensino Médio, tendo, no máximo, concluído o fundamental, enquanto, na população do Brasil como um todo, as pessoas que têm ensino fundamental incompleto ou não o têm correspondem a 50%. Apenas 8% da população do sistema penitenciário tem o ensino médio completo, 1% tem o ensino superior incompleto e 1% completou o ensino superior.

Observa-se, através das informações tiradas do Infopen, que a população carcerária brasileira é majoritariamente negra e de baixa escolaridade, numa proporção muito superior à população do Brasil como um todo. O que se pode entender disso é uma atuação do Estado no sentido de privar de liberdade as pessoas a quem ele falha miseravelmente todos os dias em fornecer condições dignas de vida. Seja no quesito de raça, cor e etnia, em que se sabe que os negros são uma população historicamente – e ainda – atingida e colocada em posição vulnerável pelo Estado e pelo resto da sociedade como um todo, seja no quesito de escolaridade, em que se pode compreender que há uma parcela da população que não tem condições de avançar em seus estudos devido à situação socioeconômica precária que enfrentam, entende-se que há um jogo doentio entre ação estatal e assimetrias existentes na sociedade.

O ente estatal, ao aplicar a lei penal no sentido de privar pessoas de sua liberdade, contribui, portanto, para a perpetuação e, pode-se mesmo dizer, o aprofundamento das desigualdades de classe e raça, cor e etnia existentes no Brasil. Essas pessoas vulneráveis, além de não receberem políticas públicas efetivas para a realização de sua emancipação em relação às amarras da sociedade, são aprisionadas pelo Estado para que se extermine qualquer possibilidade de desestruturação da situação opressora que vivem. Na prisão, terão os corpos docilizados – conforme a terminologia de Foucault (2007) – e readequados à sua função primeira no Estado opressor: serem produtivos e submissos à classe dominante, que é branca,

dona dos meios de produção e responsável pelo aparelhamento da máquina letal que é o Estado.

Pode-se perguntar, então, como é possível que um Estado como o brasileiro – dito Democrático de Direito, que tem como fundamentos constitucionais a erradicação da pobreza e o extermínio das desigualdades e das discriminações, que deveria tender a um direito penal fragmentário, subsidiário e que não criminalize o autor e sim a conduta – tenha um curso de ação tão perverso no sentido de prezar pela perpetuação da dominação política e de classe?

Essa é a contradição intrínseca ao poder estatal – que deveria, em tese, zelar pela população, mas segrega, cuidando dos interesses dos grupos que o dominam econômica e politicamente. Que deveria emancipar, mas oprime. Que garante violentamente um direito criador e mantenedor da desigualdade. Um Estado que, como diz Agamben (2004), faz política corroida para ligar direito e vida, com suas leis separadas e verticais que oprimem e seus chefes de palavras poderosas, como diz Clastres (1978), não nos deve deixar enganar por preceitos aparentemente universais de liberdade, de igualdade, de dignidade da pessoa humana. Tais preceitos são garantidos a poucos, enquanto os outros muitos são massacrados de forma sistemática.

É pertinente citar, neste momento, o pensamento de Marx quanto aos Estados modernos secularizados, aparentemente garantidores da igualdade. O autor, nesse sentido, diz que o homem nesses Estados leva uma vida dupla, constituída pela

vida na comunidade política, na qual ele se considera um ente comunitário, e a vida na sociedade burguesa, na qual ele atua como pessoa particular, encara as demais pessoas como meios, degrada a si próprio à condição de meio e se torna um juguete na mão de poderes estranhos a ele (MARX, 2010, p. 40).

Marx anuncia assim a dicotomia entre o cidadão, sujeito abstrato de direitos legados pela constituição, e o homem, que é concretamente explorado e vítima das relações de poder na vida particular. A emancipação, para o autor, viria então somente quando “o homem individual real tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado ente genérico na qualidade de homem individual na sua vida empírica” (MARX, 2010, p. 40).

3.2– A criminalização das drogas e a questão indígena

De acordo com o Infopen de junho de 2014, a maior causa de encarceramento no Brasil é o crime de Tráfico de Drogas. Cerca de 27% das pessoas privadas de liberdade no país estão cumprindo pena por esse tipo penal, o que corresponde a 55.920 pessoas. Diz-se,

assim, que a criminalização das drogas foi responsável por prender a maioria das pessoas analisadas nos dados do item anterior.

Atualmente, a questão das drogas no Brasil é regulamentada pela Lei 11.343/2006, que estabelece uma política de combate às drogas que vem desencadeando grande aumento da população carcerária, além de índices altíssimos de violências causados pela “guerra às drogas” que o Estado, por meio de suas instituições policiais, vem travando.

A lei em questão define, em seu artigo 33, o crime de Tráfico de Drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Muito já se disse e discutiu sobre as problemáticas de uma política proibicionista em relação às drogas. À parte de toda a questão classista e racista envolvendo a criminalização, que funciona de modo parecido com o já se analisou de maneira geral no tópico anterior, este ensaio desenvolverá uma discussão específica em relação à lei em vigor – o modo como a criminalização afeta os indígenas.

Pierre Clastres afirmou que “a história dos povos que têm uma história é, diz-se, a história da luta das classes. A história dos povos sem história é, dir-se-á com ao menos tanta verdade, a história da sua luta contra o Estado” (CLASTRES, 1978, p. 152). Apropriando-se da famosa frase de Marx, Clastres insere-a em sua divisão entre sociedades primitivas – “povos sem história” – e sociedades com Estado – “povos que têm uma história”. Nesse sentido, o autor busca esclarecer o modo como os povos que não se organizavam com um Estado, dos quais um forte exemplo são os povos indígenas sul-americanos, buscaram sempre fugir a todo custo da centralização opressora de poder que significaria possuir, no seio de sua sociedade, uma organização a partir de um aparelho estatal. É irônico e triste, portanto, que esses povos que tanto lutaram tenham sido absorvidos pelos massivos Estados ocidentais e venham sendo oprimidos por eles há centenas de anos. Mesmo hoje, muito enfraquecidas, essas sociedades e sua cultura são vítimas do Estado e de sua legislação.

Em um texto diferente, tratando do tema do etnocídio, Clastres vai defini-lo como “a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição” (CLASTRES, 2004). Ele identifica as sociedades etnocidas

com aquelas dotadas de um Estado, já que o ente estatal é caracterizado pelo autor como algo que procura calar a diferença e reduzi-la a um modo de vida unificado – aquele exaltado pelos grupos que controlam o poder político da máquina estatal. Por conta disso, ainda, Clastres coloca as sociedades Ocidentais modernas como etnocidas de um modo que não conhece limites, já que nelas vigora o modo de produção capitalista, que, para estender sua lógica de produção em massa, quebrará todas as barreiras que forem possíveis. Ou seja, nessas sociedades, o Estado é aparelhado pelos que detêm em suas mãos o capital, o que as torna ainda mais perigosas.

A proibição das drogas, mais especificamente da maconha, nesse sentido, é uma afronta direta aos costumes de tribos indígenas viventes em território brasileiro. O documentário *Dirijo* (2008) retrata essa realidade ao entrevistar vários indígenas do grupo Mura, já idosos, sobre a relação deles com a maconha – a que eles chamavam *dirijo* – antes e depois da proibição pelo Estado.

Os entrevistados descrevem o modo como usavam o *dirijo* décadas atrás. A substância era parte do modo como se desenvolvia a própria coletividade deles, gerando momentos específicos de integração entre os que a utilizavam, seja no trabalho ou nos momentos de lazer. Eles contam que plantavam a maconha em quantidade que pudesse ser utilizada pelos habitantes da tribo e vendida a trabalhadores das proximidades, nos moldes de um comércio extremamente local.

A proibição, entretanto, chegou para extirpar do meio deles o consumo, o preparo, a venda e até mesmo o plantio da substância. Afinal, o inciso II do § 1º do Art. 33 estende o crime de tráfico de drogas, além das condutas já descritas acima, a quem que “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”. Um dos entrevistados relata, inclusive, que, à época em que entrou em vigor a proibição, antes ainda da lei atual, foi advertido de que deveria se livrar da plantação que mantinha ou seria expulso da tribo, pois a pressão estatal era muito grande.

Observando a maneira singela como a maconha era parte da vida dessas pessoas, percebe-se que a proibição da substância pelo Estado não considerou em nenhum momento a realidade de suas comunidades como algo diferente. Eles foram simplesmente adicionados a uma categoria abstrata e ampla de cidadãos, e todas as suas particularidades apagadas. Assim, enxerga-se uma ação do Estado no sentido de desestruturar o modo de vida dos indígenas – sua cultura – e absorvê-los ao sistema capitalista e ao modelo de Estado típicos das sociedades

ocidentais modernas. É justamente esta a denúncia feita por Clastres quanto ao *modus operandi* etnocida do Estado. Nas palavras do autor, “suprime-se a indianidade do índio para fazer dele um cidadão brasileiro” (CLASTRES, 2004). Isso fica claro quando um dos entrevistados admite que os seus companheiros substituíram a maconha em suas funções pela *cachaça*. Consume-se agora o álcool, à maneira dos Ocidentais, comprado diretamente das engrenagens do capital. Prejudica-se, assim, a cultura indígena, neste caso específico a dos Mura, e os hábitos próprios dela dão lugar àqueles análogos aos dos homens que vivem nas sociedades com Estado. Essa generalização de costumes, esse apagamento do diferente em prol da generalização de um modelo de vida é a atitude estatal denunciada por Clastres e da qual os índios vêm sendo vítimas há muitos e muitos anos.

Pode-se inserir essa atuação estatal, ainda, no contexto do estado de exceção de Agamben (2004). Um Estado em que a própria ordem jurídica é suspensa quando convém, que aplica atos com força-de-lei que podem passar por cima de pretextos básicos da própria constituição do Estado em questão para evitar o esfacelamento da própria formação estatal, para que se perpetue e se fortaleça o poder que o comanda, tudo isso através da feitura de uma política enraizada na violência. Esses atos, esse Estado, são os mesmos que Clastres descreve como promotores do etnocídio, os mesmos que espremeram a cultura indígena com a formalidade abstrata da lei Ocidental moderna e que até hoje agridem o que restou dela.

Considerando isso tudo, entende-se que a descriminalização das drogas se mostra como um caminho mais que pertinente para que se diminua o poder de opressão do Estado perante o indivíduo. Se, por um lado, é nítido que o proibicionismo, além de não solucionar os problemas que se enxerga nas drogas, é um mecanismo de perpetuação de opressões de raça, cor e etnia e de classe, por outro compreende-se que descriminalizar seria dar uma chance para políticas que reparassem as assimetrias socioeconômicas do Brasil em detrimento do uso da violência pela violência, além de libertar culturas como a retratada em Diriço (2008) dos ataques etnocidas do Estado Ocidental moderno.

4- Conclusão

Este ensaio buscou trazer à tona e integrar o pensamento de autores de visão crítica e aguçada em relação às instituições. Seja em Pierre Clastres, crítico do Estado em todas as suas formas, em Giorgio Agamben, que denuncia as formações estatais perversas que vigoram desde as Guerras do século XX, ou ainda em Howard Becker, que propõe um olhar diferente

acerca das proibições em relação ao que prega o senso comum, buscou-se abordar autores que questionam e não silenciam – que mostram a face pérfida do que se esconde sob o véu da aceitação passiva do que já está estabelecido.

Desse modo, buscou-se fomentar a crítica, seja do Estado enquanto Estado, do estado de exceção enquanto regra ou do Estado enquanto aplicador das sanções privativas de liberdade que estabelece o direito penal e, dentro desse ponto, o cunho etnocida de determinados proibicionismos. Isso para que não se deixe de questionar a validade das instituições; para que não haja conformismo e sim vontade de desvelar e de transformar; para que se perscrute os interesses escusos por trás de toda e qualquer coisa; finalmente, para que os homens não se curvem simplesmente à máquina letal que é o Estado, mas que a encarem com todo o senso crítico que consigam reunir e lutem até o fim para que, ao fim de tudo, ela seja pelo menos um pouco menos opressora e, no melhor dos cenários, para que se acabem as opressões.

Almeja-se, assim, a uma sociedade livre de realidades engessadas de dominação, aos moldes do que propõe Andityas Soares de Moura Costa Matos ao apresentar a filosofia radical ou filosofia do fundamento:

A via a que se destina o fundamento é então aquela que passa pelo país da utopia. Por ela transita o direito desativado, próprio de uma *política que vem*, capaz de saltar do ideal ao real, transformando o que antes parecia resistente a toda mudança e demonstrando que a política não existe para servir, fundamentar, legitimar ou homologar uma ordem dada de coisas, mas para fundar outras e outras ordens, que encontrarão sua *legitimidade sempre móvel* no gesto contínuo do desafio que propõe a convivência dos diferentes (MATOS, 2014, p. 37-38).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**; tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio; tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BEVILAQUA, Ciméa Barbato. **Sobre a fabricação contextual de pessoas e coisas: as técnicas jurídicas e o estatuto do ser humano após a morte**. Mana [online]. 2010, vol.16, n.1, pp.7-29. ISSN 0104-9313.
- BRASIL. **Lei nº11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 out. 2016
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política; tradução de Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978.
- CLASTRES, Pierre. Do etnocídio. In: _____. Arqueologia da violência. São Paulo: Cozac & Naify, 2004.
- DIRIJO. Direção: Organização dos Professores Indígenas Mura e Raoni Valle. Brasil, 2008. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=7ooLyBhvoj0>>. Acesso em: 15 out. 2016.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.
- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Infopen – junho de 2014. Disponível em:< <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-esta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 29 de set. 2016.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia radical e utopia**: inapropriabilidade, an-arquia, a-nomia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2014.
- MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**; apresentação [e posfácio] Daniel Bensaïd; tradução Nélcio Schneider, [tradução de Daniel Bensaïd, Wanda Caldeira Brant]. São Paulo: Boitempo, 2010.

DA AUTONOMIA DA PESSOA OU DO PODER DO ESTADO?

BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-DISCURSIVAS DAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS DE VICIADOS EM DROGAS NO BRASIL

Geovanna Carpanez Lopes do Nascimento¹¹

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak¹²

RESUMO

O presente trabalho tem por intuito analisar as internações compulsórias de usuários de drogas no Brasil nos termos previstos pelas Leis 10.216/01 e 11.343/06. Tendo por marco teórico as considerações de Jürgen Habermas sobre a teoria discursiva do Direito, serão vistos diferentes aspectos desse método de tratamento às drogas, desde a posição da pessoa na proposição kantiana até as prerrogativas legais, passando pelo biopoder em Michel Foucault. A partir de enunciados de relatório e julgados, tem-se por objetivo inspecionar a ética jurídica nos discursos de validade da internação compulsória.

Palavras-chave: Internações compulsórias. Política de drogas. Teoria discursiva do Direito

1- Do início

Proibir, legalizar, restringir, regulamentar, caçar, guerrear, aceitar, analisar, benefícios, malefícios... a temática do Direito quanto às drogas é repleta de nuances, numa abertura tamanha que é difícil fazer apontamentos concretos e, por essa causa, pouco se renova. De toda forma, há uma certeza: a atual legislação se insere factualmente na vida de todas as pessoas, em diferentes graus, mas sem deixar de interferir – e uma das intervenções mais problemáticas é a internação compulsória, objeto de estudo neste trabalho.

Processo tão grave, por vezes dramático, nos remete a pergunta: qual a posição do indivíduo, o *drogado*, nesse procedimento que diretamente o cerceia? Em tempos que a dignidade da pessoa humana é sempre ressaltada como o objeto do Direito, saber a *existência*

¹¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: ggiacarpane@hotmai.com.

¹² Graduando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: viniciusnabak@hotmai.com.

desse ser humano, em especial seu reconhecimento, é fundamental para que se compreenda a consistência da internação compulsória. A elucidação *Da pessoa* é o nosso primeiro objetivo.

O Estado internar alguém em nível de obrigatoriedade não é um fenômeno recente, como esclarece Michel Foucault em várias obras, exemplarmente História da Loucura. No caso das drogas, tal *método* é um reflexo do poder da medicina na abordagem legislativa dos ordenamentos contemporâneos. Essa *medicinização*, substrato muito forte na fundamentação de normas e seus destinatários, é a matéria da segunda parte, *Da saúde*.

Um processo que mobiliza autorização judicial, ação de pessoal e gastos com instalações requer previsões e demandas. A capacidade de estipular é do Estado, enquanto o requerimento, em intrigante maioria, vem das famílias desse público-alvo. Analisar as motivações *Do Estado e da Família* antecede a inspeção dos aspectos *Da Lei*, nosso último tópico antes de concluir os estudos feitos.

Pela saturação do tema-maior, que é a política de drogas no Brasil, são previsíveis os argumentos nesse artigo. Mais que isso, num prisma analítico, se constata que tratamos aqui de discursos, de prós e contras. Por esse “material”, a filosofia do Direito de Jürgen Habermas se faz necessária como guia para os esclarecimentos a serem alcançados através de relatórios, julgados e os enunciados da lei. Mais que uma análise da facticidade e da validade nesses discursos, a busca é pela ética jurídica no intrincado processo de internação compulsória de viciados em drogas, no nexos de plenitude entre o viver e a lei em Zenon Bankowski.

2- Da pessoa

Tem cabimento a medida [de internação compulsória] para ajudar a dependente a superar a sua compulsão pelo uso de drogas, no interesse da sua saúde e integridade, dos seus familiares e da sociedade, em vista do que pode ser capaz de fazer para satisfazer o vício e por não ter condições de decidir por si, com o seu agir ditado pela dependência. (Agravo de Instrumento nº2050582-14.2016.8.26.0000, relator juiz Edson Ferreira, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016).

O trecho do julgado expressa as intenções públicas da internação compulsória: recuperação, superação, integridade; pressupostos compatíveis ao Estado social afirmado no Brasil pós-1988. Um trecho, em especial, merece destaque: “*não ter condições de decidir por si*” – a autonomia; um eixo, senão a premissa fundamental, na qualidade de dignidade da pessoa humana.

Substância do Direito contemporâneo, a dignidade da pessoa humana vem sendo trabalhada por inúmeros juristas de diferentes cadeiras, estando além da *suma divisio* presumida na sistemática do Direito. Contudo, para uma interpretação plena, é muito importante chegar à *arqueologia* da dignidade, intrigada nas raízes da *ocidentalidade*; mas, pelas condicionantes desse trabalho, já nos basta compreender o *sentido* de dignidade da pessoa humana; especificamente de autonomia, encontrada no idealismo de Immanuel Kant.

É na segunda formulação do *imperativo categórico*, a lei universal de liberdade que é essencial no pensamento kantiano, que encontramos a atribuição à *pessoa*: aquele que é um fim em si mesmo; pois, diferente da *coisa*¹³, a pessoa é um ser racional dotado de liberdade sob leis morais. Assertivamente falando, a proposição kantiana explica o valor nas relações entre as pessoas; as quais, dotadas de razão, encontram-se com o dever e, nele, devem guiar a *vontade*, esfera da autonomia: a disposição de si *de acordo* o dever elucido pela razão, conforme vê-se na terceira formulação¹⁴ do imperativo. É disso que o professor de Königsberg conceitua o Direito: “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal de liberdade” (KANT, 2014, [230], § B, p. 34). De forma sucinta, é pelo dever, alcançado pela razão presente em todos os seres humanos, que devemos encarar o outro como *disponível de si mesmo* em suas vontades, as quais são conformadas por esse mesmo dever; cabendo ao Direito, no âmbito da coletividade, compatibilizar as relações da pessoa e entre as pessoas ao imperativo categórico.

A autonomia kantiana é intrinsecamente ligada a sua figura de pessoa: sujeito racional que faz suas escolhas, isto é, faz da sua moral a razão prática para o desfrute da liberdade, essa última que é protegida pelo respeito ao imperativo. Portanto, a filosofia de Immanuel Kant é universalista; porque a racionalidade, inata ao homem, é a motriz da ação e atíngivel por todos, incompatível a imposições.

Retomando às palavras do juiz Edson Ferreira, tem-se, por influência kantiana, que a falta de racionalidade presumida na pessoa viciada em drogas uma *razão* para a internação compulsória. Tal caso é exemplar para questionarmos: seria o imperativo categórico, de Kant, e o bem comum, salvaguardado em nosso ordenamento, de um comunitarismo que *usa* a

¹³ KANT, I. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, IV, p. 26, [224], 2014. “*Coisa* é algo que não é passível de imputação. Todo objeto do arbítrio livre que carece de liberdade por si chama-se por isso coisa (*res corporalis*).”

¹⁴ KANT, I. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, § B, p. 34, [230], 2014. “Em *terceiro lugar*, nessa relação recíproca do arbítrio, tampouco é levada em conta a *matéria* do arbítrio, i. é, o fim que cada um se propõe com o objeto que quer, (...), mas se pergunta apenas pela *forma* na relação do arbítrio recíproco, na medida em que ele é considerado simplesmente como *livre*, e se assim a ação de um dos dois se deixa pôr de acordo segundo uma lei universal de liberdade”.

pessoa, valor tido por inalienável? Afinal, a internação aparece como forma de readequação do viciado à personalidade padrão na vida social.

Independente da interpretação kantiana estar correta ou não, é inegável sua influência no ordenamento jurídico e, por consequência, nas ações à pessoa. Essa confusão sobre o postulado é muito relacionado à transcendentalidade da filosofia de Kant, que afirma o alcance dos fins por meio da abstenção do mundo sensível. Assim sendo, se trata de um enunciado forte, mas incerto na sua aplicação atual; o que, *juridicamente* falando, é algo legítimo, mas de questionável institucionalização – que nos traz uma releitura do jusracionalismo na contemporaneidade, simbolizado em Jürgen Habermas.

Se, em Kant, falamos de sujeitos de direito, ou seja, agentes conscientes de suas capacidades e do dever; na filosofia habermasiana existem *sujeitos de discurso*¹⁵: a pessoa participativa na elaboração das normas através da intersubjetividade. Diferentemente do idealista, Habermas não acredita em direitos inatos que são descobertos pela razão, mas em *procedimentos racionais*, que garantam a liberdade e a igualdade na participação das pessoas, permeados por *argumentos morais* produtores de uma “empatia” que legitima a norma. O diferencial aqui pertinente está na presença da sensibilidade, o que Habermas chama de *atos do mundo da vida*, numa juridicidade que o sujeito é destinatário e elaborador no seu espaço social.

O professor de Frankfurt, grande leitor da obra de Max Weber, enxerga na racionalidade do Direito “o sentido racional da dominação legal” (MOREIRA, 2002, p. 34), mas que considera insuficiente por tratar a razão como fim, já que é *segundo valores* que o Direito se faz realizado. O filósofo contemporâneo afirma que só assim o Direito pós-tradicional (sem metafísica) e pós-convencional (sem a tradição) consegue legitimidade; especialmente pela *colonização do mundo da vida*, a reprodução simbólica do Direito no cotidiano que leva ao “empobrecimento cultural e fragmentação da consciência coletiva” (HABERMAS, 1992, v. II, p. 502).

Uma das consequências da *colonização* merece, no plano da pessoa, uma consideração especial: “que a sociabilidade esteja tão desarticulada que surja um profundo abismo entre os componentes do mundo da vida” (MOREIRA, 2002, p. 52). Tendo em vista o histórico brasileiro de desconsideração da pessoa em singularidade, inclusive com marginalização de particularidades inerentes, nos faz refletir nos propósitos da Lei

¹⁵ O discurso é uma ação comunicativa que procura fundamentar suas pretensões de validade (v. HABERMAS, 1988).

10.216/2001, pois se a intenção é o auxílio, por que a incisão tão bruta que pode agravar a situação do indivíduo? Afinal, o consumo de drogas trata-se, então, de um questão de medidas: use, até que não interfira outros? Portanto, há uma dificuldade em discernir se a preocupação é na pessoa, *enquanto reconhecidamente digna*, ou no viciado, como *problema* da comunidade.

3- Da saúde

De forma geral, a internação involuntária é um procedimento médico realizado no mundo todo há muitos anos, que obedece a critérios super objetivos. A visão médica não vai deixar esse paciente se matar. O médico, no mundo todo, não acha que é um direito do ser humano se matar, pois entende que esse paciente está doente e tem de ser internado. Depois daquele momento de fissura e excesso, quando estiver recuperado, o paciente vai dizer: “Obrigado, doutor” (“Entenda o que é a internação compulsória para dependentes químicos”, Portal do Governo do Estado de São Paulo, 2014).

A base principal da filosofia de Jürgen Habermas é marcada pela ética do discurso, a qual é estruturada por uma teoria da racionalidade que fundamenta a razão comunicativa, que é “uma proposta de uma ética do viver bem, da felicidade e da solidariedade entre os indivíduos capazes de linguagem e ação” (ZANELLA, 2012, p. 133). A linguagem é o meio de qualquer relação do sujeito com o objeto e entre os outros sujeitos, mas, para isso, é necessário que exista um consenso estabelecido entre as condições ideais de fala, a fim de que todos possam integrar esse processo comunicativo e trocar informações entre si, além de estarem em uma posição isonômica, sem qualquer disparidade.

Ao se determinar essas condições, tem-se a criação de um discurso embasado na argumentação racional sobre as questões pratico-morais, que variam com as condições históricas, com as situações e as experiências humanas, bem como da discussão de todos os conflitos, problemas sociais e institucionais da sociedade. Assim, surgirá um discurso prático que possibilita um “padrão comunicativo histórico” (ZANELLA, 2012, p. 136) para todos que integram a comunidade, de acordo com o momento em que estão inseridos; nas necessidades que apresentam e nas situações reais em que vivem, “ofertando direitos iguais e igual corresponsabilidade nas diferentes formas de vida socioculturais, as quais possibilitarão que as diferentes comunidades projetem a sua autorrealização” (ZANELLA, 2012, p. 136).

Esse discurso prático, obtido a partir dos procedimentos formais, passa a ser constituído de veracidade e de universalidade. Com veracidade, tem-se que todos que fazem

parte desse processo comunicativo devem partir de opiniões semelhantes e, também, devem ter consenso sobre os diversos temas tratados. Com universalidade, tem-se que os discursos abrangem os mais variados assuntos; por exemplo, os médicos, os científicos e os juristas.

Nesse viés, vale ressaltar que “um exame das principais noções da teoria da ação comunicativa de Habermas pode ser um excelente instrumento de análise crítica das tomadas de decisão no campo da assistência à saúde” (FELDHAUS, DUTRA, 2009, p. 117). Nos dias atuais, o discurso médico apresenta grande destaque e relevância, apesar de ser obtido pelos mesmos princípios formais que qualquer discurso prático-moral dispõe, com o diferencial na *empíria*. Observa-se na relação entre médico e paciente, uma vez que este se encontra em uma posição subalterna ao primeiro, a redução na explicação ao indivíduo a um denominador comum de nível mais baixo na especificidade do discurso, deixando de lado o fator sociológico e a forma na qual a vida social influencia a saúde de cada pessoa.

Dessa forma, é notória a atual utilização desse discurso médico como argumento de autoridade e como base para a fundamentação das decisões jurídicas. Por exemplo, a própria noção jurídica de *dependência*, *necessidade* e *saúde* em sentido biológico e o requerimento de perícias ou outros meios legitimados pela *ratio* médica.

Esse assunto gera opiniões divergentes, visto que há aqueles que são a favor da internação compulsória e outros que se opõem a essa medida, a qual teve a Lei 10.216/2001 como suporte, na sua previsão legal do tratamento para aqueles que sofriam de transtornos mentais e outras doenças que afetam a lucidez do indivíduo.

O argumento mais utilizado por aqueles que defendem a internação compulsória é que dependentes químicos, especialmente aqueles em situação de rua, não são capazes de voluntariamente procurarem ajuda, uma vez que seus organismos ficam sob o efeito de drogas, que afetam o sistema nervoso. Essa foi a principal ideia abordada por Robert Newman, em seu artigo *Involuntary Treatment and Drug Adicction* (1973). Defensor da adoção da internação compulsória para o tratar os dependentes químicos, o professor de Yale afirma que toda a imagem construída sobre o modo no qual as instituições lidam e tratam os viciados não condizem com a realidade, visto que os internados não deixam de ter sua dignidade individual respeitada e o afastamento social é provisório, e não definitivo.

Além disso, faz parte dessa lógica que a função principal do Estado é garantir a proteção absoluta da vida de cada pessoa, tendo em vista o enunciado do artigo quinto da Constituição Federal de 1988, ao acesso a uma rede de saúde de qualidade, assim como a segurança pública e a defesa da dignidade da pessoa humana, a qual traçamos no último

tópico. Assim, a intervenção médica de maneira compulsória teria justificção na Lei Máxima, num senso de proteção comunitária ao sujeito uno.

Por outro lado, os contrários à internação compulsória argumentam que, assim como é função do Estado garantir a saúde de todos, deve-se também proteger a integridade do indivíduo, direito esse que faz parte do rol de direitos e garantias fundamentais. Portanto, uma vez que a internação se dá de maneira compulsória, ou seja, forçada e contrariamente à vontade do dependente, tem-se uma interferência radical na liberdade, ferindo a pessoa em sua dignidade. De acordo com Isabel Coelho e Maria Helena Barros de Oliveira em *Internação compulsória e crack: um desserviço à saúde pública* (2014), essa forma de internação é uma afronta à autonomia do indivíduo, visto que o sujeito fica às condições impostas pelos médicos e enfermeiros nas instituições de tratamento, muitas vezes sob maus tratos e sem uma assistência humanizada – recluso de visitas de familiares e amigos. As autoras argumentam ainda que, ao serem internados, muitos dependentes químicos não são reinseridos na sociedade, visto que não há políticas ou grandes iniciativas nesse foco, situação próxima a de pessoas que já sentenciadas penalmente.

No mais, enumera-se que a internação compulsória pode ser vista como uma forma de higienização das cidades, por parte do Estado, ao removerem das ruas e avenidas os viciados, vistos como *obstrução de via pública*. Nas clínicas, esses indivíduos poderão ser docilizados e programados para obedecerem aquilo que o órgão de poder exige, oferecendo menos risco a própria estrutura e ao ordenamento normativo – o que nos remete a Michel Foucault.

As ideias abordadas pelo filósofo e historiador Michel Foucault, especialmente no livro *Em defesa da sociedade* (2016), referem-se, por parte do poder do Estado, aos mecanismos relacionados à disciplina dos corpos dos indivíduos e à regulamentação da sociedade, o que é caracterizado pelo chamado *biopoder*. Esta política aborda as práticas e instituições que circundam as relações de poder, a fim de legitimar uma determinada posição de um indivíduo ou população, o que sempre implica em vida e/ou em morte – “a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana” (FOUCAULT, 2016, p. 286) – intervindo na busca de aperfeiçoar estados totais de equilíbrio.

Para isso, é frequente o investimento em sistemas de seguro de saúde, seguro velhice, regras de higiene e o uso de métodos terapêuticos e intervencionistas como formas de incidir sobre os processos biológicos e orgânicos da população e do corpo de cada um, ou seja, “tentar reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve

redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados e, eventualmente, punidos” (FOUCAULT, 2016, p. 289). Dessa forma, é possível criar cidades ideais, com baixa criminalidade e sociedades de normalização, na qual se luta contra aqueles que são classificados como “anormais”, “inferiores” e como “inimigos do Estado”, legitimando a ação do poder soberano e do biopoder.

É possível estabelecer um vínculo *foucault-habermasiano*, uma vez que há um objeto comum: os *discursos do saber*. O conhecimento, isto é, o saber sistematizado, é utilizado como instrumento de dominação e de garantia da proteção do poder, como descrito por Foucault, pois, durante anos, conflitos foram traçados por “titulares” de mais saberes, na obtenção de certos privilégios e, por consequência, mais influência e autoridade.

Atualmente, o saber médico é usado como pretensão de verdade nos moldes do discurso proposto por Habermas. Os grandes nomes da área da saúde, especialmente da medicina, são mais aceitos e, de certa forma, apresentam uma confiança e uma influência muito maior nos diversos âmbitos que compõem o Estado por apresentarem *mais saber*; os quais são usufruídos pelos juristas, que ocasionalmente pautam suas decisões de acordo os laudos dos especialistas. Assim, percebe-se que a difusão de saber, bem como o uso adequado do discurso, é um meio de obtenção de poder fático, caracterizando como soberanos aqueles que fazem parte dessa pequena parcela de conhecimento e atuação.

4– Do Estado e da Família

Os motivos que a fizeram fugir do hospital e atentar contra a vida de sua mãe, bem como o estupro praticado por terceiros, não guardam qualquer relação com o descumprimento da ordem de internação compulsória, não havendo, portanto, entre eles qualquer nexo de causalidade. (Agravamento em recurso especial Nº 677.173 - DF (2015/0055183-2), relatora ministra Assusete Magalhães, Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Desde já, é necessário ter a consciência da reciprocidade entre a instituição da Família e o Estado, de tal forma que uma mudança em uma das partes reflète na outra.

O antropólogo belga Claude Lévi-Strauss (1983, p. 140) é autor de brilhante análise sobre essa relação. Analisando sociedades indígenas, o estruturalista, ao observar as regras de matrimônio nas comunidades, atribui à proibição do incesto – em algum nível que seja - o pressuposto na formação do ente estatal, pois é assim que, entre as famílias, se formam acordos de interesses mútuos e consequências para os rompimentos. É dessa forma que as *células* sociais se integram, e, especificamente, se organizam através de interesses funcionais

alocados ao parentesco. Logo, na própria gênese do Estado se encontra a Família, essa última em nível “institucional”, com suas funcionalidades e demandas; num vínculo inicialmente unilateral: o Estado é instrumento da Família.

No Ocidente, o catolicismo foi fundamental para a renovação do Estado no pós-Roma, com uma forte e sistematizada hierarquização das Famílias por seus papéis; tendo em vista que famílias monárquicas foram consagradas nos valores divinos, enquanto as camponesas eram inferiores por suas práticas; do paganismo à luxúria. Contudo, com a importância do trabalho dado por Lutero e a inovação mecânica no final do século XVIII, o Estado passa a instrumentalizar a Família: se antes o Estado as sustentava e era por elas definido, a situação se inverteu. A necessidade de alteração, simultânea a *capitalização* da realidade, é justificada por uma questão de ordem: famílias consumidoras, famílias produtoras, famílias operárias e várias outras *utilidades* para manutenção do Estado e seus sucessos – sendo que, para tal, todas as famílias se convergem na Família, um tipo genérico que passa a receber específica e detalhada regulação pelo Direito. Para Habermas (1992, v. I, p. 19), administração pública – conotação muito interessante, tendo em vista a burocratização para um *Estado racional* – e a economia são as grandes diretrizes responsáveis pela necessidade de racionalização do Direito, mas degradante em sua legitimidade.

Vale notar a consideração feita por Reis, Guareschi e Carvalho (2015, p. 387) sobre a disputa na relação Família-Estado no caso das internações compulsórias de dependentes químicos:

Uma vez que o que está em jogo dentro dos processos é a destituição [da família] do seu lugar de gestão sobre a vida de seus membros e a tomada desse lugar pelo Estado, que assume em maior ou menor medida as funções de cuidar, educar e proteger (...) Isto ocorre por meio de um jogo de produção dos modos normais e patológicos e um mecanismo de inscrição no interior das famílias da responsabilidade por problemáticas políticas, sociais e econômicas que extrapolam o âmbito privado.

Sobre os modos normais e patológicos, nós já elucidamos na questão *Da saúde*, agora nos atendo ao “mecanismo de inscrição no interior das famílias”. Cabe ressaltar que a internação, de modo genérico, é uma medida de *prestação* do Estado, ideia atrelada à configuração do Estado de bem-estar social: “incitar o Estado a intervir de modo a não provocar mudanças estruturais, mas provocá-las na esfera do direito individual, pela via da adaptação positiva e da adequação às normas sociais” (REIS; GUARESCHI; CARVALHO, 2015, p. 387). Portanto, em vista do papel da Família na sustentação do *Estado econômico*,

podemos dizer que o ato de internação se configura como uma ação de *integração* do tecido social: se a unidade familiar falhar no direcionamento de sua reprodução, há o Estado para garantir a ordem através de si mesmo. Não à toa, o processo de *guerra às drogas* é paralelo à *disfuncionalização das famílias*; afinal, o assistencialismo surge para conter os *problemas nascidos* das famílias periféricas ao modelo familiar reconhecido.

Essa manutenção da ordem, muitas vezes por *violência legítima*, é justificada pela noção de bem comum e toda a gama de bens jurídicos relacionados. No pensamento habermasiano, o bem comum no “Estado social e democrático de direito” (HABERMAS, 1988, v. II, p. 510) se trata de neutralizar os efeitos externos do modelo econômico: o social, para esse Estado, é um binarismo de clientes e consumidores, caracterizando-se por uma “constitucionalização das relações de classe” (MOREIRA, 2002, p. 58). Então, a ação do Estado não se configura em reconhecer a fragilidade humana, mas em integração “nos meios do dinheiro” (MOREIRA, 2002, p. 59), que tem por consequência a *desintegração* ao reduzir a sociabilidade em meios: o objetivo é *tornar* o viciado apto ao trabalho.

A Lei 10.216/2001 prevê, no seu sexto artigo, além da internação voluntária, outras duas vias. Há a internação involuntária, através do requerimento de ente familiar à justiça. Caso não haja esse pedido e seja apontado por agente público de saúde a necessidade, o Estado pode agir, daí a internação compulsória. Assim sendo, se a família não *notar o seu* drogado, compete ao Estado fazer isso.

5- Da Lei

A pergunta que nos orientou – sobre a ocorrência de violação de direitos humanos – infelizmente se confirmou como uma regra. Há claros indícios de violação de direitos humanos em todos os relatos. De forma acintosa ou sutil, esta prática social tem como pilar a banalização dos direitos dos internos. Exemplificando a afirmativa, registramos: interceptação e violação de correspondências, violência física, castigos, torturas, exposição a situações de humilhação, imposição de credo, exigência de exames clínicos, como o teste de HIV – exigência esta inconstitucional –, intimidações, desrespeito à orientação sexual, revista vexatória de familiares, violação de privacidade, entre outras, são ocorrências registradas em todos os lugares. Percebe-se que a adoção dessas estratégias, no conjunto ou em parte, compõe o leque das opções terapêuticas adotadas por tais práticas sociais. O modo de tratar ou a proposta de cuidado visa forjar – como efeito ou cura da dependência – a construção de uma identidade culpada e inferior. Isto é, substitui-se a dependência química pela submissão a um ideal, mantendo submissos e inferiorizados os sujeitos tratados. Esta é a cura almejada. (p. 190, Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas, Conselho Federal de Psicologia, 2011). Grifo próprio.

Ainda que o nome desse tópico esteja no singular, não trataremos unicamente de uma lei, mas da lógica que unifica a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e a Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001) no que concerne à lógica de internação compulsória de viciados em drogas e em relação à Teoria Discursiva do Direito em Habermas.

No exposto *Do Estado e da Família*, as internações involuntária e compulsória, em sua generalidade, conotam-se enquanto direitos subjetivos: numa dada justificação compatível ao enquadramento legal, pode ser levantada, pela família ou pelo Estado, um requerimento à Justiça para o ato de internação. Em todo o seu contexto reformatório, a Lei 10.216/01 coloca em seus termos o “acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde” (art. 2º, inc. I) e “como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio” (art. 4º, § 1º). O discurso materializado na norma, notadamente, é de um caráter prestacional e socializador: habermasianamente, a *validade* da normativa de internações compulsória.

A aplicabilidade política e estratégica na questão das drogas é na prerrogativa da Lei 11.343/06. Em seus enunciados, a internação, empregado na abstratividade de “tratamento”, é de caráter condenatório àqueles “em consideração as suas necessidades específicas” (art. 19, inc. VII) e “com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento” (art. 47), de acordo as observâncias do juiz. Todavia, não é por ser uma sanção que a internação deixa de ser compulsória, tendo em vista a salvaguarda legal de consentimento pessoal a tratamento médico.

Numa rápida referência à colocação que Hegel faz sobre o *cidadão*, aquele que viola uma convenção social objetivada, e o *inimigo*, a pessoa que afronta toda uma sociabilidade positivada, poder-se-ia pensar que se trata de uma *mesma medida* para diferentes *papéis*. Contudo, nesse caso não há esse diferencial na empiria, a exemplo do relatório do CFP (2011), pois o viciado em drogas *é o que é*: o cometimento de um crime ou a mendicância não são motivações para a internação compulsória, mas apenas condicionantes; a causa, que leva a toda uma mobilização estatal, é o uso de drogas – que se exterioriza naqueles já afastados, reafirmando “a exceção como específico paradigma de nossa sociabilidade” (MATOS, RAMOS, 2016, p. 379). Nessa *facticidade*, evidências contextuais na comunidade, podemos apontar a internação compulsória como *tática de anulação social*, afinal, a internação é para as pessoas em situação de anomia, no sentido durkheimiano: desvinculados de suas famílias e/ou no cometimento de crimes em estado de *arracionalidade* - pois, pelo próprio saber médico, o vício é situação de indisponibilidade da razão.

Não nos atende analisar estritamente o porquê da criminalização das drogas, mas a *ratio legis* na internação compulsória. Como constatado, a *validade* da norma é incompatível com a *facticidade* de seu objeto em regulação; isto é, o *dever ser* não se adequa ao *ser*, tanto na prática quanto na fundamentação: a prescrição estatal é falha, por exemplo, ao não estipular medidas pós-tratamento, haja em vista a problemática dos vícios; e, mesmo no que prevê, não há realização: das 66 instituições avaliadas em todo o país, todas apresentaram violações de direitos humanos (CFP, p. 174-188, 2011), com denúncias sérias desde trabalhos forçados até estupros e torturas.

Portanto, fica clara a falha existente nas normas jurídicas brasileiras sobre os atos que envolvem a internação compulsória, se não a própria previsão da internação compulsória; pois não se tratam de episódios eventuais, mas gerais e sistêmicos nos *meios socializantes*. Para Habermas, essa tensão entre validade e facticidade reside na formulação normativa contemporânea, que envolve três elementos os quais, idealmente, unem-se em um discurso: Política, para atribuir sentido à norma; Moral, para a legitimidade; e Direito, para organizar racionalmente as normas e o processo de normatização. No plano político, devemos levar em conta que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida recentemente como princípio no Estado brasileiro, em 1988; restando considerações mais problemáticas para as outras duas esferas. Quando se dirige à moral, a proposta habermasiana está se referindo à consciência individual, pois uma norma *se faz* obrigatória apenas quando é tida por legítima, ao passo que o Direito, com procedimentos racionais, garantirá o tratamento livre e igualitário dos discursos. Assim sendo, no que se refere às disposições legais sobre a internação compulsória, há um problema de vinculação recíproca: os procedimentos legislativos não são racionais a ponto de seus resultados atingirem a moral; o que, de uma forma ou outra, reflete e é reflexo de equívocos políticos – comprometendo o *existir* da norma em Habermas, pela seu sentido prático-moral colidir com os pressupostos de liberdade e igualdade responsáveis pela feitura dessa mesma norma.

6- Do fim

Todo o estudo feito, ainda que lidando com realidades tristes, deve ser encarado como oportunidade de aprendizado, especialmente em memória das vítimas do vício e das instituições, as quais pouco se tem registro no acesso público. Como Jürgen Habermas disse ao Parlamento espanhol sobre o *esgotamento das energias utópicas*, “a obscuridade também é

função da disposição de agir que uma sociedade atribui a si mesma” (HABERMAS, p. 213, 2015)

Em relação a *peessoas viciadas*, para além da construção feita pela medicina e os apontamentos sociológicos, é preciso uma consciência em caráter existencial: enquanto forem tratados como pessoas fora de razão ou marginais, não se atinge o núcleo do fenômeno de adição, independente da legalização ou não das drogas. Não se trata de explicar o vício, mas compreendê-lo: tratar algo a partir de *para-si*, isso é, da ideia de vício, é infrutífero até que não se entenda *em-si* viciado e *em-si* pessoa investigando o vício. Da máxima sartriana, “existência precede a essência”, deve-se apreender que o viciado em drogas, enquanto figura degradada, é só uma atribuição que se deu à situação de vício, e que impede as medidas a alcançarem outros viciados em drogas e até outros tipos de vícios – um diferencial que, em Habermas, chama-se de *representação* e *significado*, uma tensão problemática na intersubjetividade.

Ao Estado, retomamos o marco habermasiano e a “reconstrução social” (MOREIRA, 2002, p.109). O caso das internações compulsórias é exemplar: com a divergência entre facticidade e validade e sua conseqüente crítica, culmina-se no dissenso, a “ausência de uma oferta normativa capaz de guiar as ações em um plano individual ou social” (MOREIRA, 2002, p. 100) que desintegra socialmente. Nessa situação, a *razão comunicativa* – a mediaticidade racional na linguagem - é um imperativo, pois busca-se o entendimento para refundar o consenso. Inicialmente, a partir do reconhecimento de um choque entre facticidade e contrafactualidade, aponta-se para o problema das situações de fala e seu fundo interpretativo no mundo da vida, numa incerteza tida por absoluta e provedora de confronto sobre as pretensões de validade – resumidamente: tendo em vista o contexto das internações compulsórias e a dissonância com o tratamento que *está* sendo dado, a validade também deve ser problematizada. Em seguida, deve-se apontar as “instituições arcaicas” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 42), aquelas que o poder resulta da aglutinação entre validade e facticidade e, por isso, fundam a ordem social em ações até então tidas por normais. Constatadas as falhas das instituições, cabe, então, pela lógica das sociedades secularizadas, retomar o consenso; com novas pretensões de validades e observações fáticas, tudo através da razão comunicativa.

Por fim, ainda que as pessoas sejam elaboradoras da lei, vale notar que a sua relação com o Estado se dá por intermédio da lei. Para um vínculo bem-sucedido, é fundamental que o sentido da lei se torne realidade. Daí a proposta do enunciado normativo ser compreendido, não apenas entendido, o que implica reconhecer que a sustentação da sociedade, ou, como

diria Habermas, a ordem social, se dá através da compreensão estrutural da norma – no sentido de racionalmente enxergar seus propósitos e elaboradores. Extremamente pertinente ao aqui exposto, é somente com sujeitos de discurso que compreendam a vulnerabilidade alheia e *fora-de-si* que haverá uma validade capaz de leis que atinjam o cerne da facticidade da drogadição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei: a lei do amor e o amor pela lei.** Tradução de Arthur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bartolozzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 10.216, de 6 de abril de 2001.** Brasília: 2001.

_____. Casa Civil da Presidência da República. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Brasília: 2006.

_____. Portal Eletrônico do Governo do Estado de São Paulo. **Entenda a internação compulsória para dependentes químicos.** São Paulo: novembro 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Agravo regimental no agravo em recurso especial Nº 677.173 - DF (2015/0055183-2).** Ministra Assusete Magalhães. Distrito Federal: 19 de maio de 2015.

COELHO, Isabel; e OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. **Internação compulsória e crack: um desserviço à saúde pública.** *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 101, p. 359-367, abr-jun 2014.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA – CFP. **Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas.** 2ª Edição. Brasília: 2011.

FELDHAUS, Charles; e DUTRA, Delamar José Volpato. **Habermas e a sociologia médica: saúde, Estado e Direito.** *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 99, p. 113-133, jul-dez 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** 2ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade: escritos políticos V.** Tradução de Luiz Repa. 1ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa**, v. I. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa**, v. II. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1ª edição, 2014.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; e RAMOS, Marcelo Maciel. **A cultura jurídica brasileira de exceção à atual promessa de emancipação**. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, pp. 376-404. 2016.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2ª edição, 2002.

NEWMAN, Robert G. **Involuntary Treatment of Drug Addiction**. Yale Review of Law and Social Action: Vol. 3: Iss. 3, Article 2, 1973.

REIS, Carolina dos; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; e CARVALHO; Salo de. **Discursos sobre família e risco nas internações compulsórias de usuários de drogas**. Psico, Porto Alegre, v. 46, n. 3, pp. 386-399, jul.-set. 2015.

ZANELLA, Diego Carlos. **A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas**. Thaumazein, Santa Maria, Ano V, Número 10, pp. 131-149, dezembro 2012.