

DOI: <https://doi.org/10.30749/2594-8261.v7n1p30-48>

O IMPACTO DA SELETIVIDADE PENAL NA LEI DE DROGAS

THE IMPACT OF CRIMINAL SELECTIVITY ON DRUG LAW

Luisa Seares de Lima¹
Andréa Flores²
Heitor Romero Marques³

Resumo: O objetivo desta análise é o de abordar o motivo pelo qual a lei de drogas e suas mudanças recentes tiveram como principal resultado a lotação exacerbada de pessoas de baixa renda nos presídios brasileiros, levando em conta todas as falhas na norma relativa às drogas e identificando a consequência jurídica da subjetividade penal acerca deste tema. É preciso entender que a seletividade não surge no momento em que o sujeito é detido, mas sim a partir do momento em que ele nasce, dependendo de suas condições sociais, como se estivesse condenado somente pelo fato de morar em um território visto como perigoso ou simplesmente pela cor de sua pele. Com a nova lei de drogas, ser considerado traficante ou um simples usuário, tem a ver primeiramente com a origem social do indivíduo: se o mesmo tiver condições financeiras, tiver uma profissão renomada e morar em algum bairro central das capitais, dificilmente será considerado um traficante. Com a formação dos estereótipos, se constrói a figura do traficante, o que importará em sua qualificação como usuário ou traficante em momento posterior. Portanto, essa discussão é, de fato, muito importante, pois existem várias questões implícitas quando o assunto é o tráfico de drogas, visto que o legislador não se preocupou em detalhar a quantidade específica de drogas para ser aplicado o Artigo 28 (usuário) ou o Artigo 33 (traficante), não há um aparato na lei que apresente critérios objetivos para diferenciar a figura do traficante ao do usuário, fazendo com que essa arbitrariedade na Lei nº11.343/2006 tenha impactos irreversíveis na sociedade brasileira.

Palavras-Chave: Lei de drogas. Tráfico de drogas. Usuário. Legislação brasileira. Seletividade na norma penal.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Contato: searesluisa3@gmail.com

² Advogada e Docente do curso de Direito Penal da Universidade Católica Dom Bosco, Mestre e Doutora em Direito - Área de concentração em Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Processo penal, Penas, Crimes e Prova. Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/454654/andrea-flores> Contato: andreaflores.adv@gmail.com Site: www.ucdb.br/docentes

³ Doutorado em Desarrollo local y planificación territorial, Mestre em educação – formação de professores, Especialista em Filosofia e História da Educação, Bacharel em Pedagogia, Licenciado em Ciências Naturais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6681173217974714> ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0093-1617> Site: www.ucdb.br/docentes E-mail heiroma@ucdb.br

Abstract: The objective of this analysis was to address the reason why the drug law and its recent changes had as its main result the exacerbated overcrowding of low-income people in Brazilian prisons, taking into account all the flaws in the norm related to drugs and identifying the legal consequence of criminal subjectivity on this topic. It is necessary to understand that selectivity does not arise from the moment the subject is detained, but from the moment he is born, depending on his social conditions, as if he were condemned only for living in a territory seen as dangerous or simply by the color of your skin. With the new drug law, being considered a dealer or a simple user has to do primarily with the individual's social origin: if he has financial conditions, has a renowned profession and lives in some central neighborhood of the capitals, he will hardly be considered a drug dealer. With the formation of stereotypes, the figure of the drug dealer is built, which will matter in his qualification as a user or dealer at a later time. Therefore, this discussion is, in fact, very important, as there are several implicit issues when it comes to drug trafficking, as the legislator did not bother to detail the specific amount of drugs to be applied to art 28 (user) or art 33 (trafficker), there is no apparatus in the law that presents objective criteria to differentiate the figure of the trafficker from that of the user, causing this arbitrariness in Law nº 11.343/2006 to have irreversible impacts on Brazilian society.

Keywords: Drug Law. Drug trafficking. User. Brazilian legislation. Selectivity in the penal rule.

Recebido em: 05/10/2022
Aceito para publicação em: 12/12/2022

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta análise é o de abordar o motivo pelo qual a lei de drogas e suas mudanças recentes tiveram como principal resultado a lotação exacerbada de pessoas de baixa renda nos presídios brasileiros, levando em conta todas as falhas na norma relativa às drogas e identificando a consequência jurídica da subjetividade penal acerca deste tema.

É preciso entender que a seletividade não surge no momento em que o sujeito é detido, mas sim a partir do momento em que ele nasce, dependendo de suas condições sociais, como se estivesse condenado somente pelo fato de morar em um território visto como perigoso ou simplesmente pela cor de sua pele.

Com a nova lei de drogas, ser considerado traficante ou um simples usuário, tem a ver primeiramente com a origem social do indivíduo: se o mesmo tiver condições financeiras, tiver uma profissão renomada e morar em algum bairro central das capitais, dificilmente será considerado um traficante. Com a formação dos estereótipos, se constrói a figura do traficante, o que importará em sua qualificação como usuário ou traficante em momento posterior.

Portanto, essa discussão é, de fato, muito importante, pois existem várias questões implícitas quando o assunto é o tráfico de drogas, visto que o legislador não se preocupou em detalhar a quantidade específica de drogas para ser aplicado o artigo 28 (usuário de drogas) ou o artigo 33 (traficante), não há um aparato na lei que apresente critérios objetivos para diferenciar a figura do traficante ao do usuário, fazendo com que essa arbitrariedade na Lei nº 11.343/2006 tenha impactos irreversíveis na sociedade brasileira.

2 OBJETIVO DO DIREITO PENAL

De acordo com a doutrina majoritária, a finalidade do Direito Penal é proteger os bens jurídicos essenciais à sociedade que não podem ser tutelados por outros ramos do direito [*ultima ratio*]. Sendo um direito igual para todos, deve proteger os cidadãos de maneira igualitária, bem como tem de ser aplicado, de maneira igual, a todos que violarem suas normas, ou seja, todo sujeito que praticar um crime

receberá o mesmo tratamento penal, será submetido a um processo penal e, ao final, se condenado, sofrerá os rigores da pena imposta.

A função básica do Direito Penal é a defesa social. Ela se realiza através da chamada tutela jurídica: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e por sua execução (FRAGOSO, 2004)

Analisando o entendimento influente na doutrina brasileira de que a função do direito penal é a “defesa de bens jurídicos essenciais”, entende-se os motivos pelos quais as sanções do direito penal são aplicadas, em grande parte, a um determinado grupo social e não a todos aqueles que cometem uma infração penal.

Ao fazer referência à função social do sistema penal, Zaffaroni e Pierangeli (2014. p. 77) afirmam que o sistema penal tem a função de criminalizar, seletivamente, os marginalizados, e também:

[...] quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação).

Na Constituição Federal de 1988, há o Art 5º *caput*⁴, onde é expressamente dito sobre o princípio da igualdade entre todos os cidadãos, porém, sabemos que na prática, esse preceito trata-se apenas de um mito. O Direito Penal não defende a todos, bem como não é utilizado apenas contra ofensas a bens essenciais, ao contrário, pune de maneira distinta e de modo fragmentário. Utilizando as palavras

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

de Baratta (2002, p.168): “o status de criminoso é distribuído de modo incompatível entre os indivíduos” e conclui “que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”.

3 A SELETIVIDADE PENAL

No sistema jurídico e nas prisões brasileiras, é notório que as pessoas não são tratadas igualmente pelas suas infrações cometidas, mas sim desigualmente atendendo a sua condição social. É perceptível que há uma discrepância na forma que cada indivíduo é tratado.

A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais, em detrimento de outros tipos penais e grupos sociais envolvidos em delitos penais e grupos sociais envolvidos em delitos (BRASIL, 2017b, p. 53)

Tal constatação tem fundamento nos dados a seguir: Em dezembro de 2019, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), revelou que 49,88% e 16,81% dos encarcerados no país são declarados pardos e pretos, respectivamente. Somado a isso, conforme o mesmo levantamento, a maioria dos indivíduos em regime privativo de liberdade são aqueles que praticaram crimes patrimoniais convencionais como, por exemplo, os crimes de furto, de roubo e de tráfico de drogas (que é a questão abordada no presente artigo).

Ante o que fora apresentado, nota-se a seletividade do sistema, que não pune a todos igualmente, mas preferencialmente aos crimes praticados pelos mais vulneráveis, de baixa classe social.

A privação de liberdade é normalmente destinada àqueles que praticam crimes patrimoniais, pois, além de ser cometidos pelos estratos sociais mais vulneráveis, são delitos que atentam contra o patrimônio particular, tão defendido e prezado pela sociedade capitalista e consumista em que vivemos. Desta forma,

percebe-se que existe um perfil preferencial do público submetido ao cárcere no Brasil (SILVA, 2019 p.54)

Cronologicamente, podemos analisar o seguinte acontecimento rotineiro: o suposto criminoso é levado pelos policiais e chega até a delegacia, a partir desse momento, existem dois possíveis cenários: o indivíduo pode ser tipificado pelo crime de tráfico de drogas, ou será liberado por ser considerado um mero usuário.

Tanto o Art 28 (usuário), quanto o 33 (tráfico de drogas) são considerados crimes, no entanto, as consequências para cada um são grandiosas. Caso seja considerado usuário, o mesmo assina um termo circunstanciado, sendo liberado de imediato. Em contrapartida, se for considerado traficante, será preso em flagrante, podendo se tornar réu de um processo, e até mesmo ser privado de sua liberdade.

Zaffaroni (2001), ao tratar da deslegitimação do Sistema Penal, traz à tona a crise ocasionada por essa seletividade, no conceito de culpabilidade normativa: “A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: ‘Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?, são perguntas que a reprovação normativa não pode responder” (ZAFFARONI, 2001, p. 259)

Ao flexibilizar os critérios de definição de que quantidade da substância poderia ser para consumo próprio e o que caracterizaria tráfico, o Sisnad coloca a cargo da polícia ostensiva a decisão de abrir ou não um processo judicial, permitindo que o policial escolha quem será liberado e quem será encaminhado à Justiça. A nova lei de drogas legaliza a seletividade de sua aplicação. Quem define inicialmente se o indivíduo é traficante ou usuário ainda é o policial (RODRIGUES, 2009. p. 10)

Por mais que na lei esteja expresso que quem deverá identificar o usuário/traficante é o juiz, sabemos que na prática, essa ocorre por meio da polícia no momento em que os policiais efetuam a prisão ou encaminham à Delegacia, no caso de considerarem ser uso de drogas, visto que não se impõe prisão em flagrante ao usuário e é o Delegado de Polícia que conduz o Inquérito Policial (ou o Termo Circunstanciado, no caso de entender que a hipótese é de consumo e não de tráfico). Deste modo, a diferenciação começa já na abordagem do sujeito encontrado com a droga e não apenas no momento em que o juiz vai julgar a ação.

O que de fato acontece na realidade quando se examina a fundo a Lei n. 11.343/2006, é que quem está preso por tráfico de drogas no Brasil, bem como

onde está concentrada a repressão policial e o modelo de segurança pública adotado no Brasil para o “combate às drogas”, percebe-se que na realidade o que interessa para o Estado, apoiado pela mídia e por grande parcela da sociedade brasileira, é manter segregadas as classes sociais mais pobres. Dificilmente toda essa repressão ocorrerá com um sujeito “bem visto” pela sociedade, com boas condições e de média/alta classe social.

3.1 O USUÁRIO DE DROGAS

O uso de drogas está disciplinado no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, que considera usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O tratamento para o usuário difere do traficante, visto que a sanção para ambos é bem diferente, apesar de não ser considerado crime (não houve descriminalização, apenas a despenalização), a condenação por tal conduta não gera reincidência por parte de quem comete novo crime posteriormente, visto que a reincidência em questão, iria contra o princípio da proporcionalidade. Como não se pode punir o usuário com pena privativa de liberdade, ao mesmo poderão ser impostas penas restritivas de direitos cominadas abstratamente no tipo penal (Art. 28).

Há uma discussão e controvérsias a respeito da descriminalização ou despenalização da conduta de uso de entorpecentes, uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que: “o que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento, anteriormente existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/1988, Art. 225, § 3º); Lei nº 9.605/1998, Arts. 3º; 21/24): da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal” (RE 430.105-9-RJ/2007).

De tal forma, ao não cominar pena privativa de liberdade, o art. 28 não implicou *abolitio criminis*, mas simples despenalização, isto é,

manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa da liberdade (QUEIROZ, 2008).

O conceito de infração penal é formal: é crime o que a legislação penal declara como tal, independentemente da espécie de pena que lhe é cominada, tendo como fundamento o Art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/1941: Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

São inseridas no artigo cinco condutas dispostas pelo *caput* referido: adquirir, comprar, guardar, ocultar, esconder, ter, manter em depósito, transportar, deslocar e trazer consigo (portar). No entanto, no que tange caracterizar o ato de usuário será uma dessas práticas destinadas ao uso pessoal. Ou seja, no primeiro dos verbos descritos, encontra-se o aspecto objetivo da conduta, enquanto que a destinação para consumo pessoal é o aspecto subjetivo. Não tem como saber ao certo qual é a quantidade para uso individual ou para as condutas qualificadas no crime de tráfico. Levando para o cenário real, caso uma pessoa seja flagrada pela polícia usando drogas, isso será anexado aos seus antecedentes.

3.2 O TRÁFICO DE DROGAS

O Tráfico de drogas descrito no artigo 33, *caput*, da lei de drogas é caracterizado pelas seguintes condutas: 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. A prática de mais de uma conduta não implica concurso de crimes, mas um único crime (tipo misto alternativo).

É considerado crime equiparado a hediondo. Isto é, não se trata propriamente de crime hediondo, mas assemelhado a ele, assim como consta no Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988. O artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/1990, equiparou o

delito de tráfico de drogas, dentre outros, aos crimes hediondos, sujeitando seu autor a consequências processuais e penais mais rigorosas.

Vale ressaltar que as condutas previstas nos artigos 35 e 36 da Lei nº 8.072/1990 também comportam as mesmas sanções penais destinadas às condutas descritas no artigo 33, *caput*, e parágrafo primeiro, no Art. 34 e no Art. 37, assim dizendo, no caso de associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos. 33, *caput* e § 1, e 34, bem como de associação para a prática reiterada do crime definido no Art. 36, e nas hipóteses de financiamento ou custeio da prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 da lei drogas, não será permitida a concessão de fiança, sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória e ainda será vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Também há restrição ao livramento condicional da sanção, que só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico, conforme expresso no artigo 44, da Lei nº 11.343/2006.

3.3 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA DIFERENCIAR USUÁRIO DO TRAFICANTE NA NORMA PENAL

A linha entre usuário e traficante na Lei de Drogas é tênue, observando o artigo 28 em seu §2º pode-se destacar os critérios objetivos utilizados para discernir o usuário do traficante: “Para determinar se a droga era destinada 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”. Com base nesse trecho, nota-se que a seletividade é controversa, porque dependendo do local (onde ocorreu a apreensão), poderá ou não o agente ser considerado traficante. Partindo desse ponto, quais são as chances de uma pessoa de classe alta, moradora de um bairro nobre, com influência social, ser enquadrada como traficante e não como usuário de drogas?

O mesmo discurso sobre as características das substâncias comportará o discurso sobre as características do ator: consumidor ou traficante, vítima/vitimado, enfermo/perverso, cuja utilidade está

no estabelecimento discursivo de uma polarização entre bem e mal, necessária ao sistema social para induzir a determinados consensos axiológicos e normativos no sentido de manutenção do status quo (OLMO, 1988, p.4)

Esse tratamento diferenciado tem prejudicado as camadas sociais mais baixas, que não possuem acesso adequado à educação e informação sobre drogas, são as menos favorecidas e as mais prejudicadas pela seletividade causando prejuízos irrecuperáveis. No Brasil, a legislação adotou o sistema do reconhecimento judicial ou policial, cabendo ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e “decidir” se a droga apreendida era para destinação pessoal ou para fins de tráfico (GOMES, 2013, p.147)

Países como Portugal, por exemplo, estabelece quantidades exatas para que o porte de drogas seja considerado para consumo pessoal (no caso do *cannabis sativa* — popularmente chamado de “maconha”, é levado em consideração o consumo da substância pelo período de dez dias, ou seja, vinte e cinco gramas), já no Brasil, por outro lado, não há previsão legal de uma quantidade determinada de drogas para distinguir usuário de traficante.

Essa falta de suporte na norma penal, gera diversas controvérsias acerca desse tema, porque supondo que uma pessoa foi pega com 1g (uma grama), mas está com R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) no bolso, ela poderia ter acabado de vender as drogas. Ou então, uma outra pessoa ser pega com 4kg (quatro quilos) de maconha, mas afirma que comprou para usar o ano todo. A lei não tem embasamento suficiente para lidar de maneira justa e eficiente nos tais casos mencionados acima.

Os critérios utilizados para esta classificação/condenação precoce são subjetivos. O efeito disso é que pelo tráfico ser equiparado a crime hediondo, o sujeito classificado como traficante é imediatamente aprisionado (quando ocorre a prisão em flagrante) e, conseqüentemente, condenado antecipadamente.

A grande problemática acerca desse procedimento é que somente a análise dos tribunais superiores poderá dar uma chance de absolvição para o usuário, mas, até lá o mesmo, que precisava de tratamento não de punição, já ficou encarcerado mais de um ano, acabando com suas chances de reabilitação.

A lei 11.343 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior. (Rogerio Schietti Cruz, Ministro do STJ, 2017)

Vale destacar que, a adoção de qualquer modelo de critério objetivo de distinção não leva à caracterização imediata daqueles que foram flagrados portando quantidades consideradas acima das indicadas como traficantes. A indicação de quantidades de referência deve servir apenas como base para conduzir os aplicadores da lei sobre o perfil do usuário, permanecendo a necessidade de caracterizar atividade de tráfico que justifique a solicitação do artigo 33 da lei de drogas.

4 AS DUAS FASES DA SELETIVIDADE PENAL

O Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*) pode ser subdividido em duas categorias: subjetivo positivo, que é a capacidade dada ao Estado de criar e executar leis penais; e o subjetivo negativo, caracterizado pela faculdade de derogar preceitos penais ou restringir o alcance das figuras delitivas, atividade que cabe predominantemente ao STF, por meio da declaração de inconstitucionalidade de normas penais. É no aspecto positivo que se inserem as criminalizações primária e secundária (Lei de Drogas Comentada. S.Paulo: RT, 2008, p. 121).

Pode-se entender que, atualmente, podemos destacar as duas fases da seletividade penal, sendo elas: o processo de criminalização primária e secundária. A criminalização primária, nas palavras de Cleber Masson, é o ato e o efeito de sancionar uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas. Trata-se de ato formal, fundamentalmente programático, pois, quando se estabelece que uma conduta deve ser punida, enuncia-se um programa, o qual deve ser cumprido pelos entes estatais (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário etc.). Resumidamente, é o momento em que a atividade legislativa escolhe ou designa o ato, pessoa ou grupo como sendo “criminoso” e as suas respectivas penas, por meio da própria elaboração da lei, a partir disso será iniciado o processo de seleção do sistema penal.

[...] o processo de criação de leis penais que define os bens jurídicos protegidos (criminalização primária), as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade de pena (que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos), obedece a uma primeira lógica da desigualdade que, mistificada pelo chamado caráter fragmentário do Direito Penal pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis. E tal diz respeito, simultaneamente, aos conteúdos e não conteúdos da lei penal (ANDRADE, 2003, p.278)

A próxima fase é chamada de criminalização secundária, em que ocorre a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. É notório quando os órgãos estatais identificam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, e sobre ele recaindo a persecução penal.

Para Zaffaroni (2011) “a criminalização secundária possui duas características intrínsecas: seletividade e vulnerabilidade, pois há uma forte tendência de ser o poder punitivo exercido exclusivamente sobre pessoas “previamente escolhidas” em face de suas fraquezas, a exemplo das pessoas de baixa renda, muitas delas que estão à margem da sociedade.

Este fenômeno possui relação com o movimento criminológico conhecido como *labeling approach*: os indivíduos que integram a população criminosa são estigmatizados, estereotipados e rotulados ou etiquetados com sujeitos contra quem normalmente se dirige o poder punitivo estatal”.

A sujeição criminal é exatamente esse processo através do qual um cidadão incriminado é transformado num não-homem, em que o criminoso é transformado em “bandido”, isto é, num tipo social cuja afinidade com outros tipos e camadas sociais está estabelecida no tempo de longa duração de nossa história. Em nome de uma atitude racionalmente preventiva, construímos todas as condições através das quais iremos punir preferencialmente – de diversas maneiras – pessoas que, mesmo não estando a cometer nenhum crime, são suspeitas de serem potencialmente propensas a cometê-lo. Bandidos metafóricos, bandidos metonímicos, bandidos que são os presos de sempre (SOARES, 2005)

Resumidamente, a criminalização secundária se baseia na ação ou omissão dos agentes do sistema, os que estão no poder, ocorrendo que quando a lei passa a ser aplicada de fato. Essa atribuição se dá à polícia e demais órgãos competentes,

os quais realizam a “seleção” de quais sujeitos serão indiciados e, após em um processo penal, ao juiz exercer a sua sanção seletiva.

[...] o processo de criminalização secundária refere-se à aplicabilidade das normas penais pela polícia e pela justiça. É o tão esperado momento da “atribuição da etiqueta de desviante (etiquetamento ou rotulação)” que pode ser desde a “simples rejeição social até a reclusão do indivíduo em uma prisão ou internação em um manicômio” (ANDRADE, 2003, p. 208)

Em síntese, tendo como parâmetro a seletividade existente no sistema penal acaba-se escolhendo os crimes mais banais para se investigar, diante da simplicidade jurídica apresentada (por exemplo, o crime de furto); ou criminalizam pessoas que fazem parte dos grupos sociais mais fragilizados, situações que são aparentes na própria população que ocupa as penitenciárias no país.

5 DADOS ESTATÍSTICOS DA SELETIVIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Um dos motivos pelos quais a seletividade no julgamento continua ocorrendo, é que no Brasil, em geral, os agentes de polícia atuam apenas com prisões em flagrante, decorrente de abordagens de rotina em bocas de fumo. Não suscitam (ou não querem suscitam) investigações que tendam a encontrar os reais traficantes, quem está de fato por trás de tudo, de modo a desarranjar a verdadeira organização criminosa. Ao contrário, preferem colocar os Policiais na rua atrás de pequenos traficantes, até mesmo usuários taxados injustamente de traficantes, apenas para gerar estatísticas no final do ano. Com a ilegítima ideia de trabalho cumprido.

Inclusive, é bom salientar que quanto à natureza dos crimes que geram sanção e encarceramento no Brasil, os dados colocam em primeiro lugar os crimes contra o patrimônio, que representam 49,1% do total de condenados presos; após os crimes relacionados à lei de drogas, que representam 25,3%; os crimes contra a pessoa, com 11,9%; os delitos sexuais com 3,9%; e crimes relacionados ao estatuto do desarmamento, os quais representam 5,6% (AZEVEDO e CIFALI, 2017).

O grande aumento do encarceramento por drogas gerou, após a nova lei (alterações no pacote anticrime, Lei nº 13.964/2019), o aumento percentual de 13%

de toda população prisional presa por drogas para 30% de toda população prisional, conforme mostram os últimos dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. De acordo com pesquisa realizada pelo Juiz Marcelo Semer (2019), sob a orientação do professor Maurício Dieter, da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, notou-se que cerca de 50% dos encarcerados em razão da Lei de Drogas foram presos por estar na posse de menos de 100 g de maconha ou 50 g de cocaína.

Esses dados apenas confirmam a já mencionada seletividade do sistema de justiça criminal, pois a criminalidade em questão, na perspectiva criminológico-crítica, não é uma “reflexão sobre o ser como indivíduo na sociedade” que possuem determinados comportamentos, e sim a atribuição de um estereótipo a determinados indivíduos, por meio de determinadas características.

Primeiramente, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais (processo de criminalização primária); depois, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (processo de criminalização secundária). Desse modo, conclui-se que a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2002, p.161)

Segundo o estudo encomendado pelo Ministério da Justiça “Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal feita nas varas criminais do Distrito Federal, é mostrado que quase 70% (setenta por cento) dos processos referem-se a presos com quantias inferiores a 100 (cem) gramas de maconha. No Rio de Janeiro, 50% (cinquenta por cento) estavam com quantidade inferior a 100 (cem) gramas e outros 50% superior.

A referida pesquisa também mostra que em 0,9% das condenações, o “traficante” possuía até 1 (um) grama de droga ilícita, ou seja, até um cigarro, caso se trate de maconha, por exemplo; 13,9% foram condenados por possuírem entre 1 (um) a 10 (dez) gramas de substância ilícita e 53,9% dos condenados por tráfico foram assim classificados em virtude da apreensão de 10 (dez) a 100 (cem) gramas de drogas ilícitas.

O perfil dos condenados por tráfico de drogas, ou seja, 68,7% das condenações no Rio de Janeiro e Distrito Federal decorrem de um volume que varia entre menos de 01(um) até 100 (cem) gramas de drogas ilícitas. Voltando para o caso narrado dos estudantes universitários classificados como usuários, com 280 gramas de maconha, verifica-se que, se fossem pobres (condição social), certamente seriam considerados traficantes.

Na verdade, apenas 14, 8% dos condenados por tráfico de drogas nos estados do Rio de Janeiro e no Distrito Federal foram apreendidos com uma quantidade que variava entre 100 gramas e 1 Kg de droga ilícita, o que significa que por muito menos de 100 gramas os moradores de favelas, pobres, são considerados traficantes de drogas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. 05, ago. 2009).

Em pesquisas recentes, os resultados continuam desagradáveis tendo em vista que não houve a diminuição da população carcerária. De acordo com o levantamento publicado através da Agência de Jornalismo Investigativo, em 6 de maio de 2019, em que são autores Thiago Domenici e Iuri Barcelos, foram analisados os processos referentes a apreensões de até 10 gramas, em que a droga objeto da apreensão eram: cocaína, maconha e crack. Constatou-se que em 83,7% dos processos, as únicas testemunhas ouvidas no procedimento acusatório foram os próprios policiais responsáveis pela apreensão, sendo que nestes processos em que houve apenas o testemunho policial o índice de condenação chegou ao patamar de 59% dos acusados (BARCELOS, DOMENICI, 2019).

Entretanto, observou-se uma queda brutal no índice de condenações quando também foram ouvidas testemunhas civis nos processos, caindo para 44%. Segundo os jornalistas, autores da pesquisa em questão, as acusações que foram desclassificadas para o crime de “porte para uso pessoal” beneficiaram 15% dos negros e 38% dos brancos (BARCELOS; DOMENICI, 2019).

Ambas as pesquisas mencionadas, em um grande lapso temporal de 10 anos (a primeira em 2009 e a outra em 2019) possuem a mesma constatação de que a lei possui interpretações subjetivas ao não definir claramente as características que diferenciam o grande traficante de drogas do pequeno. Na verdade, é inconcebível que pessoas encontradas com até 01 (um) grama de droga seja “enquadrado” como traficante.

Dos mais de 700 mil presos brasileiros, quase um terço deles está detido por crimes relacionados a drogas. Entre 2006, quando a chamada Lei de Drogas entrou em vigor, até junho de 2020, o número de presos por tráfico de drogas saltou de 31.529 para 207.487, segundo levantamento do Infopen. Das mulheres presas no Brasil, por exemplo, aproximadamente 60% cumprem pena por esse motivo (INFOPEN JUN 2020).

6 CONCLUSÃO

A seletividade penal é considerada resultado de anos de uma conduta desigual, injusta e discriminatória histórica, em que pessoas negras foram escravizadas e depois “libertadas” sem nenhuma oportunidade de subsistência de vida, sendo marginalizados na sociedade. A seletividade penal pode ser facilmente relacionada à Teoria do Etiquetamento, que é uma teoria criminológica indicada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição escrita por lei e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos, 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 11.343/2006), nota-se que os núcleos presentes na norma incriminadora de usuário de drogas se mostram genéricos, ocasionando então, em fácil enquadramento ao crime de tráfico, o que acaba ocorrendo diariamente em nosso país. Comprova-se, por meio do sistema penitenciário, que a população carcerária no Brasil possui um perfil “definido”, em que sua grande maioria racialmente, é formada por pessoas negras e pardas, em sua maioria de baixa renda, possuindo baixo nível de escolaridade e uma grande parcela presos por modalidades de tráficos de drogas.

Conclui-se que a justiça no País é desigual e ineficaz, não abrangendo de fato os brasileiros de todas as classes sociais. É necessário que seja reiterada a questão da diferenciação entre usuário e traficante, sendo mais específico quanto aos fatores subjetivos para enquadrá-los nos artigos 28 e 33 da lei de drogas, criando critérios objetivos para não suscitar a seletividade penal. Para que isso ocorra, há 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 de. **Evolução da legislação antidrogas no Brasil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 out 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52279/evolucao-da-legislacao-antidrogas-no-brasil>. Acesso: 15 dez. 2022.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. **Segurança, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades**. In: SOZZO, Máximo (Org.). Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. Conteúdo Jurídico, 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELOS, Iuri; DOMENICI, Thiago. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. São Paulo: Pública, 2019. Disponível em <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/> Acesso: 04 de jun. de 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. A nomeação do mal. In: Criminologia e Subjetividade. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

BERK, Bernard. “**Labeling Theory, History of**”, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, v. 13, 2015.

BEZERRA, Luiz. **O Direito penal da guerra às drogas: A necessidade de critérios objetivos que diferenciem usuário do traficante**. 51 fl, 2017, Universidade Federal do Ceará)- Curso de Direito.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Infopen atualização–junho de 2016. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3GtYFKP>. Acesso: 23 jun. de 2022.

CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A criminalização primária e a norma penal brasileira**: considerações acerca da sua seletividade. Itajaí, 2008.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de Direito Penal - Legislação Penal Especial - Vol. 4**. 15.ed., Saraiva Jur, 2020.

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.

CARREIRA, Gustavo Wilkeson. **Drogas e liberdade**: reflexo da lei de drogas no sistema carcerário. Rio de Janeiro. EMERJ. 2017.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

DIETER, Marcelo. Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª Ed. São Paulo. Editora Lo Blanch Brasil. 2019. Pg. 45.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Balanco das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro** (1º semestre de 2008). Disponível em: . Acesso em: Janeiro de 2009.

LENZA, Pedro. **Legislação penal especial 7.ed.** São Paulo: Saraiva Jur; 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8.ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

MARIANO DA SILVA, César Dario. **Manual de Direito Penal**, v. 1, 2 e 3, Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2013;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em:
<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/197/186>. Acesso: 05 ago. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 7. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Alessandro Rodrigues dos. **Política antidrogas e cárcere no Brasil: a subjetividade do § 2º do art. 28, da Lei 11.343/2006 e seus danosos efeitos no inconstitucional sistema penitenciário brasileiro**. Uberlândia, 2018.

SILVA, Renan Joubert Almeida. **Guerra às drogas e o punitivismo penal: a lei de drogas brasileira e seus mecanismos a favor do encarceramento em massa**. 1ª. ed. São Paulo: Renan Joubert Almeida Silva, 2020.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso: entes políticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3.ed. São Paulo, Editora D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.