

A SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL E O EXEMPLAR CASO DA LEI 11.343/2006

Luciano Filizola Silva¹
Mariana da Cruz Tavares²

RESUMO

Por meio deste trabalho busca-se demonstrar a seletividade da lei de drogas 11.343/2006, visto que a nova lei trouxe consigo uma maior repressão ao crime de tráfico de drogas, além de uma sanção mais branda às condutas relacionadas ao usuário de drogas, trazendo critérios diferenciadores de ambos os comportamentos que permitem uma seletividade discricionária baseada em aspectos pessoais e sociais do agente tendo em vista que opta por ignorar preceitos objetivos, como a quantidade de droga encontrada, permitindo um reflexo e legitimação do uso de estereótipos já presentes em práticas policiais cuja intervenção se dá de maneira seletiva e não imparcial. O recorte teórico parte de estudos da teoria criminológica do *labeling approach*, a qual tem como objeto de estudo os processos de criminalização do sistema penal em conformidade com a sociologia do desvio.

Palavras-chave: Criminologia. Seletividade penal. Drogas.

ABSTRACT

Through this work, we seek to demonstrate the selectivity of the drug law 11.343/2006, since the new law brought with it a greater repression of the crime of drug trafficking, in addition to a more lenient sanction to conduct related to drug users, bringing differentiating criteria of both behaviors that allow a discretionary selectivity based on personal and social aspects of the agent, considering that he chooses to ignore objective precepts, as the amount of drug found, allowing a reflex and legitimation the use of stereotypes already present in police practices whose intervention takes place selectively and not impartially. The theoretical section is based on studies of the criminological theory of labeling approach, which has as object of study the processes of criminalization of the criminal system in accordance with the sociology of deviation.

Key words: Criminology. Penal Selectivity. Drugs.

¹ Doutor em Direitos Fundamentais pela UNESA, Mestre em Ciências Criminais pela UCAM. Professor de Direito Penal da UNIGRANRIO, da Simonsen, EMERJ e FESUDEPERJ. Advogado.

² Graduanda no curso de bacharelado em Direito

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a existência da seletividade do poder punitivo, abordando especificamente a aplicação dessa seletividade existente na lei 11.343/2006, lei de drogas, mais precisamente o questionamento pela falta de critérios objetivos para a diferenciação no que se refere a usuário e traficante.

Conforme um entendimento tradicional, o Direito Penal existe para proteger bens jurídicos, que devem ser entendidos como um objeto ideal dotado de “valor”, os quais são tutelados pela Constituição da República, como exemplo a vida, a liberdade, o meio ambiente e o patrimônio, ou, conforme entendimento garantista mais recente, funcionando como um limite ao poder punitivo do Estado, tendo no bem jurídico um importante aliado, no sentido de que uma conduta só poderá ser considerada criminosa quando lesionar ou colocar em perigo um bem jurídico constitucionalmente relevante.

Com a entrada em vigor da lei 11.343/2006³, surgiu uma grande discussão quanto a aplicabilidade da mesma, pois em seu § 2º do artigo 28, onde é levantado os critérios que devem ser utilizados pelo magistrado para tipificar a conduta praticada pelo sujeito, ocorre a tipificação do agente como traficante ou usuário, trazendo com isso uma seletividade quanto ao poder punitivo na hora da aplicação da lei.

Em um primeiro momento será abordado como a seletividade do poder punitivo se manifesta através dos processos de criminalização, de como o poder punitivo estatal faz do Direito penal um mero instrumento de controle social, revestido de limites constitucionais. A seletividade do poder punitivo ocorre seja na criminalização primária, no momento em que o legislador escolhe as condutas que serão criminalizadas e punidas; seja na criminalização secundária no momento em que o Estado exerce seu poder punitivo sobre determinadas pessoas.

Ao decorrer da pesquisa também será apresentada a diferença entre usuários e traficantes de drogas, com base nas condutas tipificadas na lei 11.343/2006 – Lei de Drogas.

Por fim, pretende-se demonstrar a aplicação da teoria da seletividade na Lei de Drogas e quais são suas principais consequências, abordando como os dispositivos legais são dotados de seletividade, sendo possível observar que a lei 11.343/2006, em alguns dos seus artigos, ao estabelecer critérios para diferenciar o traficante do usuário, acabou confirmando e legitimando a existência da seletividade no direito penal brasileiro.

2. O PODER PUNITIVO DO ESTADO.

O estado é um garantidor da ordem social, ele é uma entidade dotada de poder soberano e titular exclusivo do direito de punir, também denominado de poder-dever de punir, que é genérico e impessoal, porque não se dirige, ou pelo menos não deveria, especificamente contra determinada pessoa, mas sim à coletividade como um todo.

Esse direito trata-se de um poder abstrato de punição, ele permite sancionar qualquer indivíduo que venha a praticar fato definido na lei como infração penal, o qual encontra concretização no momento do seu cometimento, transformando-se em uma pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o indivíduo que comete o

¹ Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad.

crime e, nesse momento, surge um conflito de interesses, pois o estado tem a pretensão de punir o infrator, então o indivíduo resguardado pela lei e pela Constituição da República (art. 5º, LV)⁴ que oferecerá resistência, através do seu direito de defesa, configurando a lide penal, que então passa a ser solucionada por meio da atuação do judiciário.

3. A SELETIVIDADE DO PODER PUNITIVO.

De acordo com a seletividade penal do poder punitivo, para um indivíduo ser criminalizado, nem sempre é necessário apenas uma conduta definida como um fato criminoso, pois determinadas circunstâncias do indivíduo pesam também na hora da aplicação da pena, demonstrando que há a existência de uma rotulação social. Abaixo é possível ver um trecho extraído do livro do autor Alessandro Baratta, no qual se define quem é o criminoso segundo uma perspectiva criminológica:

[...] um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental.⁵

A sociedade é formada por grupos, dividida entre partes dotadas de poder ou influência e outras não, sendo importante entender que uma grande parte da população comete crimes.

Deve ser levado em consideração o fato de que as estruturas de poder (tanto política quanto econômica) da sociedade são formadas por grupos, os quais estarão mais próximos ou mais distantes do poder⁶, sendo que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as”.⁷

3.1. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA.

A criminalização primária é definida pela elaboração de normas, aquelas que definem um ato como um delito, assim fixando uma sanção penal para aquela determinada conduta.

O jurista Zaffaroni define, que a “Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.⁸

Importante mencionar que a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, estabelece que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. Ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: 2011, p. 113

⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Et all.* Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 62.

⁷ ZAFFARON, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. *Et all.* Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 76.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio. BATISTA, Nilo. *Et all.* Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

prévia cominação legal”, com isso, definindo que para que haja sanção, é necessária a existência de uma norma que define aquela conduta como um ato criminoso.

Sendo então, a criminalização primária desempenhada pelo legislativo, configura o poder de criar uma lei penal, introduzir a tipificação da conduta e fixar a sanção penal, que é dividida em medidas de segurança e penas.

3.2 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.

A Criminalização secundária acontece quando o estado irroga sanções aos indivíduos, aqueles que praticaram algum ato definido na lei como criminoso, ocorre quando a ação punitiva é exercida sobre as pessoas, aquela que se desenvolve da investigação policial até a imposição e a execução da pena, no momento da concretização da norma penal que podemos observar o viés seletivo do sistema de justiça.

Abaixo é possível observar a afirmação de Zaffaroni e Pierangeli ao tratar do tema:

[...] Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contacta com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estagnação social do criminalizado.⁹

Existem muitas condutas que podem ser classificadas como crimes. Então, algumas são eleitas para marcar esse pseudo sistema moral que supostamente o sistema jurídico-criminal defende.

Na criminalização secundária, o Estado acentua o caráter seletivo e discriminatório, pois através do estereótipo criado dos criminosos, modelam na maioria das vezes os pensamentos humanos de como julgar indivíduos, na grande parte das vezes, considerando aqueles de baixa renda como alguém com maior probabilidade de cometer algum tipo de infração. Esses estereótipos também modelam na maioria das vezes a procedência dos agentes da lei, principalmente o da polícia, e isso acaba ocorrendo também com o olhar do judiciário no momento de analisar o processo penal e cumprir as funções anômalas, onde na maioria das vezes as pessoas de classe social menos favorecida, que são mais vulneráveis, recebem a fixação de uma quantidade, qualidade e espécie de sanção mais rígida, criando uma certa criminalização da pobreza, posto recair sobre pessoas com menos condições de defesa que aquelas outras com uma condição financeira melhor.

4. LABELLING APPROACH (TEORIA DO ETIQUETAMENTO)

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.69

O labelling approach surgiu nos EUA, na década de 60, como um movimento criminológico também conhecido como teoria do etiquetamento. Em seu livro *Outsiders*, o autor Howard S. Becker, foi um dos primeiros autores a se aprofundar sobre a problemática das condutas consideradas desviadas.

Posto que a noção de desvio decorre da construção de determinadas regras sociais, em forma de lei ou de tradições, e situações em que ocorre a transgressão a essas regras, as quais poderão ser impostas, Becker se distancia de conceitos meramente estatísticos ou patológicos de desvio (como fazia o positivismo), não estando muito preocupado com as motivações do desvio, o que motivava tantos estudos sociológicos até então, mas sim com uma construção que parte da reação dos outros diante do desvio, no sentido de que o desvio é criado pela sociedade, pois decorre da infração às regras criadas pela própria sociedade que ao aplica-las irá rotular o indivíduo como outsider.

Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um "infrator". O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.¹⁰ (BECKER, 2008, p. 22)

Isso muda por completo a percepção sobre o desvio, deixando de ser um dado ôntico enquanto fenômeno da natureza para ser rótulo a ser fixado através de um processo de definição, pois independente da transgressão, um ato será ou não considerado desviante dependendo de como outras pessoas reagem a ele, o que será influenciado conforme a identidade de quem o comete e de quem se sente prejudicado pelo ato.

Alguns pesquisadores e escritores de direito consideram o poder seletivo um atributo negativo do sistema penal. Analisando o sistema penal brasileiro, o discurso é a princípio sobre um sistema justo e eficaz de controle social, porém, em uma análise superficial e factual, fica claro que o sistema penal não corresponde a tal discurso, sua seletividade punitiva pode ser vista como o resultado de um comportamento historicamente discriminatório.

5. O USUÁRIO E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006 - LEI DE DROGAS

Através da lei 11.343/2006, o ordenamento jurídico trouxe certas alterações na distinção de usuário e traficante. A conduta do crime de tráfico de drogas encontra previsão no art. 33 da referida lei e o usuário tem sua previsão no artigo 28, e a nova lei guardando relação com a atual tendência de distinguir entre o usuário doente e vitimizado, tendente para uma descriminalização ou redução das penas e o traficante como perigoso delinquente e que deve ser severamente sancionado, de fato, distinguiu nas sanções correspondentes, cujas diferenças e características passam a ser abordadas.

¹⁰ BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

5.1. O USUÁRIO DE DROGAS

Inicialmente, a título de contextualização, importante ressaltar que o antigo artigo 16 da Lei nº 6.368 de 1976, que foi revogado pela lei 11.343/2006, definia uma pena privativa de liberdade para a conduta relacionada ao usuário, conforme o texto abaixo.

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.¹¹

Era explícito que na lei revogada, não existia uma preocupação com o usuário de drogas e suas necessidades e, com o vigor da nova Lei de drogas, veio a diferenciação deste tratamento, modificando a sanção aplicada ao usuário de drogas, com a substituição da pena de detenção e de multa, pela medida educativa e prestação de serviços à comunidade.

A nova lei de drogas, 11.343/2006, traz consigo a definição do usuário de drogas, como aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou tem consigo drogas para seu consumo:

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 à programa ou curso educativo.¹²

De tal forma, observa-se que para que seja enquadrado nesse artigo, é necessário que a droga seja destinada para consumo pessoal, sendo possível observar que a conduta em si de “usar” não é tipificada, sendo mero elemento subjetivo do tipo, consumando-se o delito pela realização de qualquer conduta descrita no artigo 28 da lei 11.343/2006 desde que demonstrada a finalidade de uso próprio, não mais admitindo, em qualquer hipótese, a privação da liberdade como pena, inclusive nos casos de reincidência, pelo que se chegou a ter uma divergência se referido dispositivo não teria descriminalizado o fato¹³, sendo que hoje já se pacificou sobre sua natureza delitiva.

5.2. OS TRAFICANTES DE DROGAS

O crime de tráfico de drogas, tem sua definição no artigo 33 da lei 11.343/2006, mesmo que em nenhum momento a conduta “tráfico” seja mencionada, a qual se remete à mercancia, configurando-se a tipicidade por exclusão, quando as condutas praticadas não tiverem como fim o consumo pessoal.

¹¹ BRASIL, Lei 6.368 de 21 de Outubro de 1976. Diário Oficial, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de Outubro de 1976, p. 14839.

¹² **Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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.¹⁴

Antes, o crime de tráfico era definido através da lei 6.368/76¹⁵, no seu art. 12, que trazia em sua redação 18 verbos que também foram repetidos na lei atual de drogas, porém quanto a sua sanção, teve um aumento de pena e multa.

Embora tenha ocorrido pouca alteração quanto às condutas típicas, a modificação da pena mínima de 4 para 5 anos não foi por acaso, pois atendia a tendência punitiva da figura do traficante, tendo em vista uma forte discussão na época se caberia a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito aos condenados por crimes hediondos e equiparados, como seria o caso de condenados por tráfico de drogas, visto que tal substituição por força do art. 44 do Código Penal só é autorizado para penas de até 4 anos. Assim, a definição de uma pena mínima de 5 anos alocaria o delito em uma posição que não permitiria a aplicação de penas restritivas de direito.

Porém, nos casos em que o autor é primário e não envolvido com organizações criminosas, o parágrafo 4º do art. 33 traz uma causa de diminuição de pena que permitiria levar a sanção abaixo do mínimo legal e, embora em seu texto original vedasse sua substituição por penas restritivas de direito, tal proibição foi declarada inconstitucional pelo STF, o que gerou a resolução 5 de 2012 do Senado Federal assegurando essa possibilidade desde que cumpridos os requisitos do art. 44 do CP.

6. A TEORIA DA SELETIVIDADE NA LEI 11.343/2006 – LEI DE DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Impossível falar sobre o assunto e não citar o trajeto da criminalização das drogas no Brasil. De primeiro essa criminalização aparece nas Ordenações Filipinas nº 89 de 1451, em seu Livro V, LXXXIX - que dizia o seguinte “Que ninguém tenha em sua casa rosaltar, não o venda nem outro material venenoso”¹⁶, sendo que rosaltar era o nome dado ao óxido arsênico, um poderoso veneno proibido, assim como o ópio, salvo para boticários autorizados.

Ficando silente o Código Penal do Império de 1830, o tema sobre controle de substâncias ilícitas volta a ser amparado com a edição do Código Penal da República de 1890, em seu artigo 159, inserido em seu capítulo III, que tratava dos crimes contra a saúde pública, abordando a questão relativa às drogas ao dispor o seguinte, “Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, sujeitando ao indivíduo a pena de multa.

¹⁴ **Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad.

¹⁵ BRASIL, Lei 6.368 de 21 de Outubro de 1976. Diário Oficial, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de Outubro de 1976, p. 14839.

¹⁶ PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2004. p. 157

O Código Penal de 1890 foi objeto de críticas, com isso foi sendo editada diversas leis penais e em 1932, foi aprovada a Consolidação das Leis Penais pelo Decreto nº. 22.213, e o artigo 159 do código de 1890 foi alterado, sendo acrescentado doze parágrafos.

Pôde-se perceber diversos resquícios da criminalização de drogas ao longo da história em nossa legislação brasileira, porém somente a partir da década de 1940 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada.

Após ser instalada a nova ordem político-jurídica, iniciaram os trabalhos de elaboração de um novo Código Penal. Esse Código Penal de 1940 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. Em seu artigo 281, sob o nomen iuris "Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente", inserido no capítulo referente aos "Crimes contra a saúde pública", tipifica as seguintes conduta "Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", esse artigo sofreu diversas alterações em seu texto até a edição da Lei Federal de nº. 6.368, de outubro de 1976.¹⁷

Importante citar uma significativa modificação, que foi realizada pela Lei nº. 5.726, de outubro de 1971, no que diz respeito à política de combate ao tráfico e uso de entorpecentes, ao apresentar medidas preventivas e repressivas às condutas de mercancia e posse de substâncias psicotrópicas, além da alteração do rito processual para o julgamento de tais delitos.

Logo após, houve a entrada em vigor da Lei nº. 6.368 no ano de 1976, restando revogada a Lei nº. 5.726/1971, exceto o artigo 22.

Em seguida, ocorreu o surgimento da Lei 10.409, de janeiro de 2002, a mesma surgiu com o objetivo de substituir integralmente a Lei nº. 6.368/76, mas o poder executivo vetou o seu capítulo III, que tratava dos crimes e das penas, e também seu artigo 59, que tratava sobre a revogação da lei anterior e, por seus defeitos apresentados, as Leis 6.368/76 e 10.409/02 vigoraram até a chegada da Lei nº. 11.343, de agosto de 2006.

Na lei 11.343/2006¹⁸ - Lei de Drogas, trouxe uma evolução na época, pois visava distinguir o usuário do traficante no que tange a maior reprovabilidade da conduta do primeiro refletindo na redução da sanção do segundo conforme o art. 28 da referida lei, optando por mecanismos de prevenção e tratamento para o usuário, ainda que mantivesse o modelo perigosista e repressivo para o varejista da droga.

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2.006, se manteve a grande discussão em torno dos critérios para se distinguir quanto à tipificação do agente sobre ser usuário ou traficante, pois o ordenamento nunca se ocupou com tal margem posto que nunca definiu uma quantidade a ser fixada para se realizar essa distinção (diferente do que muitos acreditam), acabando por deixar uma relevante margem para equívocos no momento de se realizar a devida qualificação típica.

Não que a definição de uma quantidade exata fosse evitar tais equívocos e arbitrariedades, uma vez que um indivíduo pode estar traficando com pouca

¹⁷ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006, 8ª edição. São Paulo – SP, Editora Saraiva, 2016. P. 47

¹⁸ **Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad.

quantidade de drogas e um usuário, para evitar sua exposição, pode adquirir uma quantidade mais significativa para manter seu consumo.

Porém, como se observa, a referida lei abordada nesta pesquisa desencadeia pela sua redação o uso indiscriminado da seletividade do sistema penal ao recair e diferenciar traficantes e usuários, visto que seu art. 28, § 2 possui fatores subjetivos para a distinção entre esses personagens, fazendo que sua aplicação seja executada por meio de estereótipos que historicamente foram adquiridos e até os dias atuais permanecem na sociedade.

§ 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.¹⁹

Um dos principais critérios elencados que trouxe a essa discussão é a falta de quantificação da substância apreendida, acompanhado pela análise das circunstâncias sociais e pessoais do agente. Estes critérios foram considerados pela doutrina como sendo subjetivos, dando possibilidade para a aplicação da seletividade.

Nisso, se torna nítida a dificuldade do judiciário para diferenciar o crime do artigo 28 do crime do artigo 33, pois acaba perpetuando a qualificação realizada em sede policial e mantida na denúncia do Ministério Público, uma vez que sendo caracterizado o indivíduo como usuário na delegacia, automaticamente será realizado o termo circunstanciado, visto se tratar de delito de menor potencial ofensivo e, por isso, de competência do Juizado Especial Criminal.

A socióloga Julita Lemgruber considera que a própria lei estabelece essa lógica de seletividade penal, pois ao considerar as condições pessoais e sociais acaba por legitimar a prática ancestral que leva em conta não o fato em si ou a intenção do agente, mas suas características pessoais, estereótipos que geram a presunção de que seu portador será mais um delinquente ou não.²⁰

Importante citar que a população carcerária brasileira voltou a ser considerada a terceira maior do mundo, encarcerando 753 mil pessoas, segundo balanço apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em maio de 2020²¹ e que o critério ora em análise tem estreita relação com esse número, visto que o tráfico de drogas sempre lidera o ranking de delitos com maior número de presos, responsável de 20 a 25% do total de apenados.²²

De acordo com o Fundo Monetário Internacional, o chamado crime organizado movimenta por ano, 750 bilhões de dólares, sendo que 500 bilhões desse dinheiro são gerados através do “narcotráfico”.²³ Toda essa política é voltada ao combate desse crime, que ocupa grande parte da população carcerária no Estado do Rio de Janeiro.

¹⁹ **Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad.

²⁰ CESEC, Centro de estudo de segurança e cidadania. LEI DE DROGAS TEM IMPULSIONADO ENCARCERAMENTO NO BRASIL. isto é, 2018, disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/participacao/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil/>. acesso em: 30 de maio de 2022.

²¹ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em 08 de julho de 2022.

²² <https://noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020>. Acesso em 08 de julho de 2022.

²³ ROCCO, Rogério. O que é legalização das drogas? São Paulo: Brasiliense, 1996, p.72.

Ao analisar o processo de criminalização, pode-se perceber que o sistema penal funciona em desigualdade e seleciona na maioria das vezes aqueles que sofrerão uma rigidez maior do poder punitivo estatal. Pois se analisar, as pessoas que efetivamente angariam a maior soma do lucro e que financiam o narcotráfico, na maioria das vezes não ganham a grande mídia e permanecerão na cifra oculta da criminalidade por não ostentarem o estereótipo do traficante sempre vinculado ao morador da periferia, jovem, negro ou mulato e fortemente armado.

Ao analisar os presos pelo crime de tráfico de drogas, é possível perceber que grande parte não se enriquece com o dinheiro da prática desse crime, pois os beneficiados de fato pela comercialização das drogas nem sequer aparecem nas estatísticas e, apesar dos presos participarem de alguma forma do comércio de drogas, verifica-se que não passam de “acionistas do nada”, assim como denominado pelo criminólogo norueguês Nils Christie.²⁴

Alguns pesquisadores e escritores de direito consideram o poder seletivo um atributo negativo do sistema penal. Analisando o sistema penal brasileiro, o discurso é a princípio sobre um sistema justo e eficaz de controle social, porém, em uma análise superficial e factual, fica claro que o sistema penal não corresponde a tal discurso, pois sua seletividade punitiva pode ser vista como o resultado de um comportamento historicamente discriminatório.²⁵

É possível observar a distinção quanto a aplicação do sistema penal, tratando uma parcela da sociedade de forma desigual, ocorrendo então, a seleção destes a criminalização.

Cabe ainda apresentar o levantamento a nível nacional do Instituto Sou da Paz com dados do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária e do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (USP), que mostram que:

Mais de 67,7% dos encarcerados por tráfico de maconha nas prisões do País foram flagrados com posse de menos de 100 gramas da droga, sendo 14% deles com quantidade inferior a 10 gramas – algo em torno de dez cigarros. Aliado aos dados dos encarcerados também por tráfico de cocaína – 77,6% com menos de 100 gramas –, 62,17% dos traficantes presos no País exerciam atividade remunerada na ocasião do flagrante, 94,3% não pertenciam a organizações criminosas e 97% nem sequer portava algum tipo de arma. Ou seja, eram ou microtraficantes ou usuários.²⁶

Da mesma forma, de acordo com Sérgio Seibel, a falta de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, estaria intensificando a prisão de supostos usuários como se fossem traficantes:

Desde que a atual Lei sobre Drogas (11.343/2006) entrou em vigor, o número de presos por crimes relacionados às drogas no Brasil dobrou. A falta de

²⁴ CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

²⁵ Por todos: THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

²⁶ SHALOM, David. **67,7% dos presos por tráfico de maconha tinham menos de 100 gramas da droga.** Publicado em 23 de setembro de 2014. Disponível em. <<http://ultimosegundo.ig.com.br/2014-09-23/677-dos-presos-por-trafico-de-maconha-tinham-menos-de-100-gramas-da-droga.html>> Acesso em, outubro de 2021.

clareza na lei está levando à prisão milhares de pessoas que não são traficantes, mas sim usuárias. A maioria desses presos nunca cometeu outros delitos, não sendo criminosos a priori, não tendo relação com o crime assim chamado “organizado” e portavam pequenas quantidades da droga no ato da detenção para seu próprio consumo. ²⁷

No Livro de Orlando Zaccone, delegado de polícia do Estado do Rio de Janeiro, ele disponibiliza uma tabela ²⁸ onde se encontra um mapa de ocorrências por detalhamento de delito tráfico de entorpecentes (2005), fonte do ISP (Instituto de Segurança Pública) observe-se abaixo:

DELEGACIA (ÁREA)	FLAGRANTES
34ª DP (Bangu)	186
36ª DP (Santa Cruz)	89
21ª DP (Bonsucesso)	83
32ª DP (Jacarepaguá)	73
62ª DP (Imbarê)	67
17ª DP (São Cristóvão)	63
TOTAL	561

ZONA SUL	
15ª DP (Gávea)	17
10ª DP (Botafogo)	15
12ª DP (Copacabana)	14
14ª DP (Leblon)	9
13ª DP (Ipanema)	5
16ª DP (Barra da Tijuca)	3

²⁷ SEIBEL, Sérgio. A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública. Disponível em: Acesso em: 02 out. 2019

²⁸ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 3º edição. Rio de Janeiro, Editora Revan. p.14

TOTAL	63
-------	----

Através dessas tabelas é possível desenvolver vários questionamentos: será que o tráfico de drogas é tão baixo assim na zona sul? Ou será que a baixada fluminense movimentava tanto assim o tráfico? Será que a polícia age de uma forma mais ostensiva no combate ao tráfico na baixada, onde consegue ter mais livre acesso aos bairros e comunidades? Enfim, muitas reflexões se tornam viáveis considerando dados que demonstram números díspares conforme as áreas em que drogas foram apreendidas, permitindo um maior número de definições por tráfico nas regiões mais pobres e um menor número de tráfico nas áreas mais privilegiadas, como se tráfico nessas regiões não houvesse.

Verifica-se abaixo o pensamento de Vera Malaguti Batista sobre a realidade do tráfico no Rio de Janeiro, que permite concluir a veracidade das questões trazidas acima:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.²⁹

Através dessas tabelas, pode-se concordar com Malaguti, no sentido de que existe e pode ser comprovada a diferença de tratamento entre um jovem que é pego com uma quantidade mínima de droga na zona sul versus aqueles que moram na baixada. Na zona sul, os pontos de venda de drogas ilícitas, em sua maioria, acontecem em condomínios onde a polícia não tem livre acesso, causando essa distinção absurda entre esses números.

Augusto Thompson é preciso ao apontar a maior vulnerabilidade das classes mais pobres ao etiquetamento do sistema penal:

As classes média e alta tendem a passar maior parte do tempo em locais fechados; os indivíduos marginalizados vivem a céu aberto. Compreende-se, por isso mesmo, haver muito mais probabilidade de serem os delitos dos miseráveis vistos pela polícia do que os perpetrados pela gente de posição social mais elevada. Como consequência, idênticos comportamentos, dependendo do estrato a que pertence o sujeito, mostrarão variações quanto a gerar reconhecimento de serem criminosos.³⁰

Embora a Lei 11.343/2006 tenha apresentado importantes mudanças, ao tentar diferenciar o traficante do usuário acabou por apenas ressaltar elementos que já eram usados como critério discriminatório de seleção a fim de reprimir indivíduos mais vulneráveis, como bem leciona Zaffaroni:

O direito penal escolhe determinados indivíduos a criminalização mediante um estereótipo pré-estabelecido pelo legislador. Este poder de selecionador incide tanto na elaboração das normas típicas, como na sua aplicação, o que leva o aparelho punitivo estatal valer apenas para aqueles já selecionados,

²⁹ MALAGUTI BATISTA, Dífceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, Revan, 2003., p. 122

³⁰ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998., p. 62.

os demais, ainda que pratique a conduta típica, será de algum modo excluído da aplicação da lei penal.³¹

Conforme Salo de Carvalho, segundo pesquisa realizada, ocorreu um aumento significativo de pessoas encarceradas pelo crime de tráfico de drogas, observamos abaixo:

Conforme dados apresentados em momento anterior, em 2007 o tráfico de drogas representava 15% da população carcerária, sendo que os delitos de roubo simples e qualificado e latrocínio atingiam 32%. Em 2011 há uma mudança substancial: o tráfico é responsável por 24,43% dos apenados, e o roubo simples e qualificado e o latrocínio decrescem para 28%.³²

De fato, pode-se perceber ao fazer essa análise de dados na população carcerária brasileira, que é permitido sustentar a hipótese de que o punitivismo nacional tem como referência o delito de tráfico de drogas, a nova lei de drogas, 11.343/2006, que incrementou em sua redação uma seletividade punitiva pela falta de critérios objetivos para distinguir traficantes e usuários, intensificando a prisão de supostos traficantes, trazendo maior exclusão aos indivíduos mais vulneráveis.

6. CONCLUSÃO

A Lei 11.343/2006, nova Lei de drogas, trouxe consigo uma maior repressão ao crime de tráfico de drogas e também uma sanção mais branda ao usuário de drogas, porém devido às brechas deixadas na redação, trouxe também uma preocupação em relação aos indivíduos mais vulneráveis.

De fato, a nova lei, deixa explícito que com essas brechas, a sua aplicação se torne seletiva, atingindo pessoas de classes sociais menos favorecidas, essa falta de objetividade na redação do artigo 28, em seu parágrafo 2º, acaba cooperando com a seletividade penal, visto que sua subjetividade, acaba deixando espaços para que os agentes da lei intervenham segundo sua visão de mundo, seus estereótipos.

Pela análise da população carcerária não é difícil notar a existência de indivíduos presos pelo crime de tráfico de drogas quando, na verdade, se enquadrariam no tipo como usuários, porém estão presos por conta dessa seletividade ainda existente em nosso sistema penal e que mantida enquanto os agentes da lei estiverem exercendo suas atividades orientados por preconceitos e construções simbólicas que marginalizam as camadas mais pobres da população ao tempo que privilegiam os mais afortunados ao arrepio da justa e isonômica aplicação da lei.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

³¹ ZAFARONI. Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, 3º ed., 1998, Rio de Janeiro, RJ. Revan, p. 133.

³² Dados comparativos de 2011 com os apresentados na 5ª edição (2010), referentes ao ano de 2007 (CARVALHO, A Política Criminal de Drogas no Brasil, pp.156-158). p. 205.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de maio de 2022.

BRASIL, Lei 6.368 de 21 de Outubro de 1976. Diário Oficial, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de Outubro de 1976, p. 14839. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 15 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de ago. de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Brasília, DF, agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 15 de maio de 2022.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. Ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: 2011.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

CARVALHO, Salo D. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006, 8ª edição. São Paulo – SP, Editora Saraiva, 2016.

CESEC, Centro de estudo de segurança e cidadania. LEI DE DROGAS TEM IMPULSIONADO ENCARCERAMENTO NO BRASIL. isto é, 2018, disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/participacao/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil/>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MALAGUTI, Vera. Díficeis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, Revan, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2004

ROCCO, Rogério. O que é legalização das drogas? São Paulo: Brasiliense, 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo, SP: R. dos Tribunais, 2004.

SHALOM. David. 67,7% dos presos por tráfico de maconha tinham menos de 100 gramas da droga. Publicado em 23 de setembro de 2014. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/2014-09-23/677-dos-presos-por-trafico-de-maconha-tinham-menos-de-100-gramas-da-droga.html>> Acesso em, outubro de 2021.

SEIBEL, Sérgio. A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública. Disponível em:https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei-113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-na-saude-publica. Acesso em: 02 out. 2019

THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Revan.

ZAFFARONI, Eugenio. BATISTA, Nilo. *Et all.* Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.