

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA LOUREIRO SIMÕES

**LEI DE DROGAS E SELETIVIDADE PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

VITÓRIA
2023

LARISSA LOUREIRO SIMÕES

**LEI DE DROGAS E SELETIVIDADE PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, escrito e apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA
2023

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo explicitar, à luz da criminologia crítica, como a falta de clareza e objetividade da Lei nº 11.343/2006 - Lei de Drogas -, ao estabelecer critérios de distinção entre usuário e traficante (art. 28, § 2º), pode ensejar a seletividade penal na prática. Além disso, busca-se evidenciar a incompatibilidade do processo de criminalização com o atual Estado Democrático de Direito. Ademais, analisa-se os impactos da aplicação não isonômica do Direito Penal no sistema prisional, bem como os efeitos da criminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal no contexto brasileiro. Por fim, pretende-se provocar reflexões sobre o papel do Direito Penal e a eficácia quanto às suas finalidades.

Palavras-chaves: Seletividade Penal; Lei 11.343/2006; Criminologia crítica; Porte para Consumo; Tráfico de Drogas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	6
1.1 TEORIA DO ETIQUETAMENTO.....	6
1.2 IMPACTOS DA SELETIVIDADE PENAL NO SISTEMA PRISIONAL E NA SOCIEDADE BRASILEIRA.....	11
2 FINALIDADES, CONCEITOS E PENALIDADES ESTABELECIDAS PELA LEI DE DROGAS (Nº 11.343/2006).....	15
2.1 DESCRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO X LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	19
2.2 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE TRAFICANTE E USUÁRIO DE DROGAS.....	22
3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A SELETIVIDADE PENAL NA LEI DE DROGAS.....	26
3.1 STF E O DEBATE ATUAL SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

O vigente trabalho pretende desenvolver um estudo, à luz da criminologia crítica, a respeito da seletividade penal na aplicação da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), uma vez que esta, apesar de visar à prevenção do uso e o combate ao tráfico, acaba permitindo a formulação de estereótipos associados à figura do criminoso na sociedade.

Isso se dá, principalmente, pelo fato de que tal legislação, em seu art. 28, § 2º, ao elencar critérios de distinção entre o usuário e o traficante, tornou possível, de forma expressa, a atribuição de um “status” 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” (BARATTA, 2011, p. 113).

Dessa forma, esta análise se mostra relevante para compreender o tratamento penal empregue àqueles que praticaram o crime previsto nos arts. 28 (porte de drogas para consumo) e 33 (tráfico de drogas) por parte da polícia, que realiza a abordagem, e do juiz, que decide sobre cada caso concreto.

Ademais, o método escolhido para nortear este trabalho é o indutivo. Entende-se ser o método mais adequado, tendo em vista que parte da observação de casos particulares para que ideias gerais possam ser alcançadas, permitindo o desenvolvimento de uma teoria.

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contidas nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar à conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que as premissas nas quais se basearam. (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 86).

No que tange à natureza, a pesquisa será bibliográfica e documental, a fim de analisar sua verossimilitude com a realidade fática. Infere-se, portanto, que os dados utilizados serão de natureza secundária, já que a análise incidirá sobre dados já existentes, isto é, que já foram produzidos.

Tendo em vista as considerações acima, o capítulo 1 tratará sobre o conceito da seletividade do sistema penal brasileiro, bem como abordará, criticamente, as finalidades do Direito Penal. Quanto a isso, vale ressaltar que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as” (ZAFFARONI, 2011, p.76).

(...) a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram desse tratamento diferenciado depende sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do hostis são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. (ZAFFARONI, 2011, p.82)

Ademais, o tópico 2 abordará as finalidades, conceitos e penalidades estabelecidas pela Lei de Drogas, explicando, de forma mais aprofundada, as propostas trazidas pelo dispositivo para atuação no combate a essas substâncias ilícitas, e se essas pretensões são devidamente cumpridas.

Por fim, o capítulo 3 versará sobre a criminologia crítica e como esta se faz essencial para verificar a forma pela qual a seletividade penal pode ser observada na prática quando a Lei de Drogas é aplicada, de forma desigual, a determinadas classes e grupos sociais.

Portanto, depreende-se que este trabalho se justifica pela importância de perceber como a Lei de Drogas atua como um instrumento de controle social, operando de modo seletivo e agravando as disparidades étnicas, econômicas e sociais no tocante à eficácia e à aplicabilidade das normas.

Parte-se, então, do seguinte questionamento: como a Lei nº 11.343/2006, ao estabelecer critérios de distinção entre o consumidor e o traficante de drogas, autoriza a seletividade penal?

1 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Em primeiro lugar, é necessário lembrar que, segundo a doutrina, a principal função e pretensão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade, devendo ser concedido o mesmo tratamento legal aos cidadãos submetidos ao ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, na prática, o que se percebe é que, muitas vezes, sanções penais não são aplicadas da mesma maneira para todos aqueles que cometem uma infração dessa natureza, sendo direcionadas de forma mais intensa a um determinado grupo social.

Para o criminólogo italiano Alessandro Baratta, “o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos” e “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”. (BARATTA, Alessandro, 2002, p. 162)

Nesse mesmo sentido, de acordo com o professor Raphael Boldt,

Não obstante o comportamento desviante se distribua por todos os grupos sociais e a necessidade das formas de criminalidade própria das classes dominantes e, portanto, imunes, seja muito mais grave do que a de toda a criminalidade realmente perseguida (BARATTA, 2002, p. 198), tem se tornado comum no Brasil a percepção de que a legislação penal somente se aplica a uma determinada parcela da população (BOLDT, 2013, p. 163).

Além disso, o autor destaca a desigualdade social e econômica no Brasil, bem como sugere que essas disparidades também se manifestam no sistema jurídico, especialmente na esfera penal, em que as diferenças entre ricos e pobres se mostram evidentes. Leia-se:

(...) o Brasil é conhecido mundialmente por suas desigualdades sócio-econômicas, males que aflige a maioria dos países periféricos. A realidade social, marcada pelo abismo existente entre as classes mais pobres e a minoria rica, é reproduzida pelo Direito, em especial no âmbito jurídico-penal. (BOLDT, 2013, p. 81)

Nesse cenário, cabe dizer que a seletividade penal possui íntima relação com a Teoria do Etiquetamento, uma vez que a primeira contribui para o processo de rotulamento de certos grupos sociais como criminosos, bem como influencia no comportamento e tratamento desses indivíduos pelo sistema de justiça criminal, conforme será melhor explicado no tópico seguinte.

1.1 TEORIA DO ETIQUETAMENTO

A Teoria do Etiquetamento, também conhecida como *Labelling Approach*, surgiu na década de 1960, nos Estados Unidos da América, tornando-se fundamental para o avanço do pensamento criminológico. Trata-se de um movimento que pretende apontar o sistema de justiça penal como o responsável pelo crescimento da criminalidade, uma vez que estigmatiza e rotula o criminoso.

Além disso, é importante ressaltar que, tradicionalmente, desde que a Criminologia passou a ser admitida como uma ciência autônoma, tal disciplina era voltada para discussões a respeito das causas do crime, ou seja, sobre a sua etiologia, tanto individual, em busca de uma explicação causal para o crime na figura do indivíduo criminoso; quanto na esfera socioestrutural, partindo de uma análise do ambiente e das estruturas nas quais tais indivíduos estariam situados, a fim de entender o crime enquanto fenômeno social.

Desse modo, as pesquisas criminológicas buscavam responder a questões muito características: 1) Por quais motivos essas pessoas cometem crimes?; 2) Que tipo de pessoas são essas?; 3) Como impedir que elas cometam novas infrações?. Contudo, apesar de aparentemente relevantes, a própria formulação dessas perguntas ignora diversos problemas em seus próprios pressupostos.

Outrossim, vale ressaltar que, nos Estados Unidos, principal polo de desenvolvimento da sociologia no século XX, houve uma série de acontecimentos que desencadeou a quebra da noção de uma sociedade harmônica (com os mesmos valores e pensamentos), bem como a ruptura dessa ideia de crime “não-problemático”.

Nesse cenário, houve diversos acontecimentos de extrema relevância, como exemplo: em 1961, ocorreu o assassinato do presidente John F. Kennedy, o qual asserava pela garantia dos direitos igualitários em prol dos negros estadunidenses; ainda no início da década, os movimentos por direitos civis da população negra e das mulheres ganharam força; em 1964, o *Civil Rights Act* foi aprovado pelo Congresso Americano, a fim de acabar com a segregação em espaços públicos e proibir a discriminação em razão de cor, credo ou gênero.

No entanto, apesar de tais conquistas, Malcolm X, afro-americano de grande importância como ativista dos direitos humanos, ministro muçulmano e defensor do

Nacionalismo Negro nos Estados Unidos, foi vítima de homicídio em 1965. Além disso, em 1968, Martin Luther King Jr., ativista político e um dos principais líderes negros na luta contra a discriminação racial no país também foi assassinado.

Isso posto, os eventos descritos acima são pertinentes para exemplificar e contextualizar a compreensão de que a sociedade não é baseada no consenso, mas pautada na incessante discórdia entre os próprios integrantes que a compõem. Sendo assim, pode-se afirmar que tal virada interpretativa promoveu um progresso significativo nos estudos de inúmeras disciplinas, dentre elas, a Criminologia.

Diante disso,

Como resultado dessa mudança paradigmática, a concepção de crime como ontológico e universal torna-se insustentável: o crime passa a ser visto não mais como possuidor de alguma “essência”; crime, na verdade, é simplesmente algo que fora arbitrariamente definido como tal. O conceito de crime passa, portanto, de objetivamente determinável, para subjetivamente problemático. (AGUIAR, 2021)

Todavia, questiona-se: em que medida aqueles que cometem crimes poderiam ser considerados criminosos?

A partir dessa nova perspectiva, aquelas perguntas que, anteriormente, formavam a base das pesquisas criminológicas, tornaram-se incoerentes e ultrapassadas diante das questões vigentes que surgiam em decorrência de novos acontecimentos.

Sendo assim, outros questionamentos foram levantados, sobrepondo-se às concepções até então reconhecidas: 1) O que, de fato, é o “crime”?; 2) Por qual motivo apenas determinadas violações são consideradas crimes?; 3) Quais são os processos de identificação de um “criminoso”?; 4) Quais os efeitos da aplicação de uma pena?.

Com isso, faz-se extremamente necessário destacar que, na obra *Social Pathology* (1951), o autor estadunidense Edwin Lemert estabelece a distinção fundamental entre os chamados desvio primário e desvio secundário. O doutrinador esclarece que o desvio primário é conceituado como a primeira infração desempenhada pelo indivíduo, em decorrência de fatores sociais, culturais e/ou psicológicos; já o desvio secundário se dá pela reação negativa da sociedade ao desvio primário, configurando-se, então, como a incorporação do desvio a partir da interação, isto é, “um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas

manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio” (BARATTA, p. 90, 2002).

Quando os outros decidem que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais. (SHECAIRA, 2004, p. 291).

(...) 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 labelling 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).

Como exemplo, pode-se citar que o consumo e comércio de substâncias entorpecentes definidas arbitrariamente como ilícitas é considerado crime no Brasil, ou seja, o tráfico de drogas é alvo de sanções penais. A partir disso, supondo que um jovem de 18 anos decida experimentar maconha, incidindo em uma prática encarada como criminosa pela lei, ele incorre no chamado desvio primário. Caso esse jovem passe a fumar a substância com frequência, o desvio secundário ocorrerá no momento em que ele reconstruir sua identidade a partir dos rótulos que lhe forem atribuídos, assumindo a etiqueta que lhe foi concedida, tornando-se um “desviante”.

Dizendo de outra forma, desvio primário nada mais é do que a simples realização de um ato proibido - algo comum e rotineiro, presente na vida das pessoas, sem que haja uma rotulação identitária em razão de tal desvio. Lemert (1951) afirma que quando há o desvio primário, passa a haver expectativa social, a desconfiança de que novos delitos ocorram. A sociedade acaba por esperar a reincidência.(...) De outro lado, o desvio secundário é aquele que é consequência de repetidos delitos, ou seja, quando há reincidência no desvio, encontrando-se as bases para o processo de etiquetamento, passando o delinquente a ser tratado como desviante. Além disso, o próprio delinquente passa a reagir à etiqueta que lhe foi atribuída, não conseguindo escapar, por diversos fatores, à carreira criminosa. Ou seja, no desvio secundário, a pessoa passa a identificar-se com o rótulo que lhe foi atribuído, assumindo uma identidade desviante (possivelmente criminosa) como forma de ajustar-se aos problemas criados como consequência de sua rotulação (AGUIAR, 2021)

Nesse viés, os autores da Teoria da Etiquetagem argumentam que o sistema e, sobretudo, a sociedade, não julga apenas as condutas como delituosas, visto que, sob o ponto de vista prático, é comum observar uma extensão desse julgamento para o próprio indivíduo que praticou o delito. “Naturalmente, o perfil daqueles alcançados pela criminalização secundária será, mormente, o daqueles afetados mais diretamente pela disparidade de renda e de distribuição da riqueza socialmente produzida, quais sejam, os pobres” (JÚNIOR, 2019, p. 15).

Cabe destacar, ainda, a tese defendida por Howard Becker, autor do livro *Outsiders* (1963), considerado um dos maiores representantes do *Labelling Approach*. Consoante o pesquisador, o desvio é criado artificialmente. Isso significa que grupos sociais criam regras, que, uma vez violadas, criam o desvio pela execução das sanções previstas nessas normas aos indivíduos que as infringem. Por esse lado, o desvio seria uma consequência da aplicação daquelas regras, e não uma qualidade inerente ao ato ou à pessoa que adotou tal comportamento reprovável. Assim, a diferença entre um “criminoso” e um “cidadão de bem” estaria exatamente na etiqueta/rótulo que lhe é concedido.

Grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outras de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado como sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal” (BECKER, p. 19, 2008)

Nessa perspectiva, Becker (2008, p. 26) esclarece que o desvio não é algo que simplesmente está presente em determinados tipos de comportamento e ausente em outros, mas, antes, que é “o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento”. Assim, o mesmo comportamento pode ser considerado uma infração em certos casos e em outros não, a depender de quem o comete. A definição de um comportamento como desviante ou não, desse modo, não depende apenas da natureza do ato si. (CASTRO; SILVA, 2020, p. 342).

Em suma, depreende-se que os teóricos da Teoria do Etiquetamento pretendiam explicar que quando um indivíduo que, por acaso, praticou crimes, passa a ser “etiquetado” como criminoso, surge uma profecia autorrealizável. “A profecia autorrealizável é, no início, uma definição falsa da situação, que suscita um novo comportamento e assim faz com que a concepção originalmente falsa se torne verdadeira”. (BARATTA, 2002, p. 174).

Assim sendo, verifica-se que, sob essa perspectiva, as reações negativas e hostis por parte da comunidade são as grandes responsáveis por tornar a criminalidade mais sedutora para a pessoa que cometeu o delito, transformando-a em criminosa habitual e tornando a adesão à lei cada vez mais complexa. Portanto, nessa lógica, os estigmas construídos pelas instituições de controle social, ao invés de atingirem o resultado pretendido, qual seja, reduzir a criminalidade, poderiam acabar alcançando um efeito totalmente oposto.

O sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza a certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma conduzir-se por “estereótipos” [...], que criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a estigmatização social do criminalizado. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 69).

[...] o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos 8 processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 2003, p.40-41).

Ante o exposto, observa-se a ideia de que o próprio sistema criminal - composto, por exemplo, por policiais, promotores, juízes e sistemas penitenciários - estipula um determinado estereótipo de algumas camadas da sociedade.

1.2 IMPACTOS DA SELETIVIDADE PENAL NO SISTEMA PRISIONAL E NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Como já abordado anteriormente, a problemática da seletividade penal consiste na aplicação desigual da lei, direcionada, principalmente, a determinados grupos sociais, étnicos ou econômicos. Essa falta de isonomia pelo sistema de justiça criminal, na prática, gera impactos crônicos e significativos no sistema prisional e, conseqüentemente, no contexto e na sociedade brasileira.

O sistema penal e, conseqüentemente o sistema prisional não obstante sejam apresentados como sendo de natureza igualitária, visando atingir indistintamente as pessoas em função de suas condutas, têm na verdade um caráter eminentemente seletivo, estando estatística e estruturalmente direcionado às camadas menos favorecidas da sociedade. (ASSIS, 2007)

A partir dessa compreensão, sabe-se que o sistema prisional brasileiro se encontra saturado, sendo de conhecimento geral que todas as unidades do país estão

superlotadas, e o número de presos está em constante crescimento, sendo o Brasil um dos países com maior população carcerária do mundo. Isso se dá porque as populações mais marginalizadas e economicamente desfavorecidas possuem uma probabilidade maior de serem presas e condenadas, ao mesmo tempo em que crimes cometidos por indivíduos de classes sociais mais abastadas, muitas vezes, resultam em penas mais leves, alternativas à prisão ou, até mesmo, impunidade.

Vale destacar que, de acordo com dados emitidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o número da população carcerária aumentou significativamente nas últimas décadas, crescendo de 232.755 presos, em 2000, para 773.151, em 2019. Além disso, hodiernamente, há um déficit de 212 mil vagas no sistema prisional brasileiro.

Nesse contexto de superlotação, os custos financeiros referentes à manutenção de prisões e processos judiciais são significativos para o Estado brasileiro, impondo uma carga substancial aos contribuintes, vez que esses recursos poderiam ser direcionados à educação de qualidade, saúde, programas de reabilitação, entre outras áreas produtivas relevantes.

Sendo assim, verifica-se que o Direito Penal seletivo reforça a desigualdade social, sendo muito mais “presumível” que aqueles que enfrentam condições socioeconômicas inferiores se aproximem do sistema de justiça criminal, devido à falta de acesso à devida educação e oportunidades de emprego. Isso promove um ciclo de criminalização entre os mais pobres.

(...) o Estado que deveria implementar políticas públicas visando erradicar a miséria, passou a concentrar sua atuação na preservação da ordem e da segurança, assumindo papéis essencialmente punitivos contra os indivíduos excluídos do mercado de trabalho e de consumo. (BOLDT, 2013, p. 161).

A partir disso, é correto afirmar que o problema da seletividade provoca as condições desumanas às quais os encarcerados são submetidos nas prisões, como exemplo, superlotação, má infraestrutura, falta de investimento e atendimento às necessidades básicas e descaso do poder público.

A superlotação das celas, sua precariedade sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa

condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. (ASSIS, 2007)

Outrossim, a superlotação potencializa os outros problemas do encarceramento em massa, vez que as celas ficam amontoadas pelos detentos, que, muitas vezes, precisam dormir no chão; doenças são proliferadas de forma intensa; faltam médicos para atender a grande quantidade de presos; a violência se torna acirrada; e a segurança é precária.

Assim, a dignidade humana, entre outros direitos dos presidiários, é frequentemente violada, aumentando a violência entre eles, bem como o risco de vida, o que faz com que a ressocialização dos infratores se torne ainda mais difícil. Por isso, cabe afirmar que, nas prisões, vive-se um estado de coisas inconstitucional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (BRASIL, 2015)

Dessa maneira, mesmo que a realidade fática permaneça, ao menos, tem-se um reconhecimento, por parte da Corte Constitucional brasileira, no sentido de que o estado do sistema prisional é de inconstitucionalidade permanente.

O fracasso do sistema carcerário brasileiro é de todos conhecido. A despeito da previsão legal, superlotação e condições insalubres são questões recorrentes no Sistema Carcerário brasileiro. De acordo com o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, do Sistema Carcerário,¹⁹a maioria dos estabelecimentos prisionais do país “não contém instalações apropriadas à alocação individual de presos e, quando estes são alojados coletivamente, não lhes são propiciadas condições mínimas de acomodação” (SANTOS, 2017, p. 224, *apud* SANTOS, 2019, p. 14)

Ficando apenas com os exemplos citados nos estudos elaborados pela CPI, resta latente a falência do sistema prisional brasileiro²⁰, que não só é incapaz de cumprir a tão propalada finalidade preventiva da pena privativa de liberdade, especialmente a questionável ressocialização dos detentos, como promove crueldades e desumanidades com a população carcerária. (SANTOS, 2017, p. 224, *apud* SANTOS, 2019, p. 14)

Ademais, consoante pesquisa realizada pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 820.689 pessoas estavam inseridas no sistema carcerário brasileiro em

junho de 2022. Entre estas, quase 70% eram negras, as quais compõem a maior parte da população hipossuficiente do país.

Diante disso, ressalta-se que grande parte dos presos deixam as prisões com pouca, ou nenhuma, perspectiva de trabalho ou apoio social, aumentando-se, assim, a probabilidade de reincidência criminal, prejudicando a segurança pública. Por conseguinte, a justiça, que deveria passar confiança à sociedade, acaba sendo vista de forma contrária na medida em que muitos indivíduos que compõem a elite são poupados de punições, enquanto outros, de classes inferiores, são punidos de maneira desproporcional.

É instigante, porém, a constatação de que, desde o início da utilização da prisão como pena, já se denunciava o seu fracasso. O mestre francês elenca alguns dos argumentos que levaram a essa constatação, aludindo que as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; que a detenção provoca a reincidência; que a prisão produz delinquência e não pode deixar de fabricá-la; que as condições dadas aos detentos libertados os condenam fatalmente à reincidência; que, enfim, a prisão fabrica, indiretamente, delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento. (FOUCAULT, 2013, p. 251-254, *apud* SANTOS, 2019, p. 14)

Ante o exposto, portanto, salienta-se que a situação do sistema carcerário no Brasil é caracterizada como extremamente precária, e precisa ser revista, já que o Estado deve cumprir com o dever formulado pelo art. 10 da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984, segundo o qual: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado. Objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo Único. A assistência entende-se ao egresso” (BRASIL, [2022]).

2 FINALIDADES, CONCEITOS E PENALIDADES ESTABELECIDAS PELA LEI DE DROGAS (Nº 11.343/2006)

Em primeiro lugar, ressalta-se que, no Brasil, a Lei de Drogas foi publicada em 2006, representando uma mudança significativa no que diz respeito ao combate às drogas. Isso porque, a legislação anterior referente ao tema (Lei nº 6.368/1976) possuía um viés normativo muito mais repressivo e penalista. Em vista disso, cabe destacar, como exemplo, o art. 16 do Estatuto dos Tóxicos de 1976, que trata da punição prevista ao usuário de drogas:

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 (BRASIL, 1976).

Ante o dispositivo acima, percebe-se que, antigamente, previa-se uma punição mais rigorosa, qual seja, a prisão, para esses sujeitos, sendo estes reprimidos.

Se em 1973/74 era consenso, nas mais diversas correntes do Direito Penal e da Criminologia, a necessidade de descriminalizar, principalmente, o uso de substâncias entorpecentes e privilegiar formas primárias de prevenção, em 1976 nossa legislação elegeu como premissa lapidar a repressão. Independente do fato de ser insustentável a incriminação do uso, pois vimos que representa grave dano às formas garantidoras clássicas e neo-clássicas por lesionar sua principiologia estruturante, a legislação anti-drogas adotou técnica legislativa extremamente questionável no que diz respeito à proteção e tutela das garantias individuais e coletivas. (CARVALHO, 2016).

Em contrapartida, a Lei 11.343/2006, conforme será tratado mais adiante, não estabelece pena de detenção ou qualquer privativa de liberdade para esses sujeitos, mas sim medidas socioeducativas (art. 28). Desse modo, com a substituição e revogação da Lei nº 6.368 de 1976, busca-se uma perspectiva mais sociológica, de redução de danos, por meio de uma tentativa de “deslocar” o usuário de drogas do sistema de justiça criminal, introduzindo-o no sistema de saúde.

Apesar de fundada na mesma base ideológica da Lei 6.360/76 (ideologia da diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais. Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes - notadamente após a edição da Lei 9.099/95 -, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre

05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas. (CARVALHO, 2013, p. 141).

Sendo assim, nota-se que, a partir de 2006, o legislador passou a ter uma preocupação maior com a reintegração social e com a dignidade, direito inerente à pessoa humana, dos dependentes dessas substâncias psicoativas.

Com o crescente amadurecimento da compreensão do homem em si próprio, sedimentou-se a noção da inerência da dignidade e dos direitos que ela abarca a condição humana. [...] A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente a sua essência e que o ser humano é digno por que é. (JÓRIO, 2008, p.13)

Contudo, a nova regulamentação a respeito do usuário de drogas só foi possível pela reiteração concomitante da dimensão punitiva para o crime de tráfico. Isso significa que a rigorosidade da pena de prisão para o traficante dessas substâncias aumentou, tornando-o um “inimigo público”, o qual necessita de uma punição mais gravosa. Segundo Luiz Flávio Gomes, a atual Lei de Drogas parte de alguns pontos principais, quais sejam

a) pretensão de introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário [...]; (c) rigor punitivo com o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimental e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, [...] leiloados os bens [...]. (FERRARO, 2018)

Nesse contexto, a finalidade da Lei de Drogas, de acordo com o *caput* do mesmo dispositivo, é “prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes”; estabelecer “normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito”; bem como definir crimes e outras providências (BRASIL, 2006). Com isso, o Brasil, ao instituir o SISNAD (Sistema Internacional de Políticas sobre Drogas) e prescrever medidas para prevenir o uso indevido das drogas, tornou-se relevante na esfera internacional.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, regulamentado pelo Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006, elenca as seguintes finalidades:

- I. Contribuir para a inclusão social do cidadão, tornando-o menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso de drogas, tráfico e outros comportamentos relacionados;
- II. Promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

- III. Promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- IV. Reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas;
- V. Promover as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios. (BRASIL, [2006])

Diante disso, evidencia-se a preocupação do Estado com o bem-estar social. No entanto, a eficácia da Lei 11.343/2006 tem sido fortemente criticada e questionada ao longo dos anos. Neste sentido, segundo Salo de Carvalho:

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o (CARVALHO, 2016, p. 140)

Quanto a isso, é válido salientar que, passados alguns anos de sua vigência, a aplicação da nova lei no sistema de justiça criminal, em decorrência do rigor em relação ao tráfico de drogas, intensificou, de forma massiva, a criminalização por tal crime. Segundo dados nacionais extraídos da Depen, em 2006, havia quase cinquenta mil presos por comércio de drogas, enquanto que, em 2016, esse número cresceu para, aproximadamente, cento e cinquenta mil.

Além disso, é importante destacar que o parágrafo 1º do art. 1º da Lei 11.343/2006 estabelece um conceito de drogas, determinando que a aplicação da Lei concerne às substâncias ou aos produtos “capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (BRASIL, 2006).

O art. 66 da mesma Lei, por sua vez, dispõe que “até que seja atualizada a terminologia, [...] denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998”. É, portanto, a inclusão ou exclusão nessa lista que faz com que determinada substância seja considerada juridicamente droga ou não, incidindo sobre seus usos as consequências daí decorrentes. Assim, resta evidente a premissa que subjaz toda nossa investigação, a saber, que a categorização de uma substância como “droga” é, antes de tudo, uma questão de decisão política, inserida em um dado contexto social e histórico. (CASTRO, 2020, p. 318-319)

Outrossim, de acordo com o § 2º do art. 28, o juiz, para definir se a substância encontrada se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico, deve observar não somente **a natureza, a quantidade da droga apreendida, o local e as condições**

em que se desenvolveu a ação, mas também **as circunstâncias sociais e pessoais**, bem como a **conduta** e os **antecedentes criminais** do autuado.

Trata-se dos requisitos utilizados para diferenciar o delito praticado pelo usuário do consumado pelo traficante de drogas. Destaca-se, então, a necessidade de compreender tais “circunstâncias sociais e pessoais”, levando-se em consideração que a Lei de Drogas não prevê pena privativa de liberdade para o primeiro. Já quanto à punição prevista para o segundo, que é reconhecido pelas condutas descritas no artigo 33, *caput*, da Lei de 11.343/2006, é determinada a reclusão do réu e o pagamento de multa.

Diante disso, cabe salientar que a doutrina traz uma grande polêmica acerca do consumo de drogas, previsto no art. 28. Isso se dá devido ao fato de que muitos autores questionam se há uma descriminalização ou não de tal conduta, visto que a imposição de pena privativa de liberdade não é uma sanção prevista na lei para o usuário de entorpecentes. Isso está em contradição com a definição legal de crime, nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, conforme será explicitado mais adiante.

Por essa razão, o debate se estende à criminalização do uso e posse de drogas para consumo pessoal, sendo os usuários submetidos apenas a medidas educativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade ou acompanhamento terapêutico. Entretanto, ainda assim, muitos deles acabam sendo sujeitos à penas rigorosas (especialmente aqueles que possuem baixa renda e sofrem discriminações), sendo este um dos fatores que contribuem para o superencarceramento.

Logo, entende-se que a aplicação da Lei 11.343/2006 demonstra-se, diversas vezes, desproporcionalmente prejudicial às comunidades desfavorecidas, bem como minorias étnicas, resultando em um sistema de justiça criminal enviesado.

Nesse sentido, verifica-se que a nova Lei de Drogas é pauta de muitas polêmicas. Ademais, aquelas que envolvem: 1) a discussão que abarca a descriminalização do porte para consumo das drogas; 2) os critérios que distinguem os traficantes dos usuários dessas substâncias; serão melhor tratadas nos tópicos 2.1 e 2.2, respectivamente.

2.1 DESCRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO X LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS

Conforme já dito anteriormente, o ato de consumir drogas não é considerado crime. Entretanto, surge o questionamento: o porte para consumo é crime?

Essa polêmica foi trazida pela nova Lei de Drogas, que revogou a lei antiga, que previa pena privativa de liberdade para o porte para consumo. Sendo assim, a partir da legislação criada em 2006, a controvérsia se concentra no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que diferencia o crime de contravenção penal.

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Desse modo, deve-se considerar que o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que se refere ao consumo de drogas, não prevê, para o consumidor, prisão simples, detenção, ou reclusão, mas medidas socioeducativas, como: “I) advertência sobre os efeitos das drogas; II) prestação de serviços à comunidade; e III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. (BRASIL, 2006)

Sendo assim, seria possível concluir que tal dispositivo não descreve um crime, e nem uma contravenção penal? Houve uma descriminalização da conduta?

Quanto a isso, ressalta-se que os conceitos de descriminalização do consumo e legalização das drogas não devem ser confundidos, sendo necessária a distinção entre eles.

A descriminalização faz com que determinadas condutas que, em algum momento, foram definidas como ofensas criminais, sejam eliminadas dessa categoria, retirando, desse modo, o status de crime desses atos.

Hulsman, ao incorporar no conceito as diferentes formas de concretização, entende por descriminalização, “(...) o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz). A definição proposta pelo autor congloba duas espécies, a *descriminalização legislativa* e a *descriminalização judicial*. (CARVALHO, 2013, p.193)

No que tange às drogas, a descriminalização está ligada à demanda, ou seja, à compra, posse e consumo. Porém, isso não significa que essas ações se tornam legais, pois deixam de ser atos ilícitos sob a perspectiva penal, mas permanecem sujeitas a sanções administrativas.

Hulsman, ao incorporar no conceito as diferentes formas de concretização, entende por descriminalização, “(...) o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz). A definição proposta pelo autor congloba duas espécies, a *descriminalização legislativa* e a *descriminalização judicial*. (CARVALHO, 2013, p.193)

Por outro lado, a legalização faria com que a produção, a venda, a posse e o consumo passassem a ser legais, ou seja, reguladas pelo próprio Estado.

[...] descriminalizar significa deixar de tratar como crime; despenalizar significa deixar de punir com pena privativa de liberdade – que é o regime vigente atualmente; e legalizar significa dizer que aquele é um fato que o direito considera aquilo normal [...] (BARROSO, 2015)

Dito isso, para responder os questionamentos sobre a descriminalização ou não da conduta do porte de drogas para consumo, existem três correntes doutrinárias relevantes que devem ser mencionadas.

A primeira, defendida pela professora Alice Bianchini, afirma que houve a descriminalização substancial do porte para consumo, ou seja, este deixou de ser crime e passou a ser um fato atípico, configurando, então, um mero ilícito administrativo.

Alice Bianchini (2013) entende que houve descriminalização substancial. Ou seja, teria ocorrido *abolitio criminis* em relação ao comportamento do artigo 28, não mais pertencendo tal conduta à tutela do Direito Penal. Este raciocínio entende que a pena privativa de liberdade é a essência do Direito Penal e por conta disso a conduta de portar drogas para consumo pessoal não poderia ser vista mais como crime. (DIAS, 2021)

Já para a segunda corrente, adotada pelo professor Luiz Flávio Gomes, acredita que ocorreu uma descriminalização formal, criando-se uma infração penal *sui generis* (singular). Em outras palavras, o consumo de drogas não se trata de crime, nem contravenção. É como se fosse uma terceira via de contravenção penal.

Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa

(Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. (GOMES, 2013, p.111)

Por fim, o terceiro posicionamento é o que prevalece atualmente, baseado em decisões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Indica que houve apenas a despenalização do porte dessas substâncias para uso pessoal, mas que tal conduta não deixa de ser considerada um crime.

De acordo com a 1ª Turma do STF, que dispôs sobre o assunto no RE 420.105-QO/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). **Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis.** (BRASIL, 2007, grifos nossos)

Desse modo, o entendimento do STF é no sentido de que o artigo 1ª da Lei de Introdução ao Código Penal traz apenas um dos critérios para a definição de crime, não sendo o único. Além disso, o art. 28 inaugura o capítulo referente aos crimes da Lei de Drogas, sendo, então, a intenção do legislador rotulá-lo como tal, ainda que tenha estabelecido sanções penais diversas da pena privativa de liberdade. Segundo Renato Brasileiro de Lima:

(...) se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30). (LIMA, 2016, p. 701).

A partir desse conceito, o procedimento a ser adotado está previsto na Lei 9.099/95, responsável pelos processos referentes às infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 48, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, sendo, então, cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Assim sendo, pode-se dizer que a despenalização do usuário e o reconhecimento de políticas para redução de danos provém da Lei 11.343/2006. Apesar disso, o art. 28, parágrafo 2º, dessa lei é um ponto que envolve muitas polêmicas. Isso porque são

elencados oito critérios legais de distinção entre o porte para uso pessoal e o tráfico de drogas, os quais são, em sua maioria, subjetivos. Assim, existem lacunas em decorrência da falta de uma indicação precisa de parâmetros diferenciadores. Tal assunto será abordado de forma mais profunda no tópico seguinte.

2.2 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE TRAFICANTE E USUÁRIO DE DROGAS

Neste tópico, conforme indica o título, serão analisados os critérios previstos em lei para distinguir o usuário do traficante de drogas, sendo necessário, em primeiro lugar, fazer uma análise sobre os dispositivos que descrevem os crimes cometidos por cada um (arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006).

Nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006, 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 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.
(BRASIL, 2006, grifo nosso)

Faz-se extremamente importante compreender que não se pune o ato de consumir essas substâncias ilícitas, mas a sua circulação, que gera um dano em potencial à saúde pública (bem jurídico tutelado, para a doutrina majoritária). Assim, para Renato Brasileiro Lima, a mera posse de drogas para consumo pessoal coloca em “[...] risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas” (2015, p. 712).

Dessa forma, o consumo pessoal é a finalidade do crime descrito, e não o ato punido em si. Logo, verifica-se que a preocupação não recai sobre a conduta de uso da droga, eis que o usuário causa danos somente à sua própria saúde ao consumir esses entorpecentes. Trata-se do princípio da alteridade ou transcendentalidade, pelo qual o Direito Penal apenas punirá comportamentos que violam bens jurídicos alheios, não se prestando a penalizar autolesões. Consoante Fernando Capez, tal premissa

Proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato

típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro. (CAPEZ, 2008, p. 13)

Para o autor, “não há lógica em punir o suicida frustrado ou a pessoa que se açoita, na lúgubre solidão de seu quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.” (CAPEZ, 2008, p. 13).

Além disso, não há pena privativa de liberdade prevista para esse crime, conforme já mencionado nos tópicos 2 e 2.1. Isso significa que, no Brasil, esse é o único delito que não admite prisão em nenhuma hipótese, nem mesmo em caráter excepcional.

Nesse sentido, as intelectuais brasileiras Flauzina e Pires (2020) já abriram caminhos. Elas afirmam que não há uma incompatibilidade entre os aportes jurídicos garantistas e as práticas violentas deflagradas no cotidiano. Ao contrário, o terror do Estado se materializa por meio dessa aparente contradição. Isso colabora muito para pensar em como o sistema judicial brasileiro consegue, ao mesmo tempo em que recomenda o desencarceramento e propõe medidas baseadas na legalidade, administrar um dos piores sistemas penitenciários do mundo sem impedir, na prática, as violações de direitos humanos e fundamentais. (SOUZA, 2021, p. 157)

Ademais, vale ressaltar o parágrafo 1º do art. 28 da Lei de Drogas, que estabelece as mesmas medidas para quem “semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de **pequena quantidade** de substância ou produto capaz de causar dependência física e psíquica”, para consumo pessoal. Note-se, então, que a finalidade do crime, qual seja, o uso da droga, permanece a mesma.

No tangente ao crime de tráfico de drogas, trata-se da conduta da circulação da droga, bastando apenas o comportamento para que seja consumado o delito, sendo este de perigo abstrato (presumido). Logo, o bem jurídico que se pretende proteger, segundo o entendimento que prevalece atualmente, também é a saúde pública.

Nesse ínterim, o art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que está sujeito à pena de reclusão, de cinco a 15 anos, bem como pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa, aquele que:

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. (BRASIL, 2006)

Desse modo, percebe-se que a punição imposta ao traficante é muito mais severa do que a estabelecida para o usuário, uma vez que, para este, não há a constrição

do direito de ir e vir, enquanto que, para aquele, a lei prevê o recolhimento em estabelecimento prisional.

Ademais, destaca-se que, entre as condutas descritas, existem aquelas que podem configurar ambas tipificações delitivas, como: “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo substância entorpecente ou que determine dependência psíquica” (JESUS, 2016).

Diante de tais considerações, o parágrafo 2º determina que “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” (BRASIL, 2006). A partir disso, é cabível afirmar que o legislador, ao redigir o enunciado acima, tinha a pretensão de estabelecer parâmetros para tornar possível o discernimento do juiz a respeito daquele caracterizado como usuário para o sujeito definido como traficante, especificando-os para que recebam o devido tratamento jurídico.

Entretanto, a redação de tal dispositivo é, constantemente, alvo de diversas críticas feitas pela doutrina e jurisprudência brasileiras, devido à ausência de uma descrição clara e objetiva sobre as características que definem esses indivíduos, abrindo oportunidades para que servidores do Poder Judiciário estabeleçam destinos diversos aos flagrados com drogas.

Tal omissão normativa faz com que os sujeitos submetidos ao processo de criminalização dependam quase que totalmente do entendimento do magistrado, o qual não possui um amparo legislativo eficiente, eis que não há uma delimitação devida entre usuários e traficantes. Como exemplo, cita-se a ambiguidade quanto à quantidade e à qualidade das drogas encontradas nas abordagens policiais, que pode provocar abusos e ações discriminatórias, bem como a penalização do usuário de drogas pelo crime de tráfico, fazendo com que tal indivíduo, enquadrado indevidamente como traficante, sofra consequências muito mais severas.

De acordo com Ribeiro Júnior (2018, p. 11),

Observe-se que não há nenhum critério objetivo que diferencie condutas que podem levar a pessoa a uma pena que vai de cinco a quinze anos de privação de liberdade ou a ficar submetido a penas socialmente alternativas. Não há nenhuma segurança, nada que garanta uma separação clara entre um porte de drogas ser considerado tráfico ou uso pessoal, nem mesmo a

quantidade de drogas encontrada. Esta situação levou a um aumento considerável do encarceramento da juventude negra e periférica. O tráfico de drogas é o segundo ato infracional mais recorrente no país, superado apenas pelo roubo.

Além disso, na grande maioria das vezes, as pessoas pré-julgadas em “atitude suspeita”, caracterizadas como supostos traficantes, são negras ou pardas, além de possuírem baixa renda e escolaridade. Portanto, a subjetividade do critério referente às “circunstâncias pessoais e sociais”, por muitas vezes, demonstra-se um problema, pois permite que a discricionariedade dos operadores do direito seja utilizada de forma injusta, limitando-se a atuar em desfavor daqueles que já são, de certa forma, excluídos da sociedade.

Ante o exposto, constata-se que a maioria dos critérios elencados em seu art. 28, parágrafo 2º, carecem de objetividade e clareza, gerando uma forte insegurança jurídica quanto à aplicação da lei. Assim, é evidente que a Lei de Drogas, ainda que tenha trazido avanços positivos e relevantes, como exemplo, a despenalização do usuário e adoção de medidas de prevenção e redução de danos, gerou, também, impactos negativos.

3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A SELETIVIDADE PENAL NA LEI DE DROGAS

Quanto a este tópico, é importante, em primeiro lugar, compreender que o debate a respeito da descriminalização, ou não, do porte de drogas para consumo próprio é de grande destaque no mundo jurídico. Tal abordagem se mostra relevante, tendo em vista que é o foco da discussão sobre o combate às drogas, inicialmente chamado de “Guerra às Drogas”.

A respeito disso, cabe expor o pensamento de Michelle Alexander, escritora estadunidense e defensora dos direitos civis. De acordo com a autora de *A nova segregação: encarceramento em massa na era da neutralidade racial*, a justiça criminal dos Estados Unidos tem focado na guerra às drogas, a qual possui, como verdadeira função, a repressão de uma classe social específica.

Nesse cenário, Alexander analisa o circuito punitivo, referindo-se ao conjunto de instituições responsáveis por criar a lei penal e aplicá-la, principalmente, no que tange ao crime de drogas. Porém, a lei de tóxicos é utilizada como um mecanismo de segregação racial.

Além disso, a guerra às drogas provocou um aumento da severidade das leis de drogas, mas isso não significa que essas leis serão efetivamente aplicadas, visto que, para que isso seja concretizado, faz-se necessário o trabalho de outras instituições, além do poder legislativo, sendo a polícia uma delas.

Diante disso, a autora demonstra as mudanças substanciais pelas quais a polícia passou, além de identificar os incentivos que a fizeram se preocupar com o tráfico e o uso de entorpecentes.

A primeira transformação diz respeito ao policiamento agressivo, que consiste em realizar paradas e revistas dos cidadãos pelas ruas, a fim de combater o crime de drogas. Esse policiamento era orientado por perfilamentos, ou seja, a partir de estatísticas criminais, passou-se a justificar a utilização de recursos de policiamento com o objetivo de atingir grupos que, supostamente, seriam mais propensos a cometer esses crimes, sendo considerados potencialmente ameaçadores.

Por conta disso, e do ato de “parar e revistar” sem um motivo substancial, afirma-se a presença da seletividade e nítidas inconstitucionalidades nesse método de

policciamento. No entanto, a sua “legitimidade” era justificada em nome do combate ao crime e às drogas.

O encarceramento em massa foi normalizado e todos os estereótipos e suposições raciais que deram origem ao sistema são agora abraçados (ou pelo menos internalizados) por pessoas de todas as cores, de todas as trajetórias de vida e por cada um dos principais partidos políticos. (ALEXANDER, 2017, p. 261)

Houve, ainda, uma alteração substancial no papel das prisões dos Estados Unidos, implicando no abandono da ressocialização a partir do encarceramento em massa. Ademais, há de se destacar que ser libertado da prisão não significa ser libertado do estigma de ser criminoso.

A permanência do exílio social é muitas vezes mais difícil de ser enfrentada. Para muitos, parece inconcebível que, por um pequeno crime, você possa estar sujeito a discriminação, desprezo e exclusão pelo resto de sua vida. (ALEXANDER, 2017, p. 240).

Logo, verifica-se a associação do exposto com a situação atual do Brasil, em que os crimes de tráfico de drogas estão entre os principais responsáveis por levar os indivíduos às penitenciárias, e as abordagens policiais atingem, majoritariamente, um grupo social específico.

Outrossim, como já visto anteriormente, a dicção do §2º do art. 28 da Lei de Drogas, o juiz deve considerar o local, as condições em que se desenvolveu a conduta, a quantidade de substância apreendida e as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como os antecedentes criminais, para distinguir o usuário do traficante. Por conseguinte, tal dispositivo, uma vez que carece de critérios objetivos de diferenciação entre estes, abre caminhos para a discricionariedade judicial.

Tal arbitrariedade pode ser um problema, tendo em vista que facilita o abuso de poder, eis que isso faz com que o juiz tenda a julgar determinado caso concreto com base, predominantemente, em seus princípios e valores pessoais. Por vez, isso acaba legitimando a aplicabilidade de preconceitos e intolerâncias no julgamento. Na prática, tal afirmativa pode ser visualizada pois constata-se que o perfil da população carcerária presa pelo tráfico é composta, em sua maior parte, por pessoas pretas, pardas, com condições financeiras mais baixas e que moram em zonas urbanas violentas e marginalizadas. Nesse sentido,

[...] Juremir Machado da Silva (2017, p. 25) assevera que a abolição da escravidão deu início a um novo “longo ciclo de marginalização do negro. [...]”. A criminalização da maconha, assim como a de outros costumes associados à população negra, como o samba, as práticas religiosas e a capoeira, serviriam de pretexto para o controle preventivo e repressivo dos “vadios”, que coincidiam com aqueles considerados racialmente inferiores pelo discurso científico. (CASTRO; SILVA, 2020, p 323)

De acordo com dados levantados pelo INFOPEN em 2016, 75% dos encarcerados possuem baixa escolaridade e 64% são pretos ou pardos. Em 2020, as pesquisas mostram que dos 748.009 presos, 200.583 estão nessa situação por crimes relacionados ao tráfico de drogas. E mais, o 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontou que, em 15 anos, a proporção de negros egressos no sistema prisional aumentou 14%, ao passo que a de brancos diminuiu 19%.

Desse modo, percebe-se que é comum que a raça, a etnia, o status social e as condições pessoais do autor do crime sejam interpretadas em seu desfavor. Nesse cenário, é plausível mencionar, então, que

Os efeitos do pós abolição permaneceram ecoando nos diversos discursos produzidos após 1988 que continuaram marginalizando e segregando socialmente o negro direta ou indiretamente. A leitura crítica desses discursos é fundamental para compreendermos como as instituições se voltaram, ao longo do tempo, para reprimir as práticas por elas associadas aos negros e como se evidenciaram como perpetuadoras da exclusão, segregação, racismo e desigualdade. Um desses discursos foi o discurso médico sobre a maconha, que, de modo recorrente, associou o uso da substância especialmente aos negros e às classes subalternas e defendeu a necessidade de conter os “males do vício”. (CASTRO; SILVA, 2020, p. 326)

Além disso, apesar de o crime de porte de drogas não admitir qualquer tipo de prisão, possuindo uma previsão de sanção menos rigorosa do que a pena prevista para o delito de tráfico, existem casos em que o usuário de drogas é preso, equivocadamente, por comércio desses entorpecentes. Isso também é consequência da falta de requisitos claros de separação entre consumidor e traficante, o que contribui para a superlotação do sistema prisional brasileiro.

Na esmagadora maioria dos casos concretos, a justiça tende a confirmar a informação do inquérito policial e a mesma quantidade que caracteriza consumo nas mãos de uma pessoa branca é considerada tráfico em mãos negras (ABRAMOVOY, 2017). Assim, podemos concluir que a criminalização da maconha no Brasil foi uma decisão política alicerçada em argumentos moralistas, racistas e segregacionistas que não encontram guarida em nenhuma teoria científica contemporânea. (CASTRO; SILVA, 2020, p. 347).

Nesse cenário, pode-se vislumbrar que a política repressiva de combate às drogas “seleciona” aqueles que irão fazer parte da população carcerária, eis que há diversos casos de impunidade para indivíduos de cor branca e que compõem as classes mais altas da comunidade, ainda que tenham cometido o crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, o qual prevê pena privativa de liberdade. Diante disso, segundo Augusto Thompson,

[...] há uma inversão na operação: faz-se o exame da pessoa do réu, a ver se corresponde ao estereótipo do delinquente, para depois verificar-se se os autos fornecem elementos razoáveis para amparar a decisão sugerida pela convicção previamente atingida. Para tal convicção, a fonte de certeza reside em algo extrínseco à prova do fato, pois repousa sobre a prova relativa à personalidade do acusado. (THOMPSON, 2007, p. 97)

Logo, observa-se a aplicação de penas máximas àqueles enxergados como “inimigos da sociedade”, os quais são oriundos, em regra, de grupos sociais estigmatizados pela coletividade, contribuindo para o emprego do punitivismo penal no Brasil.

Cumprido ressaltar, ainda, que a sensação de insegurança disseminada socialmente faz com que a população branca, que se vê incluída pelo pacto narcísico da branquitude (BENTO, 2002), não se perceba acuada pelo Estado, mas sim por quem este declara como “inimigo social” e, nesse sentido, sente-se mais segura quando nota que o Estado ataca e até mesmo mata esse inimigo construído pelo “populismo penal” (PRATT, 2007). Trata-se de uma “política de inimizade” (MBEMBE, 2017), conceito desenvolvido por Mbembe para tratar dos inimigos produzidos pelo sistema colonial, um sujeito inventado por uma abstração do imaginário social, normalmente associado à juventude negra e masculina, que serve para que um Estado violador de direitos se afirme como solucionador de uma insegurança (SOUZA, 2021, p. 157)

Os presídios, assim como as guerras coloniais, são espaços para exercício de um poder absoluto, exatamente porque o racismo define de forma absoluta quem é “civilizado” e quem é “selvagem”, quem é “bom” e quem é “mau”. Ademais, ainda que superado o contexto da colonização, o racismo continua a fazer essas distinções entre classes de seres humanos, dividindo quem são os “cidadãos de bem” e quem são os “bandidos”, quem são os “desejáveis” e os “indesejáveis” e, por consequência, definindo para quem a lei limita o poder do Estado e a quem a lei em nada protege. Ao fim, delimita quem “pode viver” e quem “pode morrer”. (SOUZA, 2021, p. 156)

Ante o exposto, nota-se evidente que a Lei de Drogas fundamenta expressamente a seletividade penal ao estabelecer os critérios de distinção entre usuário e traficante, ampliando, por conseguinte, “os efeitos nefastos do encarceramento, utilizado hodiernamente para conter uma população excedente, um *surplus* de força de

trabalho desqualificada e estigmatizada como produtoras de risco [...]” (BOLDT; KROHLING, 2010).

Nesse aspecto, a criminologia crítica surge para estudar o sistema complexo da criminalização, desempenhando um papel relevante ao analisar a realidade fática por trás do delito, através do etiquetamento dos sujeitos tidos como criminosos.

A criminologia (crítica) e a política criminal (alternativa), neste sentido, representam espécie de consciência dogmática, permitindo sair das entranhas do discurso penal para avaliar a legitimidade da intervenção dos aparatos de punitividade no âmbito das drogas e diagnosticar os danos provocados. (CARVALHO, 2013, p. 301)

Marcos César Alvarez (2002, p. 686) destaca que a recepção da antropologia criminal no Brasil não parece ter sido um caso apenas de “importação equivocada das ideias”. Segundo o autor, as novas teorias criminológicas pareciam responder às necessidades históricas que se punham para determinados setores da elite jurídica nacional. Os autores brasileiros, porém, incorporaram as novas teorias de forma eclética, inclusive com a justaposição de autores e teorias contrárias e com a utilização de terminologias como antropologia criminal, criminologia e sociologia criminal como sinônimos. Assim, no Brasil, a sociologia criminal foi pensada quase como um prolongamento da antropologia criminal de modo que os aspectos sociais surgiram entre as causas que poderiam explicar “a fraqueza moral dos criminosos”. (CASTRO; SILVA, 2020, p. 324-325)

Sendo assim, a intenção da dogmática penal crítica pautada no discurso garantista permite que sejam identificadas omissões, controvérsias e antinomias da Lei de Drogas, a qual, segundo Luciana Boiteux,

(...) acabou por reforçar o grande fosso existente entre as camadas mais altas e mais baixas da população. Para os traficantes, mesmo os de pequeno porte ou viciados, pertencentes aos estratos mais desfavoráveis da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Aos usuários de drogas sem antecedentes, não viciados, que possuem condições de comprar droga sem traficar, a despenalização. (BOITEUX, 2006, p. 163).

Portanto, sob a perspectiva da criminologia crítica, entende-se que o poder punitivo penal não ocorre de forma isonômica, tendo em vista um processo seletivo de criminalização de duas fases: a primária, que “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI, 2011, p. 43); e a secundária, que se trata da “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização”. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p.43).

Desse modo, essa última está vinculada com a atuação do Estado na identificação, acusação e julgamento daqueles que praticaram determinado crime, ou seja, trata-se da própria ação punitiva exercida sobre tais cidadãos. Quanto a isso, salienta-se que

(...) a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e medida que determina abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 79).

Com isso, denota-se que o processo de criminalização está fortemente atrelado à seletividade penal, uma vez que perpetua “noções racistas e discriminatórias incompatíveis com o Estado Democrático de Direito” (CASTRO; SILVA, 2020, p. 347). Sob esse ponto de vista,

Enquanto no âmbito da criminalização primária notamos a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes dominantes, pré-selecionando os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, a criminalização secundária concretiza a seletividade na prática, alimentando-se do estereótipo do delinquente, sempre presente no imaginário coletivo graças, principalmente, à ação dos meios de comunicação de massa. (BOLDT; KROHLING, 2010)

Portanto, é perceptível que a seletividade das agências penais é consolidada pelo estereótipo do traficante de drogas, evidenciando a ineficácia da Lei de Drogas, no tocante às suas finalidades, em um país que possui o racismo e a segregação enraizados na sociedade.

3.1 STF E O DEBATE ATUAL SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

É relevante saber que, atualmente, ocorre o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (com repercussão geral), cujo foco é a discussão em torno da tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Logo, discute-se a respeito da descriminalização de tal conduta, e não sobre a legalização das drogas, ou seja, a venda permanecerá sendo considerada ilegal, independente do resultado. Apesar de o debate ter sido iniciado em 19 de agosto de 2015, não há um posicionamento concreto pelo Supremo Tribunal Federal até o presente momento.

Diante disso, o STF está analisando, portanto, a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade, do art. 28 da Lei de Drogas.

O referido Recurso foi movido pela Defensoria Pública de São Paulo, em favor de um homem que foi apreendido com três gramas de maconha enquanto estava na prisão, sendo condenado a prestar serviços comunitários.

A Defensoria argumenta que a lei fere o direito à liberdade e à privacidade, garantidos na Constituição de 1988, uma vez que a ação não implica em danos a bens jurídicos alheios. O lado pró da descriminalização também diz que a lei atual não mostrou resultados na redução do consumo e do tráfico, sendo mais adequado adotar políticas públicas de prevenção, como ocorre no caso do uso de cigarros, até mesmo para reduzir o número de pessoas presas.

No início do julgamento, em 2015, o então chefe do Ministério Público em São Paulo, na época Procurador-Geral, Márcio Fernando Elias Rosa, se manifestou contra a descriminalização, dizendo que o tráfico, no Brasil, apresenta índices crescentes, e que o Estado não se mostra sequer capaz de controlar efetivamente as drogas lícitas.

Além disso, para a Federação Amor-Exigente, que atua como apoio e orientação aos familiares de dependentes químicos, sendo aceita pelo STF para atuar no julgamento como um *amicus curiae* (colaborador da justiça que detém algum interesse social na ação em julgamento), o direito individual do usuário não justifica a descriminalização, eis que não pode se contrapor à saúde pública e à tutela de toda a coletividade.

Vale salientar que, até o momento, quatro ministros, quais sejam, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, se posicionaram a favor de algum tipo de descriminalização da posse de drogas. Restam pendentes os votos dos ministros André Mendonça, Kassio Nunes Marques, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Entre os que já posicionaram sobre o assunto, o relator Gilmar Mendes, em 2015, se manifestou no sentido de considerar o art. 28 da Lei 11.343/06 inconstitucional e ampliou a análise em pauta, defendendo que a descriminalização deveria atingir todas as drogas consideradas ilícitas.

Outrossim, o estabelecimento de critérios capazes de diferenciar um usuário de um traficante foi um ponto importante do debate entre os ministros do Supremo. Quanto a isso, destaca-se o voto do ministro Roberto Barroso, o qual defende a possibilidade de uma pessoa portar até 25 gramas de maconha, sem que seja considerada traficante, bem como a de cultivo máximo de seis plantas fêmeas por usuário. Segundo Barroso,

Minha preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições. Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante (BRASIL, 2022).

Já Alexandre de Moraes, sugeriu a fixação do parâmetro quantitativo entre 25 a 60 gramas.

Dessa maneira, fixo a seguinte TESE:

[...]

2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior. (BRASIL, 2023)

Todavia, a tendência é voltada para a ideia de que a fixação de critérios é de competência do Congresso Nacional.

Segundo pesquisas feitas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), caso a delimitação proposta por Barroso e Moraes for reconhecida, 31% dos processos pelo crime de tráfico de drogas em que ocorreu apreensão de maconha poderiam, teoricamente, ser reclassificados como porte para consumo pessoal. Além disso, 27% dos condenados como traficantes poderiam ter seus julgamentos revistos, pois estariam dentro dos limites fixados.

Ante essas considerações, verifica-se a polêmica do tema, o qual, atualmente, não possui uma resolução definitiva e, conseqüentemente, ainda será alvo de muitos debates.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante todo o exposto, denota-se que a desigualdade socioeconômica e a discriminação racial refletem efeitos significativos na criminalização, a qual é definida como “o resultado de processos de definição e seleção que escolhem determinados indivíduos aos quais se atribui status de criminoso” (GROSNER, 2008, p. 151).

Conseqüentemente, o sistema prisional do Brasil também é fortemente afetado, uma vez que a seletividade penal é concretizada dentro das prisões. Isso porque, conforme demonstrado pelos estudos da criminologia crítica, é nítido que, na sociedade brasileira, grupos sociais menos privilegiados e com oportunidades escassas recebem um tratamento penal diferenciado e desproporcional em relação à minoria da população, que representa a classe mais abastada da coletividade.

Diante desse cenário, coloca-se em pauta a eficácia do Direito Penal no tocante à sua essência e às suas finalidades, tendo em vista que a norma penal não alcança os cidadãos de forma isonômica. Assim, é cabível constatar que tal seleção criminalizante possui origens históricas, norteando a repressão estatal em relação a determinados indivíduos (em sua maioria, negros com baixa escolaridade e menos recursos financeiros).

Em vista disso, deve-se levar em consideração a Lei 11.343/2006, tratando-se de um instituto que surgiu em decorrência do paradigma proibicionista no combate às Drogas, aumentando, consideravelmente, o número de presos pelo delito de tráfico dessas substâncias.

Tal dispositivo, que não prevê pena privativa de liberdade para o consumidor de drogas, acabou por permitir, de forma expressa, a efetividade da seletividade penal na prática. Isso pois, os critérios de distinção entre usuário e traficante, elencados pela legislação para fins sancionatórios, não são claros e objetivos, fazendo com que essa definição dependa da discricionariedade pessoal do magistrado, a qual, muitas vezes, pode ser injusta e abusiva.

Dessa forma, foi possível verificar que a Lei de Drogas se baseia em uma perspectiva seletiva que se conduz à perseguição dos declarados traficantes, estigmatizados socialmente e considerados “inimigos da sociedade”.

Sendo assim, é plausível afirmar pela existência de uma tendência à imunização no que se refere àqueles que fazem parte das classes sociais mais favorecidas, geralmente classificados como meros usuários. Em contrapartida, há diversos casos em que pessoas mais vulneráveis socioeconomicamente são enquadradas como traficantes, indevidamente, recebendo maiores respostas punitivas do Estado. Por conta disso, esses sujeitos, reiteradamente, se revoltam e adotam o rótulo que lhes é atribuído, fazendo com que a ressocialização, visada pelo sistema de justiça criminal, se torne cada vez mais custosa.

Logo, demonstra-se a relevância das reflexões acerca do art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006, que versa sobre os parâmetros a serem analisados pelo juiz para determinar a destinação das drogas encontradas em uma eventual abordagem, entre eles, as “circunstâncias sociais e pessoais” do agente.

Nesse ínterim, questiona-se se o estabelecimento de critérios quantitativos para diferenciar o consumo do tráfico seria a solução correta. Trata-se de um ponto a ser analisado, visto que acabaria com o princípio da presunção de inocência, na medida em que os traficantes seriam estimulados a portar uma quantidade menor de drogas, a fim de serem enquadrados como usuários, sofrendo uma sanção penal menos gravosa. Ademais, apenas a formulação do requisito quantitativo como suficiente para tipificar o delito não parece ser a solução ideal, pois as provas em contrário, que poderiam ser levadas em conta para o julgamento, tornariam-se descartáveis.

Outrossim, o aumento da população carcerária ao longo dos últimos anos decorre dessa política repressiva da guerra às drogas, pautada em um modelo que, na realidade, apesar de ter resultado em um encarceramento em massa, não serviu para inibir o consumo ou deter as quadrilhas internacionais que se beneficiam da circulação ilícita das drogas. Na prática, houve o crescimento da violência e da superlotação nos estabelecimentos prisionais.

Dessarte, nota-se a necessidade da criminologia crítica associada às ponderações quanto ao atual modo de tratamento, tanto social quanto estatal, concedido às drogas, bem como à função do Direito Penal em relação a estas. A partir disso, pretende-se alcançar uma aplicação mais isonômica da lei, de modo a não admitir a seletividade penal, a qual deve ser reconhecida e tratada como ilegítima, já que viola

princípios fundamentais de justiça, igualdade e não discriminação. Quanto a isso, salienta-se:

Ao operar como um filtro, selecionando as pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo, o sistema penal reproduz a desigualdade nas sociedades contemporâneas e contraria alguns de seus objetivos declarados e legitimados pelo discurso jurídico da igualdade, liberdade, bem-comum, etc. (BOLDT; KROHLING, 2010)

Isso posto, partindo-se da premissa de que o Direito Penal deve ser empregado a partir dos princípios liberais clássicos, pautado em garantias e direitos fundamentais, os quais “encontram-se pautados na dignidade humana, cujo valor constitucional possui um papel normativo central” (PEDRA, 2017), em conformidade com o Estado Democrático de Direito, pode-se argumentar pela descriminalização do porte de drogas para consumo.

Sob esse ponto de vista jurídico, afirma-se que deve ser concedida ao indivíduo a liberdade para usar, ou não, determinadas substâncias, eis que, quando se fala em criminalizar a “posse”, não se criminaliza uma ação ou omissão, mas um status, qual seja, o de “portar alguma coisa”. Assim, entende-se que o Direito Penal não deve intervir nessa esfera da individualidade do sujeito, não podendo retirar deste a capacidade de se autodeterminar. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2002):

Verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)

Há, ainda, uma perspectiva criminológica, visto que é sabido que o proibicionismo levou à chamada guerra às drogas, a qual, no Brasil, tem gerado, cada vez mais, mortes de policiais, de pessoas envolvidas com a atividade do comércio ilegal de drogas, bem como de cidadãos inocentes oriundos de comunidades periféricas, que sofrem, cotidianamente, com esse tipo de controle social.

Nessa lógica, muitos criminólogos acreditam que, caso o porte para uso pessoal seja descriminalizado, haverá uma política de redução de danos, sendo possível reparar os prejuízos provenientes dessa política de combate às drogas, por meio de uma ampla reforma do sistema carcerário.

No Brasil, tal reforma passaria, necessariamente, por uma modificação da política de drogas, tendo em vista que grande parcela da população prisional responde pelo

crime de tráfico de entorpecentes. Portanto, por intermédio da descriminalização do porte de drogas, seria possível, conseqüentemente, reduzir também a violência, o número de mortes causadas por esse controle penal racista, genocida e intensamente seletivo.

Nesse sentido, de acordo com Anderson Burke (2019, p. 123):

Quando é visto que o próprio sistema se mostra incapaz de ressocializar seus destinatários e se realiza como um mero instrumento simbólico de poder, segregação e abandono social, fica nítido que a pena privativa de liberdade se encontra numa verdadeira crise que clama pela revisão dos mecanismos legais e cultura jurídica para buscar meios que sejam definitivamente reabilitadores àqueles que se desviaram da lei estatal e causaram danos a bens jurídicos de seus semelhantes.

Conclui-se, então, pela indispensabilidade de uma análise de experiências diversas de controle social, para que se possa chegar a um modelo que se adeque à realidade brasileira, uma vez que, notoriamente, o encarceramento em massa e a repressão penal não funcionam apropriadamente para dar fim a diversas condutas ilegais. Como exemplo disso, tem-se a própria Lei de Drogas, uma vez que, ao ser modificada em 2006, aumentando a pena prevista para o tráfico, não conseguiu efetivar, na prática, a ideia de prevenção, atribuída a uma das funções dessa medida.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Guilherme Nobre. **Teoria do Etiquetamento Social, Criminalização e Estigmatização de Jovens Periféricos**. 2021. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Social - Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2021. Disponível em: <https://www.posgraduacao.unimontes.br/uploads/sites/20/2021/12/DISSERTA%C3%87%C3%83O-DEFESA-MESTRADO-Guilherme-Nobre-Aguiar-com-cataloga%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**, 31 de mai. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/Asprisoeseo-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 12 out. 2023.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECKER, H. S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. São Paulo: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008
- BOITEUX, L, WIECKO, E.V.C. **Tráfico e Constituição. Série Pensando o Direito**. Brasília: Ministério da Justiça, 121 p. 2009.
- BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Libertando-se da Opressão Punitiva: Contribuições da Filosofia da Libertação para a Concretização de uma Cultura dos Direitos Humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 24, n. 7, p. 217-233, jan/jun. 2010. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/85/289>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941). Rio de Janeiro, RJ, 9 dez. 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3914-9-dezembro-1941-386512-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 7 out. 2023.
- BRASIL. [Lei antidrogas (2006)]. **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e legislação correlata**. –

2. ed. [recurso eletrônico] – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRASIL. **Lei n.º 11.343/06, 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 17 de out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7210 de 11 de junho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 de jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 357.** Recorrente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerido: União. Relator Min. Marco Aurélio, 9 de set. 2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 26 de out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 420.105/RJ.** Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

Relatora Min. Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314>. Acesso em: 4 de nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.359/SP**. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 de ago. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 10 de jun de 2022.

BURKE, Anderson. **Vitimologia**: manual da vítima penal. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. O Novo Nem Sempre Vem: Lei de Drogas e Encarceramento no Brasil. **Boletim de Análise Político-Institucional**. n. 18. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8219-181206bapi18cap3.pdf>. Acesso em: 8 de out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Felipe Araújo; SILVA, Ana Maria Félix da. “Maconha em pito faz negro sem vergonha: o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 173. ano 28. p. 317-350. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

DIAS, Camila Cristina de Oliveira. **O Princípio da Insignificância e sua Aplicação na Política Criminal Anti Drogas no Direito Penal Brasileiro**. 2021. Universidade de Rio Verde (UniRV), Rio Verde, 2021. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/O%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20INSIGNIFIC%C3%82NCIA%20E%20SUA%20APLICA%C3%87%C3%83O%20NA%20POL%C3%8DTICA%20CRIMINAL%20ANTI%20DROGAS%20DO%20DIREITO%20PENAL%20%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 5 de out. 2023.

FERNANDES, Maíra. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. **Revista Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 8 de jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid#:~:text=Atualmente%2C%20o%20sistema%20prisional%20brasileiro,mil%20vagas%20nas%20penitenci%C3%A1rias%20brasileiras>. Acesso em: 9 de ago. 2023.

FERRARO, Adriele da Silva. A ineficiência da política criminal de drogas no Brasil. **âmbito Jurídico**, 1 de jun. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ineficiencia-da-politica-criminal-de-drogas-no-brasil/>. Acesso em: 27 set. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Trad. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Antonio Baptista. “A Descriminalização do Usuário de Drogas e do Pequeno Traficante - A Justiça Restaurativa”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 30., p. 87-131, 2012.

GROSNER, Marina Quezado. **A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

JESUS, M. G.M. “**O mundo que não está nos autos**”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Dissertação (mestrado). 2016. 276 f. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

JORIO, Domingos Israel. **Latrocínio**: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à existência do tipo penal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

JÚNIOR, Fernando Nogueira Martins. “Seletividade Penal, Processo de Criminalização, Encarceramento: Considerações Finais Sobre a Catástrofe Penal Brasileira”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 151, p. 215-259, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Bahia: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

NEVINS, Allan; COMMAGER, Henry Steele. Breve história dos Estados Unidos. Tradução de Luiz Roberto de Godói Vidal. 7. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1986. **REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2006-. Trimestral. ISSN 2175-6058 versão online.

Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/index>. Acesso em: 9 maio 2021.

OHANA, Victor. Número de encarcerados triplicou entre 2000 e 2019 no país, diz Depen. **Carta Capital**, São Paulo, 14 de fev. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/numero-de-encarcerados-triplicou-entre-2000-e-2019-no-pais-diz-depen/>. Acesso em: 1 de out. de 2023.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As diversas perspectivas dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 9-12, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i2.1227>. Acesso em: 30 de out. 2021.

RECONDO, Felipe. Leia o voto do ministro Barroso no julgamento das drogas: Ministro votou pela descriminalização do porte e plantio de maconha para consumo pessoal. **JOTA**, 11 de set. 2015. Disponível em: <http://leia-o-voto-doministro-barroso-nojulgamento-das-drogas>. Acesso em 20 de ago. 2023.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. O Estado de Suspeição Racial Permanente e o Sucesso das Prisões Negras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1001, p. 259-289, mar., 2019.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. “Direito penal criptografado: a humanidade das penas e estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 981, p. 213-238. jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHEICARA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

SOUZA, Marcela Maris Nascimento. A Seletividade do Sistema Penal: os Reflexos da Lei de Drogas no Sistema Carcerário Brasileiro. 2021. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, 2021. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1306/810>. Acesso em: 1 de nov. 2023.

VERDÉLIO, André. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. **Agência Brasil**, Brasília, 9 de dez. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>. Acesso em: 6 de out. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª edição, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 7. Ed. ver. e atual. São Paulo; **Revista dos Tribunais**, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.