



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

A SELETIVIDADE PENAL E A LEI DE DROGAS

ORIENTANDA: DEBORAH MAYANE ALECRIM ABREU

ORIENTADORA: PROF^a. DRA. GLACY ODETE RACHID BOTELHO

GOIÂNIA-GO
2020

DEBORAH MAYANE ALECRIM ABREU

A SELETIVIDADE PENAL E A LEI DE DROGAS

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof^a. Orientadora: Dra. Glacy Odete Rachid Botelho

DÉBORAH MAYANE ALECRIM ABREU

A SELETIVIDADE PENAL E A LEI DE DROGAS

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Dra. Glacy Odete Rachid Botelho

Nota

Examinadora Convidada: Prof.^a: Dr.^a Cláudia Luiz Lourenço

Nota

Agradecimentos

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica de Goiás que me recebeu com dedicação durante toda minha jornada acadêmica. Registro agradecimento ao corpo docente do Curso de Direito da PUC-GO que me inspirou na busca de conhecimento.

Sou grata à orientadora dessa monografia, Prof.^a Dra. Glacy Odete Rachid Botelho, que levantou apontamentos de grande valia que foram essenciais para o desenvolvimento do trabalho.

A todos os meus amigos, especialmente Cainã de Araújo, meu muito obrigada. Você foi fundamental para minha formação, por isso merece o meu eterno agradecimento.

Agradeço ao meu namorado Matheus Custódio, que jamais me negou apoio e incentivo e que desdobrou em esforços para me ajudar durante a elaboração desse trabalho. Obrigada por ser tão atencioso.

À minha mãe, Ana Maria Alecrim Barros, que sempre foi minha maior fonte de inspiração e força. Sou grata ao meu pai e a minha irmã, por acreditarem e apoiarem meu sonho.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo tratar a respeito da seletividade penal na Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, e analisar a subjetividade referente aos critérios para a diferenciação de usuário e traficante. A metodologia é o Método Dedutivo, possuindo fundamentação teórica feita por meio de fatos sobre o tema como técnica de pesquisa. Começando pelo contexto histórico da seletividade penal e sua relação com a Teoria do Etiquetamento (Labelling Approach Theory), passando a estudar a evolução das legislações antidrogas brasileiras e sua atual redação, fazendo um breve comparativo, e por fim fazendo observações de como a seletividade e a lei de drogas se relacionam, por meio do discurso “guerra às drogas”, perfil populacional das penitenciárias e um país considerado modelo na regulamentação de entorpecentes.

Palavras-chaves: Seletividade. Subjetividade. Lei de Drogas. Perfil carcerário.

ABSTRACT

The present work aimed to address the criminal selectivity in Law No. 11.343/06, known as the Drug Law, and to analyze the lack of objective and effective criteria for differentiating between user and dealer. The methodology is the Deductive Method, having e theoretical foundation based on facts about the theme as a research technique. Starting with the historical context of criminal selectivity, going on to study the wording of the law and finally making observations of how selectivity and the drug law are related.

Keywords: Selectivity. Subjectivity. Drug Law. Prison profile.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a seletividade penal brasileira, evidenciando sua influência na atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) e, mais precisamente o questionamento pela falta de critérios objetivos para a diferenciação no que se refere a usuário e traficante.

Nesta sequência, a definição do conteúdo se respalda na composição textual mediante pesquisa bibliográficas de diferentes áreas de conhecimento, como a História, Criminologia, Sociologia e o Direito Penal.

O estudo fez uso de métodos científicos para melhor compreensão do tema, possuindo como técnica de pesquisa o Método Dedutivo, comprovando a relação da seletividade penal no âmbito da lei de Drogas.

O trabalho inicia-se demonstrando o que é a seletividade penal, uma vez que ela é fruto de um processo histórico de escravidão, pelo qual o país passou. Desta forma, o reflexo deste capítulo histórico gerou exclusão social e discriminação da população negra, jovem e periférica. O texto expõe a influência da criminalização primária e secundária, que são processos que começam desde a elaboração da legislação penal à efetivação das normas, enquadrando a atribuição dos processos de interação altamente seletivos e discriminatórios, de acordo com a teoria do etiquetamento (*labelling approach Theory*).

Posteriormente, no capítulo 2, passa-se a discorrer sobre a Lei nº 11.343/06, demonstrando a evolução histórica das legislações antidrogas, do mesmo modo, é apresentada uma comparação da antiga lei de drogas (Lei nº 6.368/76), mostrando as mudanças realizadas no que se refere a distinção de usuário e traficante. E mais adiante, denota a discussão a respeito da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, alicerçando-se no Princípio da Ofensividade.

No capítulo 3, será demonstrado a pesquisa sobre a seletividade penal e as suas consequências na atual Lei de Drogas, abordando o discurso “guerra às drogas” os seus efeitos na sociedade brasileira, assim como será evidenciado que existe um perfil definido da população carcerária, por intermédio da análise realizada no

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias na plataforma de estatísticas (SISDEPEN). Logo em seguida, será exibido a conduta do país europeu, Portugal, a respeito das consequências geradas com a descriminalização de todas as drogas.

Depois de discorrer sobre o conteúdo do trabalho, busca-se uma resposta em conclusão ao estudo, a respeito ao que deve ser realizado para combater a discriminação racial, de modo que a subjetividade na diferenciação quanto figura do usuário e do traficante, influenciada na criação de estereótipos, desapareça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A SELETIVIDADE PENAL	9
1.1 CONCEITO DE SELETIVIDADE PENAL	9
1.2 BREVE HISTÓRICO DA SELETIVIDADE PENAL.....	9
1.3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA	11
1.4 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....	13
1.5 LABELLING APPROACH THEORY	14
2. LEI DE DROGAS Nº 11.343/06.....	18
2.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL	18
2.2 LEI Nº 11.343/06 E OS CRITÉRIOS QUE DISTINGUEM USUÁRIO E TRAFICANTE.....	22
2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06	26
3 A SELETIVIDADE PENAL E A LEI Nº 11.343/06.....	27
3.1 GUERRA ÀS DROGAS.....	28
3.2 PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NACIONAL	29
3.3 UM ESTADO MODELO.....	32
CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS.....	36

1 A SELETIVIDADE PENAL

1.1 CONCEITO DE SELETIVIDADE PENAL

Conforme Zaffaroni e Pierangeli:

[...] a seletividade penal ou seleção criminalizante “trata-se de um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência (ou suspeita de ocorrência) de um delito até a execução da pena [...] (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 69).

Diversos pesquisadores e autores do direito consideram o poder seletivo como um atributo negativo do sistema penal. Analisando o Sistema Penal Brasileiro, num primeiro momento, o discurso é de um sistema de controle social justo e eficaz, todavia, em uma análise superficial, com um toque de realidade, percebe-se que o sistema penal não corresponde a tal discurso.

A seletividade penal pode ser apontada como fruto de uma conduta discriminatória histórica, no qual a população negra se torna alvo, dado que há uma construção do pensamento do negro como um símbolo de perigo e de hostilidade dentro da sociedade que merece uma atenção maior do sistema penal nos espaços urbanos.

1.2 BREVE HISTÓRICO DA SELETIVIDADE PENAL

O fundamental motivo da seletividade penal no Brasil é consequência de um processo histórico, pelo qual o país sofreu: a escravidão.

Em análise do período de formação da população negra no Brasil recém descoberto, dentro do projeto de expansão do mercantilismo, verifica-se que se manifestou pelo ideal de irracionalidade, opressão e exploração, por parte dos chamados descobridores. A formação de um Brasil político, na direção do Estado

português, ao longo do século XVI, estava configurada a exploração de toda e qualquer forma de mercancia que propiciasse ganhos para o príncipe.

Assim, Portugal buscava nas viagens comerciais marítimas novas rendas que a terra já não lhe dava em montante compatível com as suas crescentes necessidades econômicas. O quadro histórico que refletia a realidade do mundo recém encontrado, abundante em recursos naturais e terras férteis, era a ausência de força de trabalho suficiente para a produção do referido cenário em mais valia.

Desta maneira, o regime escravocrata foi um verdadeiro símbolo do desenho institucional do absolutismo de mercado, onde os nativos negros eram vistos como juridicamente inferiores, submetidos aos seus interesses patrimoniais por meio de um particular regime econômico, o da escravidão.

A escravidão pode ser entendida como um processo de apropriação do trabalho do outro, da dominação do corpo, do trabalho e do tempo do ser humano através de força bruta. Logo, desde os primórdios estão sedimentadas na essência social brasileira as camadas estamentais, formadas por integrantes que pensam e agem conscientes de pertencer a um círculo elevado e qualificado para operar e se manter no exercício do poder.

Relacionando o sistema penal e o escravismo colonial, é necessário entender que dentro do regime da escravidão, a pena pública era executada de forma diversa, uma vez que o escravizado estava inteiramente submetido a um poder punitivo privado, no Brasil jamais regulado, que se comunicava com o poder punitivo público, no qual cabia ao senhor (proprietário de outro ser humano) executar sanções penais empregadas aos escravos em casos de transgressões ao ordenamento vigente, assim o controle da execução penal estava no âmbito privado, onde os fundamentos jurídicos para penalizar eram extraídos de diversos comandos do Código Criminal do Império do Brasil. Verifica-se, portanto, a predominância de um poder público sancionatório executado de forma desregulada e não fiscalizada pelos senhores contra seus escravos.

De acordo com Zaffaroni:

O sistema penal é tradicionalmente compreendido como o complexo normativo e institucional, que decorre da noção de soberania estatal, voltado para a função declarada de garantir uma ordem justa e igualitária, com a possibilidade do uso de medidas repressivas para a prevenção ou punição de um crime (...). (ZAFFARONI, 2011, p. 60-63).

O direito do Estado de punir, ainda se mostra seletivo, mesmo diante de todos os direitos adquiridos e reconhecidos no Brasil e no mundo, concernente, deve-se mencionar sobre a desigualdade social no nosso país, que se mostra como um fator determinante para a ocorrência dessa seletividade, de forma que, se marginaliza e criminaliza a população desfavorecida economicamente.

É possível perceber as continuidades históricas de repressão penal seletiva que continuam presentes até os dias atuais, em verdadeiros espetáculos que associam a ideia de justiça ligada à repressão e ao uso da força, em prejuízo de conquistas civilizadoras fundamentais.

Logo, é possível entender, baseando em vários episódios ocorridos no Brasil, que existem, sim, alvos preferenciais do sistema penal brasileiro, que autoriza caracterizá-lo como seletivo e, dentro dessa realidade, sendo o negro um de seus principais alvos.

1.3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Um ponto crucial para o seguimento e entendimento do trabalho, deve-se tratar sobre a criminalização primária, deste modo, será transcrito, sucintamente, uma explicação do jurista Zaffaroni:

[...] criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o que deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários [...]). (sic) (ZAFFARONI, 2011, p.43).

Ele se preocupa na questão do princípio extremamente importante em nosso Estado Democrático de Direito. Deste modo, o Princípio da Legalidade - o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”, o Poder Legislativo tem a atuação direta da formalização, através de uma lei sem sentido estrito para assegurar, de forma legal, a penalização.

Desta maneira, após todos os trâmites legais de acordo com os ritos para o sancionamento de uma lei, determinado bem jurídico se torna penalmente punido caso seja inviolado, conseqüentemente, o Estado fica amparado legalmente para atribuir, através do seu *jus puniendi*, o direito de punir. Deste modo, temos a denominada criminalização primária, segundo Zaffaroni.

Ocorrido todo o processo para formalização do tipo penal, que é crucial para um Estado para coibição de certas situações, tem-se outros fatores que devem nos preocupar para não ocorrer determinadas questões, por exemplo, a arbitrariedade por parte do Estado de culpabilização e punição discricionária de determinados grupos.

Preliminarmente, de acordo com todo o escopo demonstrando anteriormente, se mostra bem imparcial devido todo os seguimentos legais, de modo que, temos a demonstração que o Estado procedeu todo o rito legal de um país democrático, sem parcialidade.

Porém, o que se noticia diariamente é uma demonstração totalmente arbitrária, de modo que esse seguimento da norma não implica em subjetividade no momento da aplicação, ocorrendo, infelizmente, autoritarismo injustificado dos agentes públicos na denominada “criminalização secundária”.

De acordo com Alessandro Baratta, em sua obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, temos que:

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o “caráter fragmentário” do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e imunizar do processo de criminalização comportamento socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação

capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais [...]. (BARATTA, 2002, p. 165).

Se torna evidente que o Estado não é caracterizado neutro quando determina o tipo penal, visto que, ao eleger abstratamente condutas, tem ciência que no plano concreto os imputados serão os mesmos.

1.4 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A criminalização secundária, exercida através dos agentes públicos, deve seguir vários princípios norteadores do nosso direito, por exemplo, o Princípio da Isonomia – que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e preconizado em nossa Carta Magna. Porém, acaba não ocorrendo essa paridade da lei no plano concreto, ou seja, a coibição é somente para determinados comportamentos antissociais de fixada classe.

É nesta fase de criminalização que entram em cena os órgãos de controle social, como exemplo, a Polícia, Ministério Público e o Judiciário. Deste modo, devido estarem amparados pela lei em sentido estrito, ocorrida na criminalização primária, o Estado tem fundamentação legal para ocorrência da secundária. Corroborando com a fundamentação e transcrevendo o pensamento do filósofo e jurista Alessandro Baratta:

[...] os mecanismos da criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal. No que se refere à seleção dos indivíduos, o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente à posição ocupada pelos indivíduos na escala social. (BARATTA, 2002, p. 165).

Infelizmente, as pessoas que estão em lugares subalternos, periféricos, tem maiores possibilidades de repressão, partindo da premissa do policiamento constante

das autoridades, lembrando que, de forma intencional, considerando que pessoas que moram nessas regiões são criminosas.

A característica da seleção discricionária do poder estatal para coibição se mostra totalmente arbitrária, que não poderia ocorrer em lugar algum, importante frisar sobre as organizações que lutam diariamente contra essas arbitrariedades, tanto nacional como internacionalmente, por exemplo, os Direitos Humanos, a ONU – Organização das Nações Unidas.

Citando novamente Alessandro Baratta, ele demonstra, em outra parte, fundamento importante para explicação, transcrevendo-o:

[...] não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente a sua *interpretação*, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado. (BARATTA, 2002, p. 94-95).

Acaba-se ocorrendo, conforme o entendimento demonstrado, a denominada “estereotipização” do indivíduo que pratica ilicitudes, desde modo, toda pessoa com aquelas determinadas características, já é denominada como criminoso, infringindo diversos princípios fundamentais.

Observa-se que os resultados revelam o alto índice de crimes em certas regiões das cidades brasileiras, pode ser explicada por existir maior repressão e atenção policial a esses locais, e não pelo fato de que esses lugares residem pessoas propensas ao crime.

1.5 LABELLING APPROACH THEORY

Um dos movimentos mais importantes da criminologia, foi o *Labelling Approach Theory* ou Teoria do Etiquetamento, traz uma quebra de paradigmas fundamentais para o avanço do desenvolvimento criminológico.

Tradicionalmente, desde a concepção da criminologia, como uma ciência autônoma, o foco desta disciplina estava centrada em discussões sobre as causas do

crime, ou seja, sobre sua etiologia, fosse ela de viés individual, buscando a explicação causal para o crime na figura do indivíduo criminoso, ou de matriz socio estrutural, partindo do ambiente e das estruturas das quais tais indivíduos estariam localizados para compreender o crime enquanto fenômeno social.

Todas as pesquisas criminológicas se focavam, então, em responder um tipo muito específico de questões:

1. Porque essas pessoas cometem crimes?
2. Que tipos de pessoas são essas?
3. Como podemos impedi-los de cometer novos delitos?

Esses questionamentos aparentam ser bons, mas sua própria formulação ignora diversos problemas nos seus próprios pressupostos.

O conceito de crime era, até então, algo não-problemático. Essa noção de uma sociedade harmônica, com uma unidade de valores e pensamentos sofreu grandes abalos a partir da década de 60.

Os Estados Unidos da América, principal polo de desenvolvimento da sociologia no século XX, é um excelente exemplo para que se possa compreender as grandes rupturas ao *status quo* (estado atual das coisas) que ocorreram nessa época.

Em 1961, o então Presidente John Fitzgerald Kennedy foi assassinado durante uma visita ao Texas, deixando toda nação em estado em completo choque. Ainda no começo da década, os movimentos por direito civis tanto da população negra quanto das mulheres, começam a tomar uma força até então impensável, chamando a atenção da sociedade para as graves disparidades em razão de cor e de gênero.

Em 1964, o Civil Rights Act é aprovado pelo Congresso Americano, banindo toda forma de segregação em espaços públicos e proibindo toda forma e discriminação em razão de cor, credo ou gênero. Em meio à essas conquistas, momento de tensão e violência irromperam.

Ainda, em 1965, no dia 21 de fevereiro, Malcom X é assassinado. Três anos depois, Martin Luther King Jr. encontra o mesmo destino em Memphis, no Tennessee.

A luta sobre os valores da sociedade não se resumia nas disputas dentro do solo americano. A guerra do Vietnã, por exemplo, era motivo de protestos diários contra o governo americano. Em 1971, os jornais *New York Times* e *Washington post* publicaram os chamados *Pentagon Papers*, expondo inúmeras mentiras contadas ao público pelo governo americano sobre a situação da guerra. Dois meses depois, detentos do presídio de *Attica*, em *New York*, protestam sobre as condições subumanas de tratamento dos presos no que é considerada, até hoje, a maior rebelião do sistema prisional dos Estados Unidos da América.

Essa série de eventos serve como exemplo para que se possa compreender como a sociedade não é baseada no consenso, mas sim, pelo constante conflito entre seus diversos integrantes, uma virada interpretativa que possibilitaria um salto qualitativo nos estudos tanto da criminologia, quanto de outras disciplinas.

Como resultado dessa mudança paradigmática, a concepção do crime como ontológico e universal torna-se insustentável. O crime passa a ser visto não mais como possuidor de alguma “essência”, o crime na verdade, é simplesmente algo que um indivíduo definiu como crime.

Os manifestantes pelos direitos dos negro e das mulheres, ou contrários à Guerra do Vietnã, foram julgados e considerados culpados pela prática de crimes. Mas até que ponto seriam eles mesmo “criminosos”?

O conceito de crime passa, portanto, de objetivamente determinável, para subjetivamente problemático. De repente, aquelas perguntas que pautavam os trabalhos criminológicos começavam a perder sentido.

Com a ascensão de um movimento crítico aos pressupostos dos pesquisadores até então dominante na área da Criminologia – o crime e o criminoso - novas perguntas começavam a surgir, colocando em xeque os pensamentos até então acreditados:

1. O que é exatamente o “crime”?
2. Por que o descumprimento de uma regra em particular é considerado crime?

3. Quais são os processos envolvidos na identificação de um “criminoso”?
4. Quais seriam as consequências de tal aplicação, tanto para a sociedade, quanto para o indivíduo?

O trabalho de Edwin Lemert, professor de sociologia da *University of California*, em sua obra *Social Pathology* (1951), apresenta um conceito fundamental para diversos do *Labeling*: a distinção de Desvio Primário e Desvio Secundário. Desta forma, que o desvio primário acontece por razão social, cultural ou psicológica. Consequentemente, o desvio secundário é fruto da incriminação, e reação negativa da sociedade, referente ao indivíduo que acaba se introduzindo na carreira criminosa.

Sobre o desvio primário Baratta expressa:

[...]o desvio primário se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo, e não conduzem, por si mesmos, a uma “reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social”, os desvios sucessivos à reação social (compreendida a incriminação e a pena) são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação se produz no indivíduo objeto da mesma, o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação “torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio. (BARATTA, 2002, p. 90).

Baratta, também menciona, o desvio secundário, quando cita Lemert em sua obra:

[...] sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, põem-se em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. [...] Pode-se observar, as teorias do *labeling* baseadas sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, não deixaram de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma causa, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto de reação social. (BARATTA, 2002, p. 90-91).

A maioria dos inventores de *Labeling* argumentavam justamente isso: a maioria dos autores é definida erroneamente como criminosos – não no sentido de

que eles seriam inocentes, é claro – mas sim na medida em que o sistema e, portanto, a sociedade, não julga apenas suas ações como se fossem criminosas. O que ocorre é uma extensão desse julgamento para a própria pessoa.

Um dos maiores representantes do *Labeling* é o pesquisador americano Howard Becker, autor do famoso livro “*Outsiders*” (1963). A tese de Becker é de que o desvio seria criado artificialmente, isto é, grupos sociais criariam regra, que uma vez infringidas, criariam o desvio pela aplicação das sanções previstas nessas regras aos indivíduos que as violarem. Nesse sentido, o desvio seria uma consequência da aplicação daquelas regras. Logo, a diferença entre um “criminoso” e um “cidadão de bem” estaria apenas em um lugar: no rótulo que lhe é aplicado.

Em resumo, os teóricos do *Labelling* acreditavam que, ao definir uma pessoa que, porventura, tivesse praticado crimes como criminosa, uma profecia autorrealizável passava a existir, como o rótulo de bandido, as reações sociais hostis aumentariam e tornariam a conformidade a lei mais difícil, assim como a criminalidade mais atrativa.

Ao analisar o sistema penal brasileiro, verifica-se o reflexo da seletividade, uma vez que, a população encarcerada é representada, em sua maioria, por homens, jovens, negros, com baixa escolaridade, fazendo com que este rótulo adquirido historicamente, acarretasse uma série de fatores considerados negativos ao agente selecionado. Desta forma, relacionando a Teoria do *Labelling Approach* com a seletividade penal, se dá a partir do controle do estabelecimento de quem será escolhido para ser punido.

2. LEI DE DROGAS Nº 11.343/06

2.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL

No Brasil, desde os primórdios, as drogas se fizeram presentes, de modo que sempre se teve uma preocupação em relação a esse tema. Ademais, o processo histórico é extremamente importante para a compreensão dessa questão, de maneira que será apresentado todo esse período até o presente momento, para se obter uma compreensão positiva.

O Código Filipino, em 1603, em seu título 89, ordenava “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso.” Estas normas jurídicas de Portugal, tinham como apoio o Direito Romano, o Canônico e o Germânico. Desta forma, tendo como fundamento as Ordenações Filipinas, formou-se o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830. Todavia, este código não cuidou do tema sobre entorpecentes, mas o regulamento de 1851, tratou da polícia sanitária e da venda de substância medicinais e de medicamentos.

Posteriormente, o General Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgou o Decreto Nº 847, de 11 de outubro de 1890, o Código Penal, que em seu art. 159, trazia consigo a criminalização de substâncias venenosas e submetia o infrator à pena de multa, como ora transcrito:

Art. 159 - Expôr à venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas no regulamento sanitários:
Pena de multa de 200\$ a 500\$000

É válido salientar que até o século XIX, o Brasil não possuía nenhuma regulamentação política sobre as drogas. Desta forma, a legislação tratava somente acerca de substâncias venenosas. No entanto, no ano de 1911, o Brasil pactuou em Haia (Sede da Justiça Internacional) a missão de controlar e fiscalizar o consumo de cocaína e ópio. Nesta ocasião, houve a tentativa de reprimir a prática de consumo, porém, se tornou inviável, visto que as substâncias já haviam sido incorporadas à sociedade. Diante desta situação, o governo iniciou uma política de combate às drogas no Estado Brasileiro, dado que o consumo cresceu entre as diversas raças, etnias e classes sociais desfavorecidas.

Em 1921, o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, resolveu aprovar o Decreto nº 14.969, de 3 de setembro, referente ao Decreto nº 4.294 de 6 de

julho de 1921, para a entrada das substâncias tóxicas no país, impondo penalidades aos contraventores e sanatório para toxicômanos — hábito patológico de ingerir substâncias tóxicas ou entorpecentes. Em seu art. 9º, era determinada a internação compulsória de usuários de substâncias entorpecentes, pois haviam criado um estabelecimento especial para o atendimento do indivíduo que se encontrava nessas situações.

Havia uma distinção, de modo que o sanatório (estabelecimento especial) se dividia em duas secções: uma de internados judiciários — ala para internados condenados, impronunciados e absolvidos, e a outra secção, para internados voluntários que comprovassem a necessidade de tratamento com urgência. Com fundamentação no dispositivo transcrito posteriormente:

Art. 9º Fica creado no Districto Federal, sob a denominação de – Sanatorio para toxicomanos – um estabelecimento para ministrar tratamento medico e correccional, pelo trabalho, aos intoxicados pelo alcool ou substancias inebriantes ou entorpecentes.

§ 1º O Sanatorio se divide em duas secções: uma de internandos judiarios e outra de internandos voluntarios.

§ 2º Da secção judiciaria farão parte:

a) os condemnados por embriaguez habitual, na conformidade do art. 3º do decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921;

b) os impronunciados ou absolvidos em virtude da dirimente do art. 27, § 4º, do Código Penal, com fundamento em molestia mental, resultante do abuso de bebida ou substancia inebriante ou entorpecente das mencionadas no art. 1º do citado decreto n. 4.294 e no art. 1º deste Regulamento.

§ 3º Da outra secção farão parte:

a) os intoxicados pelo alcool, ou por substancia venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no paragrapho anterior, que se apresentarem em juizo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado: b) os que, a requerimento de pessoa da familia, ou do curador de orphãos, forem considerados as mesmas condições (letra a), sendo evidente a urgencia da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral.

Em 1938, o Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro, em seu art. 33, previa pena de prisão pelo comércio ilegal de entorpecente, variando de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e se o infrator exercesse profissão de farmacêutico, médico, cirurgião dentista ou veterinário, poderia ser suspensa sua habilitação.

Vale salientar que a redação do art. 35, do Decreto-Lei nº 891 previa que quem “tivesse consigo qualquer substância”, teria pena de prisão, dessa forma, o usuário que fosse flagrado na posse de drogas, seria restringido de sua liberdade.

Dois anos depois, em 1940, entrou em vigência um novo Código Penal Brasileiro, o qual fixava um dispositivo para tratar sobre importação ou exportação, produção, comercialização de substância entorpecente sem autorização ou desacordo com determinação legal ou regulamentar. Supracitado posteriormente:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo, com determinação legal ou regulamentar.
Pena – reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Em 1964, o dispositivo 281 foi alterado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro, que acrescentou ao tipo penal a ação de “plantar”, com o intuito de abarcar a esfera punitiva e exercitar maior efetividade do regulamento. Porém, em 1968, por meio do Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro, o art. 281, do Código Penal, foi modificado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas, isso porque o país se encontrava em um período ditatorial. Por muito tempo, no Brasil, não existia distinção entre usuário e traficante. Assim, o Supremo Tribunal Federal, entendia que a norma penal não criminalizava o consumo de drogas, e que somente o tráfico era compreendido como crime. Desta maneira, a alteração no dispositivo do Código Penal, cessou o entendimento jurisprudencial de que o uso de drogas não era compreendido como crime.

No ano de 1971, com a promulgação da Lei nº 5.726, de 29 de outubro, mais conhecida como Lei Antitóxicos, o Brasil aceitou a orientação internacional a respeito as legislações antidrogas, e passou a diferenciar usuário-dependente e traficante.

Em 1976, foi revogada a Lei nº 5.726/71, para entrar em vigor, no dia 21 e outubro, a Lei 6.368, em que restou clara as sanções para o tráfico de drogas e as sanções para usuário. Ou seja, uma graduação das penas cuja consequência seria o

modelo político criminal configurador de estereótipo do narcotraficante, estabelecendo a distinção habitual entre consumidor (usuário e/ou dependente) e traficante-delinquente, dessa forma, aplicou-se uma política de que o traficante é um perigo para a sociedade, justificando as constantes exarcebações de pena.

Desde o início da década de 90, vinha sendo discutido no Congresso Nacional a necessidade de uma reestruturação integral no texto legal da Lei de Drogas de 1976. Portanto, 30 anos depois, ocorreu a elaboração da Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006, atual legislação antidrogas, que conservou e adotou o sistema proibicionista que a Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976 inaugurou, porém, foram criados dois estatutos autônomos, com respostas punitivas de natureza distinta, sendo uma de alta repressão ao traficante de drogas, com um sistema punitivo severo, e para o usuário, aplicação de penas restritivas de direitos.

Atualmente, as questões relacionadas às drogas no Brasil exibem um cenário caracterizado por debates e polêmicas, em volta deste tema uma vez que a atual legislação não sanou de forma concreta para uma diferenciação clara e eficaz de usuário e traficante.

2.2 LEI Nº 11.343/06 E OS CRITÉRIOS QUE DISTINGUEM USUÁRIO E TRAFICANTE

Com a crescente taxa de consumo de entorpecentes na sociedade, houve a necessidade de estabelecer regras de conduta para possibilitar um harmônico e respeitoso convívio social, de modo que o aumento teria consequências negativas, por exemplo, a violência e a criminalidade. Deste modo, a restrição por métodos, meios de prevenção ao uso dessas substâncias e a penalização mediante a restrição da liberdade do indivíduo, em tese, ensejaria pontos positivos para um resultado satisfatório.

A criação da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, trouxe como destaque na primeira parte do seu texto normativo, os direitos e garantias do usuário ou

dependente de drogas, como também métodos e meios de prevenção na utilização das substâncias entorpecentes. Em seguida, na composição da segunda parte do texto, o legislador se atentou em tipificar as condutas dos indivíduos e puni-las.

Fazendo uma breve análise comparativa no que se refere à conduta do usuário ou portador de substância entorpecentes para uso próprio, na Lei nº 6.368/76 e na atual Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06, percebe-se que há uma grande mudança quanto à forma de punição. Verifica-se pelo o art. 16, da Lei nº 6.368/76 a tipificação:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A Lei nº 11.343/06 qualifica o portador de drogas ou usuário em seu art. 28, o qual dispõe, com a seguinte redação:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.
§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
I - admoestação verbal;
II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Observa-se que há uma inovação quanto à expressão para representar o elemento subjetivo do tipo em relação ao art. 16, da Lei de 1976. A maior determinante que enquadra a conduta do indivíduo passou a ser caracterizada pela expressão “consumo pessoal”, retirando o termo anterior “uso próprio”, tornando-se evidente limitação do indivíduo em condutas nos crimes com menor gravidade.

Houve também, a adoção da palavra “droga” em seus dispositivos, tentando sanar duas problemáticas que rodeavam as discussões sobre substância psicoativas: o acerto com os textos internacionais e as dúvidas relativas à definição limitada de entorpecentes. Desta forma, o Brasil aderiu a expressão “droga”, para aliar-se à tendência dos textos internacionais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), e da “Convenção Única sobre Entorpecentes” da Organização das Nações Unidas (ONU).

Todavia, a mudança de maior impacto na redação normativa foi a extinção da pena privativa de liberdade a qual, no texto de 1976, estava direcionada ao usuário e portador de drogas. Dessa forma, foram criadas medidas educativas, prestação de serviço à comunidade e advertência, o que em tese acabou distinguindo de maneira significativa as figuras de traficante e usuário de drogas.

Deste modo, a Lei nº 11.343/06 que na época foi considerada inovadora, pois se preocupava com uma política de drogas, com uma abordagem da figura do usuário, questões de prevenção, mas que desde o início trouxe uma grande discussão, ou seja, os critérios que distinguem o usuário do traficante, visto que essa distinção é inteiramente subjetiva, o que acarreta à criação de estereótipos sobre a figura do usuário, que por muitas vezes, acaba sendo identificado como traficante.

Esses critérios para a distinção de usuário e traficante estão elencados no art. 28, § 2º, que são questões subjetivas e difíceis para o próprio magistrado tomar a decisão.

Em nível de Direito, possuímos dois sistemas, um que não é usado no Brasil, denominado de “Quantificação Legal” que traz na própria redação da lei a quantidade de drogas que enquadra o agente como usuário, sendo a quantidade superior ao estabelecido, o agente é considerado traficante, conforme a redação do art. 33, da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

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.

O sistema adotado no Brasil é o intitulado “Quantificação Judicial”, o qual considera uma série de fatores trazidos no art. 28, § 2º, que são fatores totalmente subjetivos. Ou seja, são considerados oito fatores, que o juiz apreciará para depois de sua análise, a partir do caso concreto, enquadrar o agente como usuário ou traficante.

Esses fatores são:

- Natureza e quantidade da substância apreendida;
- O local e as condições da ação;
- As circunstâncias sociais e pessoais;
- Conduta e antecedentes do agente.

Fazendo-se uma análise detalhada, permite apontar como principal mecanismo corretivo da desproporcionalidade do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, a especificação da conduta naquelas figuras que igualmente aparecem incriminadas no art. 28, ou seja, as condutas: *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas*.

Desta forma, do que se depreende da dogmática penal, a única forma de diferenciação entre as condutas seria a constatação do objetivo para consumo pessoal. Não fica provada a finalidade de agir, fazendo com que seja direcionada ao enquadramento da conduta do art. 33, em decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo.

De acordo com Elcio Cardozo Miguel, em sua obra “A lei não é para todos: a seletividade penal da Lei de Drogas na Grande Vitória/ES”, onde faz uma ampla análise sobre a questão das drogas no país e, mais precisamente, na região metropolitana de Vitória/ES, foram feitas entrevistas com os magistrados da área penal, e constatou-se que dentre os fatores de enquadramento do agente como usuário ou traficante, o critério que possui maior preponderância para os magistrados é a eleição do local de apreensão, nomeado o que seria “local de intenso tráfico”, dessa forma, fomentando a seletividade penal, visto que as drogas estão presentes em todos os meios sociais e, conseqüentemente, em todos os locais, independente da classe social.

É possível perceber que os locais elegidos como de “intenso tráfico”, não há necessariamente a existência de mais pessoas traficando drogas, mas sim, a escolha que o Estado possui em exercer seu poder de encarceramento, fazendo com que haja um determinismo econômico e geográfico da seletividade penal.

Ora, a partir de toda uma análise do conjunto probatório dos fatos e considerando esses elementos citados acima, o magistrado, teoricamente, chegará a uma sentença? Os critérios subjetivos, do art. 28, deixa margem para a discricionariedade, a partir da abordagem policial até os magistrados, tornando as singularidades pessoais do agente justificativa para tratamento desigual.

2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06

O debate em torno da constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal, constantemente teve destaque nos Tribunais e no meio acadêmico. Percebe-se na redação normativa do art. 28, da lei de 2006, a despenalização do delito de porte de drogas para consumo pessoal, pretendendo a abolição da pena privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de drogas. Porém, o que hoje se discute é a sustentação do programa punitivo que ocorre em dois pontos de extrema relevância, que é:

1. ser o delito previsto no art. 28, da Lei nº 11.343 de *perigo abstrato* - não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto;
2. ser a saúde pública o bem jurídico tutelado.

De acordo com o Princípio da Ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo inconstitucionais os crimes de perigo abstrato.

O discurso criminalizador, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico tutelado, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista. Apesar deste discurso estar fora da realidade, é demasiadamente funcional e habitualmente reproduzido explicitamente no mundo jurídico.

Salo de Carvalho, faz uma importante citação argumentativa de Maria Lúcia Karam, no sentido de que:

...é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...) Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisa conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal (CARVALHO, 2017 apud, p. 340).

Refletir sobre o uso de drogas desde o ponto de vista dos envolvidos com a situação/problema, observa-se que a conduta deve ser vista como autônoma e o dano como uma autolesão. Desta forma, o Princípio da Ofensividade gera a indagação quanto a constitucionalidade do art. 28, da Lei nº 11.343/06, e seus elementos incriminadores.

3.1 GUERRA ÀS DROGAS

O termo “War on Drugs” - “Guerra às Drogas”, surgiu nos anos 70, liderado pelo então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, que fez um discurso público, elegendo o mais novo inimigo do país, as drogas, e que elas tinham que ser eliminadas. E então o proibicionismo às drogas começou a se atrelar ao sistema penal, ganhando uma reação punitiva mais vigorosa.

A história da Guerra às Drogas ganhou mais intensidade no poder de Ronald Reagan, que foi o 40º presidente dos Estados Unidos, em 1981, instalando a promessa de instaurar uma política de tolerância zero, frisando que as drogas são ruins e que seriam reprimidas sem paciência, com a finalidade de eliminá-las de uma vez por todas.

O discurso do modelo proibicionista foi internacionalizado a partir de duas importantes convenções da ONU: 1) Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (Viena-1971) e 2) Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substância Psicotrópicas (Viena-1988). Nessas convenções, foi delineada estratégia repressiva como ferramenta de combate ao aumento da busca no mercado de drogas. Esse modelo de defesa social, pregava que o poder punitivo é o único instrumento de combate aos entorpecentes devido ao caos instaurado pelo consumo incontrollável de certas drogas.

De acordo com o modelo internacional de combate às drogas, dirigido pelos Estados Unidos, que foi marcada pelo “conservadorismo da moralidade e dos bons costumes”, o Brasil desenvolve ações de confronto e para reprimir o tráfico. A nova lei antidrogas é o reflexo de todo percurso histórico, aqui contado.

A reprodução do discurso para legitimar a guerra às drogas é o vício que elas produzem aos seus consumidores, tendo como exemplo as condutas violentas. Assim, a grande parcela da população brasileira crê fielmente que a criminalização

será um empecilho para o acesso as drogas, e desta forma, diminuirá a violência, proporcionando uma proteção social e ao bem jurídico tutelado, a saúde pública.

Nesta conjuntura, Alice Bianchini, citando as palavras de Maria Luci Karam, expressa que:

[...] os escolhidos para receber toda carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. (...) essa desigualdade, tão facilmente constatável, é no entanto, encoberta por uma propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue “vender” a ideia da solução penal como uma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas. (BIANCHINI, 2000 apud, p.62)

Resta claro que a proibição só eleva a desigualdade social e a repressão. Os negros e pobres que vivem em regiões periféricas - devido ao contexto histórico do Brasil na época escravocrata - são os principais alvos dessa falácia que é a “Guerra às Drogas”, pois se tornou uma imensa desculpa para ações policiais que matam diariamente dentro das comunidades, tendo como base o discurso de que a repressão dificulta o acesso as drogas e, conseqüentemente, a quantidade usuários e traficantes diminuirá. Desta forma, que as políticas de segurança e justiça no Brasil sempre esteve associado a escolha da raça e classe social.

3.2 PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NACIONAL

De acordo com Zaffaroni (2009 p.43), criminalização secundária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

Deste modo, temos como característica da criminalização secundária, na lei de drogas, a violação ao princípio geral do Direito, o “Princípio da Isonomia”, segundo o qual todos somos iguais perante a lei. Isso ocorre devido à autoridade pública aplicar

a lei de forma arbitrária. Desta forma, a seletividade penal se torna ainda mais visível, uma vez que a ambiguidade na diferenciação entre usuários e traficantes, que deveria ser clara e objetiva, se tornou reflexo nos presídios brasileiros.

Corroborando com o entendimento demonstrado a seguir, dados concretos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), por meio do Levantamento de Informações Penitenciárias, criou o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário (SISDEPEN), que é uma plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e população carcerária, substituindo o Infopen Estatísticas. Foram divulgadas informações consolidadas referentes à ocupação de acordo com o perfil da população prisional (faixa etária e raça/cor), escolaridade, natureza da prisão e tipo de regime, de todo o ano de 2019.

A pesquisa demonstrou que a população prisional brasileira alcançou o número de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. O número triplicou desde 2000.

Dados dessa pesquisa demonstra a análise do perfil da população prisional, dividindo-se em faixa etária, raça/cor. Segundo o SISDEPEN, a informação sobre a faixa etária estava disponível para 748.009 da população prisional total, e por meio dessa análise, afirmam que 44,79% das ocupações prisionais são formadas por jovens até 29 anos, e, em sua maioria, as penitenciárias são compostas por homens sendo 96,31% e 3,69% por mulheres.

A informação sobre a raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade, foi efetuada com 657.844 pessoas da população carcerária, em virtude da disponibilidade. A partir da análise, percebe-se que 16,81% da população prisional é composta por pessoas que se declaram negras e 49,88% de pessoas pardas, de acordo com a classificação do IBGE.

Na presente pesquisa, foi realizado um levantamento acerca da escolaridade para 16,53% da população privada de liberdade no Brasil. Entre essa amostra,

observou-se que há um baixo grau de escolaridade. Conforme a sondagem, 44,62% da população prisional ainda não possuía acesso ao ensino médio.

Entre as unidades prisionais que participaram do levantamento do segundo semestre de 2019, sobre a distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados, por tipo penal, constatou-se que de modo geral os crimes de tráfico correspondem a 43,27% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

O encarceramento feminino é menor em relação ao sexo masculino, porém o percentual de mulheres presas em razão do crime de tráfico de drogas é preocupante, sendo ela 50,94% da população dentro das unidades prisionais femininas.

Observa-se, na pesquisa realizada, a alta incidência do encarceramento de determinado grupo, concernente, constata-se a alta porcentagem da população no sistema penal brasileiro, pelo crime de tráfico de drogas e afins. Porém, não deixando de desconsiderar o processo da criminalização primária, que é a formalização da lei em sentido estrito, fica demonstrado que a finalidade da parte secundária por parte do agente públicos tem uma pretensão discriminatória racial e social.

Salo de Carvalho faz uma importante observação a respeito da falta de flagrantes da elite com entorpecentes, baseando-se em entrevistas realizadas para contribuição da sua obra:

É gritante e significativa a ausência de flagrantes das práticas tóxicas das elites. Provavelmente porque tais práticas são protegidas das inseguranças urbanas, ocorrem nos interiores dos condomínios da exclusão, nos carros blindados com vidros negros ou nos seletos clubes. A imunidade é também simbólica, pois percebemos nos depoimentos que dificilmente os policiais desconfiariam de um advogado engravatado que desfila pela cidade na caminhonete do ano, consumindo maconha despreocupadamente enquanto fecha importantíssimos negócios pelo celular (situação real descrita em uma das entrevistas). (2016, p.421).

Verifica-se a distinção na aplicação do sistema penal, tratando uma parcela da sociedade de forma desigual, ocorrendo então, a seleção destes a criminalização. Motivo pelo qual é desencadeado pela redação da legislação antidrogas, visto que, seu art. 28, § 2º, possui fatores subjetivos para a distinção de usuário de traficante,

fazendo que sua aplicação seja executada por meio de estereótipos que historicamente foram adquiridos e até os dias atuais permanecem na sociedade.

Salo de Carvalho comenta em sua obra, *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, acerca da seletividade em relação ao consumo de drogas:

A seletividade é estrutural e, portanto, presente em qualquer âmbito de atuação do poder punitivo. O delito de porte de drogas para consumo provavelmente é um dos que apresentam maiores cifras ocultas e a sua repressão só ocorre de maneira seletiva, pois do contrário, a sociedade e, sobretudo, aqueles que têm o controle sobre as definições, não concordariam com a manutenção de tal prática como delito. Em outras palavras, caso houvesse repressão constante às festas dos filhos e dos pais da classe média, talvez o objetivo antiproibicionista já estivesse sido alcançado. (2016, p. 418).

3.3 UM ESTADO MODELO

O debate sobre a descriminalização do consumo, posse e aquisição para uso pessoal de entorpecentes é corriqueiro no Brasil, porém, outros países foram mais a fundo implementado sobre o assunto. Portugal, por exemplo, se tornou referência mundial por apresentar resultados significativamente positivos em vários segmentos sociais e econômicos por meio da Lei nº 30/2000 que entrou em vigor em 1º de julho de 2001.

O discurso sobre as consequências que a descriminalização das drogas resultaria no país seria um incentivo para o consumo, assim, provocaria um aumento significativo no uso de drogas. Primeiramente, ao contrário, não houve crescimento na procura de entorpecentes e sim um aumento de estruturas para tratamento dos toxicodependentes. Deste modo, facilitou a busca de tratamento por parte dos dependentes de drogas.

Segundamente, os índices referentes a infecção pelo HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) entre os usuários, foi reduzida consideravelmente, visto que, historicamente passou de 104,2 novos casos por cada milhão de portugueses em 2000, passando para 4,2 casos por milhão no ano de 2015.

Outra consequência, menciona-se o estudo realizado em 2017, por meio do Instituto da Droga e da Toxicodependência, no conjunto de 14 países europeus com

estudos na população geral realizados desde 2015, Portugal surge abaixo dos valores médios relativos às prevalências de consumo recente de *cannabis*, 8% , de cocaína, 0,3%, e de *ecstasy*, 0,2%, as três substâncias ilícitas com maiores prevalências de consumo recente em Portugal, e o seu posicionamento no *ranking* destes países é mais favorável ao nível da população jovem e jovem adulta (15-34 anos).

Em relação à mortalidade, em 2016, registraram-se 30 casos de mortes relacionada com o consumo de drogas, representando um decréscimo de -44% referente ao ano e 2015.

Diferentemente do Brasil, Portugal tornou imprescindível o mecanismo legal de quantificação da droga localizada com o agente, uma vez que isso se tornou m fator determinante na distinção entre usuário e traficante. Deste modo, a quantidade permitida para que se enquadre em infração administrativa, corresponde ao necessário para o consumo médio individual ao longo de dez dias, de cocaína (0,2 gramas), de *cannabis* (2,5 gramas) e heroína (0,1 gramas).

Observa-se que com a pesquisa realizada, a finalidade a ser alcançada pelas instituições do modelo descriminalizador, em relação ao ponto de vista do consumo das drogas, a intensificação do acesso dos toxicodependentes aos sistemas de saúde e tratamento estão sendo conquistados e reconhecidos mundialmente como uma exemplo a ser seguido, até mesmo por Glenn Greenwald, escritor, advogado especialista em direito constitucional dos Estados Unidos.

CONCLUSÃO

À luz do que foi discutido no decorrer do trabalho, observa-se que a problemática aqui apresentada se trata da falta de critérios objetivos eficazes referente à diferenciação de usuário e traficante na atual Lei de Drogas, que acarreta em seletividade penal.

A seletividade penal é considerada fruto de uma conduta discriminatória histórica, onde pessoas negras foram escravizadas e depois “libertadas” sem nenhuma oportunidade de subsistência de vida, marginalizando-os. A seletividade penal é correlato da Teoria do Etiquetamento, em que as pessoas são rotuladas pela sua característica física e social, deste modo, refletindo no sistema penal brasileiro.

Em análise na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) houve uma mudança quanto à penalização do delito, onde o que era pena privativa de liberdade passou a ser restritiva de direito, resultando na despenalização da conduta e não em uma descriminalização.

O reflexo dessa mudança gerou debates acerca da falta de critérios objetivos na distinção entre usuário e traficante, pois são encontrados alguns tipos penais tanto no art. 28 quanto no art. 33 da lei, são eles: *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas*. Deste modo, os núcleos da norma incriminadora de usuário de drogas se mostram genéricos, acarretando então, em fácil enquadramento ao crime de tráfico, o que acaba ocorrendo rotineiramente em nosso país.

Verifica-se, por meio do sistema penitenciário, que a população carcerária no Brasil possui um perfil definido, onde sua grande maioria racialmente, é formada por jovens negros e pardos, muitos possuindo baixo nível de escolaridade e uma grande parcela presos por modalidades de tráficos de drogas. Conclui-se que a reprodução do discurso “guerra às drogas” se mostra ineficaz, uma vez que o índice de criminalidade e de insegurança pública cresce cada vez mais.

Faz-se necessário um novo processo legislativo, de modo que reformule a questão da diferenciação entre usuário e traficante, criando critérios objetivos para não acarretar a seletividade penal. Para que isso aconteça, tem-se a opção da descriminalização do uso drogas para o consumo pessoal, pois, havendo uma quantificação legal máxima de droga encontrada com o agente, como ocorre em Portugal, facilita drasticamente a distinção da figura do usuário e do traficante.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Visco Costa. Evolução da Legislação Antidrogas no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, **2018**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52279/evolucao-da-legislacao-antidrogas-no-brasil>> Acesso em: 23 ago. 2020.

ARAUJO, Fernanda Carolina. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, ed. 3. 2008. p. 134–155, jul./ago. 2008.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CRUZ, Eugeniusz. O eco escravista: Processo histórico de formação da seletividade penal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 464-484, set./dez. 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 847 de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 14.969 de 3 de setembro de 1921**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D14969.htm#:~:text=DECRETO%20No%2014.969%2C%20DE%203%20DE%20SETEMBRO%20DE%201921.&text=Approva%20o%20regulamento%20para%20a,contraventores%20e%20sanatorio%20para%20toxicomanos>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Departamento Penitenciário**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 20 set. 2020.

FERRUGEM, Daniela. **Guerra às Drogas e a Manutenção da Hierarquia Racial**. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2019.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 8, n. 30, p.62, abr./jun. 2000.

MIGUEL, Elcio Cardozo. **A Lei não é para todos: a seletividade penal da lei de drogas na grande vitória/ES**. Vitória: Milfontes, 2019.

PORTUGUAL. (Instituto da Droga e da Toxicodependência). **Relatório anual 2017 – A situação do país em matéria de drogas e toxicodependência**. Disponível em: <http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/145/Relat%C3%B3rioAnual%202017%20ASitua%C3%A7%C3%A3oDoPa%C3%ADsEmMat%C3%A9riaDeDrogasEToxicodepend%C3%AÂncias.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenia Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: RT, 2009.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO
INSTITUCIONAL
Av. Universitária, 10591 Setor Universitário
Caixa Postal 86 | CEP 74605-010
Goiânia | Goiás | Brasil
Fone: (62) 3946.3081 ou 3089 | Fax: (62) 3946.3080
www.pucgoias.edu.br | prodir@pucgoias.edu.br

RESOLUÇÃO n° 038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante Débora Mayone Alvim Moura
do Curso de Direito, matrícula 2016.2.00010.3441,
telefone: (62) 99568-7560 e-mail deborchmayone@hotmail.com, na
qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos
do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado
A Atividade Prol e a Lei de Drogas

gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões
do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado
(Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG,
MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a
título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 23 de novembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es): Débora Mayone Alvim Moura

Nome completo do autor: Débora Mayone Alvim Moura

Assinatura do professor-orientador: Gláucia

Nome completo do professor-orientador: Gláucia Leite Rosendo Botelho