

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Escola de Direito, Turismo e Museologia
Departamento de Direito

Fernanda Stephanie Romualdo Dutra

**LEI 11.343/06 E ENCARCERAMENTO DE INDIVÍDUOS DO SEXO MASCULINO,
NEGROS E POBRES:
uma análise à luz da seletividade penal**

Mariana
2020

Fernanda Stephanie Romualdo Dutra

**LEI 11.343/06 E ENCARCERAMENTO DE INDIVÍDUOS DO SEXO MASCULINO,
NEGROS E POBRES:
uma análise à luz da seletividade penal**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. André de Abreu Costa

Área de concentração: Direito Penal

Mariana

2020



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Fernanda Stephanie Romualdo Dutra

**LEI 11.343/06 E ENCARCERAMENTO DE INDIVÍDUOS DO SEXO MASCULINO, NEGROS E POBRES:
uma análise à luz da seletividade penal**

Membros da banca

André de Abreu Costa - Doutor - Universidade Federal de Ouro Preto
Federico Nunes de Matos - Doutor - Universidade Federal de Ouro Preto
Leonardo Silva Nunes - Doutor - Universidade Federal de Ouro Preto

Versão final

Aprovado em 20 de novembro de 2020.

De acordo

André de Abreu Costa
(Orientador)



Documento assinado eletronicamente por **André de Abreu Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 24/11/2020, às 17:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0106319** e o código CRC **45BD01D6**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.008998/2020-30

SEI nº 0106319

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

“As leis são sempre úteis aos que têm posses e nocivas aos que nada têm.”

(Jean Jacques Rousseau)

RESUMO

A Lei 11.343/06 é elencada pela doutrina penalista como o fator responsável pelo crescimento da população carcerária masculina, negra e pobre no cenário brasileiro. O objetivo deste estudo consiste em verificar se esta tese pode ou não ser confirmada, a partir do novo enfoque do paradigma da reação social inaugurado pela Criminologia Crítica, que modula a compreensão da seletividade penal. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica consistente no levantamento de literatura referente à temática posta. Foram também colhidos dados prontos, por intermédio da CPI da Carceragem e do DEPEN, que situam a realidade prisional do país no que tange à quantidade de pessoas presas, condição social, sexo, crimes cometidos e cor. Foi feita uma análise comparativa entre teoria e números disponíveis, buscando evidenciar confirmações e divergências. Os resultados mostraram que a Lei 11.343/06 ocasionou o aumento do número de homens negros e pobres no cárcere e apontam para a necessidade de mudança na atual forma de enfrentamento às drogas.

Palavras-chave: Lei de drogas. Seletividade penal. Encarceramento. Tráfico de drogas. Guerra às drogas.

ABSTRACT

Law 11.343/06 is listed by the criminal doctrine as the factor responsible for the increase of the male, black, and poor prison population within the Brazilian setting. The aim of this study is to verify whether or not this thesis can be confirmed, based on the new approach of the social reaction paradigm established by Critical Criminology, which modulates the understanding of criminal selectivity. The methodology used was a literature review on the subject. Also, through CPI da Carceragem and DEPEN ready data were collected. These data situate the country's prison reality with regard to the number of people arrested, social status, sex, crimes committed, and color. Seeking to evince confirmations and divergences, a comparative analysis was carried out between theory and available numbers. The results showed that the current Law 11.343/06 caused an increase in the number of black and poor men in prison and point to the need for change in the current way of combating drugs.

Keywords: Drug law. Criminal selectivity. Prison. Drug trafficking. War on drugs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EXCLUSÃO SOCIAL E DESIGUALDADES	8
3 O SISTEMA PENAL	14
3.1 A SELETIVIDADE PENAL.....	16
3.2 AS FORMAS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	18
3.30 ETIQUETAMENTO SOCIAL.....	21
4 A POLÍTICA INTERNACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS	24
4.1 A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL.....	29
4.2 A LEI 11.343/06 E A SELETIVIDADE PENAL.....	32
5 DADOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA	40
5.1CPI DA CARCERAGEM.....	40
5.2 DEPEN.....	43
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O aumento da população carcerária brasileira nos últimos anos tem atraído discussões na comunidade jurídica e sociedade. Ocupando hoje a terceira colocação entre os países com o maior número de encarcerados no mundo, a superlotação dos estabelecimentos prisionais coloca o Brasil à frente dos inúmeros problemas oriundos do encarceramento em massa, sobretudo aqueles relacionados às dificuldades da pena em atingir sua finalidade preventiva de devolver pessoas ressocializadas ao convívio social. Estes estabelecimentos, abrigando mais indivíduos do que são capazes de suportarem, tornaram-se alvos de críticas, posto que seu ambiente se tornou cenário propício para a eclosão de violência e violação de direitos humanos.

Teóricos do Direito Penal e da Criminologia apontam que a Lei 11.343/06, popularmente denominada como “nova lei de drogas”, é o vetor responsável por este aumento majoritariamente constituído por homens negros e pobres. A seletividade penal é elencada como a hipótese que sustenta este aumento, uma vez que a lei em questão se orienta por um viés seletivo que promove uma incriminação maior de determinada parcela de indivíduos em face de outros. Deste modo, o objetivo geral aqui proposto é proceder a um estudo que permita confirmar ou refutar a tese de que a atual legislação antidrogas possibilitou o aumento da população carcerária masculina, negra e pobre. Este trabalho justifica-se pela própria urgência que a temática traz, tendo em vista a possibilidade de um possível colapso ainda maior do sistema carcerário cuja superlotação está diretamente relacionada com o atual paradigma proibicionista de enfrentamento às drogas.

No que tange aos objetivos específicos abordados para se chegar à resposta pretendida, o primeiro capítulo visa proporcionar uma compreensão de como os processos de exclusão e desigualdade funcionam dentro da sociedade e são transportadas para o interior das estruturas do Estado e as implicações que estes processos impõem aos indivíduos. Constitui-se como pano de fundo que permite entender como as particularidades históricas e sociais do cenário brasileiro possibilitaram moldar o sistema penal como ele é hoje concebido. O segundo capítulo aborda a problemática da questão da igualdade como princípio, no âmbito criminal, bem como a seletividade criminalizante e suas formas, encarada como um dos principais problemas enfrentados por estes sistemas. Nele também é mencionado sobre a teoria do

etiquetamento social e como ela serviu de arcabouço teórico para a construção das ideias sobre a seleção criminalizante. O terceiro capítulo, por sua vez, explica como ocorre a formação da política internacional de combate às drogas e sua influência na construção das principais legislações brasileiras antidrogas, bem como o surgimento do paradigma proibicionista aqui implantado. Ainda no terceiro capítulo, também é feita uma abordagem sobre a lei antidrogas vigente, suas modificações inseridas no bojo do ordenamento jurídico e como a seletividade penal nela se manifesta. Outrossim, o quarto e último capítulo traz a análise de dados sobre a população carcerária brasileira em estabelecimentos prisionais, através de números disponíveis em que são verificados o crescimento do número de pessoas presas, quais os delitos incorreram, o sexo, perfil socioeconômico e cor. A metodologia empregada neste estudo é a pesquisa bibliográfica, consistente no levantamento de conteúdo já elaborado, através de livros, para a formulação das referências teóricas que norteiam este trabalho. Feito este levantamento teórico, procedeu-se à análise de dados prontos, provenientes da CPI da Carceragem e do DEPEN. Por fim, realizou-se uma comparação entre as teorias abordadas e os números disponíveis e constatadas as devidas conclusões.

2 EXCLUSÃO SOCIAL E DESIGUALDADES

A sociedade vivencia relações marcadas por exclusão social e diferentes formas de desigualdade. Na Grécia Antiga, as diferenças de tratamento entre indivíduos já ocorriam. A democracia, por exemplo, não poderia ser exercida por todos os sujeitos, mas tão somente por aqueles considerados como cidadãos¹. Mulheres, escravos e estrangeiros estavam afastados dos debates públicos. A participação e o exercício da política eram restritos à parcela da população dos chamados homens livres. Os fenômenos de exclusão social e das desigualdades adquiriram, no decorrer do tempo, contornos nítidos que implicaram no surgimento de expressivas disparidades socioeconômicas e culturais entre os indivíduos. São acontecimentos historicamente atrelados ao surgimento da sociedade, ganhando maior visibilidade a partir do nascimento da produção capitalista e concentração de renda, momento que as diferenciações sociais passaram a se acentuar.

Estes fenômenos não se tratam de uma realidade percebida apenas em países pobres. Constitui-se, todavia, como um problema social instalado a nível mundial, tendo em vista as próprias transformações decorrentes das relações laborais (WANDERLEY, 2001, p. 16). Somado a isto, a existência de ideais econômicos que propiciaram opostas qualidades de vida entre os indivíduos reforçaram a eclosão das desigualdades para grandes parcelas populacionais. É a partir do ano de 1974 que a noção de exclusão começou a ser aprofundada, devido ao lançamento, por René Lenoir, de sua obra intitulada *L'es Exclus*. Isso se deve porque no período posterior à Segunda Guerra Mundial, a França enfrentou um processo de urbanização que não coincidiu com desenvolvimento das condições básicas de vida destinadas a atender a massa populacional, permitindo que uma grande parcela de pessoas vivesse sob condições precárias de vida. O déficit habitacional conjugado com as difíceis condições de trabalho abriu caminhos para a manifestação de pobreza e miséria.

.As desigualdades e as exclusões se concretizavam de forma intensa e estavam na pauta da sociedade, vindo a se manifestar em diversos outros países como uma epidemia global de escassez de condições básicas de vida, recebendo a atenção de

¹ Na Grécia Antiga, o conceito de cidadão se restringia somente aos homens livres, definição dada para determinar os homens nascidos em Atenas. Apenas estes poderiam opinar nas decisões daquela sociedade. O restante da população não possuía direitos políticos sendo, portanto, não considerados como cidadãos.

estudiosos que passaram a analisar estas manifestações. A exclusão se configura como uma forma em que determinados indivíduos ou grupos são colocados à distância da sociedade. Deste modo, estão inviabilizados de participarem dela de forma plena, de tal maneira que enfrentam dificuldades ou sequer possui acesso à saúde, educação, emprego, moradia e demais direitos.

Os fenômenos excludentes bem como as desigualdades possuem, então, como forma de ação, a inserção de indivíduos em posições distantes, isoladas e subalternas no meio social. Designa a realocação dos sujeitos para onde não existam adequadas condições de desenvolvimento humano, empurrando-os para as margens ou periferias aquelas categorias populacionais mais vulneráveis (FERNANDES, 1995, p. 16). São dinâmicas que agem através da imposição de uma higienização social na qual os tidos como indesejáveis devem permanecer onde não possam ser vistos. No que concerne ao *modus operandi* destes fenômenos, Bader Sawaia (2001) preconiza:

A exclusão é processo complexo e multifacetado, uma configuração de dimensões materiais, políticas, relacionais e subjetivas. É processo sutil e dialético, pois só existe em relação à inclusão como parte constitutiva dela. Não é uma coisa ou um estado, é processo que envolve o homem por inteiro e suas relações com os outros. Não tem uma única forma e não é uma falha do sistema, devendo ser combatida como algo que perturba a ordem social, ao contrário, ele é produto do funcionamento do sistema. (SAWAIA, 2001, p. 9).

O conceito de excluído carrega distintas denominações, tais como marginalizados, desqualificados, segregados, entre outros termos que denotam a prevalência dos estigmas oriundos da discriminação. O indivíduo, alheio as representações sociais que ali se impõe, tem sua identidade pessoal cedida para uma espécie de etiqueta que passa a identificá-lo. Muitas vezes os próprios indivíduos tendem a se excluir, uma vez que as vivências que estes grupos carregam já lhe dizem que há determinados espaços que não devem permanecer ou ocupar. É este processo complexo e discriminador que se solidifica no substrato das sociedades e assume a condição de propulsor das diferenças. Os indivíduos passam a assumir espécies de rótulos discriminatórios que os designará também como perigosos e não-perigosos ou criminosos e não-criminosos. De acordo com o estigma que pousará sobre cada um dos sujeitos, estes passam a terem tratamentos diferentes e particularizados conforme a condição que carregam e o temor que podem provocar. A discriminação emerge, então, como produto da exclusão e da desigualdade.

A palavra estigma foi criada pelos gregos cujo significado servia para indicar que determinada pessoa detinha alguma condição específica em seu aspecto moral (GOFFMAN, 1988, p. 5). A atribuição de estigmas aos indivíduos buscava enquadrá-los de maneira a permitir que outras pessoas pudessem reconhecê-los. Acerca de seu surgimento, Erving Goffman (1988) preceitua:

Os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo estigma para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava. Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; especialmente em lugares públicos. Mais tarde, na Era Cristã, dois níveis de metáfora foram acrescentados ao termo: o primeiro deles referia-se a sinais corporais de graça divina que tomavam a forma de flores em erupção sobre a pele; o segundo, uma alusão médica a essa alusão religiosa, referia-se a sinais corporais de distúrbio físico. (GOFFMAN, 1988, p. 5).

No Brasil, exclusão e desigualdade sempre encontraram terreno fértil para se manifestarem, sobretudo porque a colonização se alicerçou em uma economia escravocrata que possibilitou o crescente domínio das elites. As particularidades históricas presentes na realidade do país fizeram com que as diferenças sociais entre pessoas já se evidenciasse desde o período colonial. O fim da escravidão se aproximava,² porém o término trouxe à tona um outro conflito: os escravos foram libertados, mas não inseridos como cidadãos na sociedade, sendo apenas tolerados pelas camadas dominantes. O encerramento do período escravocrata permitiu a construção do país sob o viés de uma nação discriminatória, excludente e segregacionista, que não proporcionou a integração dos grupos não-predominantes (MIR, 2004, p. 49). Referente ao contexto de intolerância instalada, Luís Mir (2004) aduz:

Essa ambigüidade – grupos étnicos e sociais distintos da população *brasileira* e sendo nacionais desse Estado, tinha uma justificativa etnicista: possuindo atributos étnicos, religiosos ou lingüísticos que diferiam fortemente daqueles do resto da *população*, deviam, por princípio e em algarismos, ser inferiores, destinados à posição de vassalagem perpétua. O conceito de maioria ou minoria deixa de ser quantitativo e torna-se qualitativo. O seu relacionamento com os vários grupos étnicos existe como semelhança de dominação/subordinação, em que a maioria é subordinada, não importa o número, pela minoria dominante. (MIR, 2004, p. 49).

² O Brasil foi o último país da América que pôs fim à escravidão. A abolição só ocorreu com a assinatura da Lei Áurea, em maio de 1888, pela princesa Isabel.

Com a liberdade adquirida, os ex-escravos, sem quaisquer formas de ajuda ou assistência, foram deixados à própria sorte sob a falsa garantia de que a partir de agora eram homens livres, donos de suas vidas e iguais perante a lei. Porém, o silencioso lema etnicista existente determinava que a verdadeira igualdade e o reconhecimento como pessoa humana, na prática, eram privilégios destinados somente às classes dominantes. A falácia da igualdade não se sustentou, pois este eufórico momento proporcionado pela liberdade agora vigente não durou muito. Sem acesso à terra, moradia, trabalho ou qualquer outro ponto de recomeço, a luta do recém-liberto passou a ser exclusivamente pela sobrevivência. O fim do período escravocrata, de fato, representou um marco no movimento abolicionista. Todavia, convergiu para o surgimento de uma realidade tão grave quanto a própria escravidão, já que a sociedade se mostrou incapaz de acolher os negros, pois a liberdade cedeu lugar à intolerância que é hoje manifestada de diversas formas. Diante disto, “nos tornamos incompatíveis, ou seja, as diferenças étnicas e sociais impediram, afastaram, negaram qualquer coexistência de populações que estão lado a lado, desde séculos” (MIR, 2004, p. 33).

A nova realidade estabelecida acabou por impor aos negros viver em espaços segregados. São locais onde políticas públicas não se materializam adequadamente. São espaços nos quais o Estado imprime sua força através da violência e repressão aplicadas nos guetos, favelas e prisões, constituindo lugares longe do alcance dos olhos da sociedade. Formou-se uma população historicamente desconsiderada e que sempre foi hostilizada, vivendo agora à sombra de um *apartheid* moderno que se traduz em baixos salários, baixos postos de trabalho e frente a frente com a violência policial. A formação da sociedade brasileira pautou-se, sobretudo, por uma constante negação de cidadania aos negros proveniente do próprio Estado (VALOIS, 2019, p. 643).

Estar à margem da sociedade coloca os indivíduos excluídos como sujeitos que devam ser evitados. Sendo assim, são considerados como fora do ideal de humanidade e vistos como corpos que, na visão capitalista, em nada servem por estarem afastados da dinâmica produtiva e de consumo. A implementação de adequadas políticas públicas muitas vezes não consegue dar um tratamento efetivo para a questão da desigualdade. Isso se deve às mais variadas motivações, sobretudo pela força que os discursos de austeridade têm ganhado, contribuindo para que exista um elevado número de pessoas vivendo em condições críticas de vida. A naturalização da pobreza, como se esta fosse aceitável e difícil de ser corrigida, também se revela como outro problema, posto que

concede às desigualdades, conforme preconiza Sarah Escorel (1995, p. 15) um *status* permanente de “fatalidade”.

A crença de que as desigualdades são acontecimentos naturais apenas contribui para a permanência da miséria e da precariedade. Aos indivíduos são impostas possibilidades quase nulas de melhoras em suas vidas, uma vez que a disseminação da condição de fatalidade acaba por blindar o Estado diante de sua parcela de responsabilidade. A perseguição a estes indivíduos ou grupos passa a ser a forma muitas vezes adotada pela sociedade na tentativa de se proteger, tendo em vista os obstáculos em garantir a eles formas adequadas de inserção social. Diante das dificuldades em tratar as causas que conduzem às desigualdades, aliadas ao ideal de naturalização da miséria, a sociedade, numa tentativa de agir de forma menos dispendiosa, adota perseguir estes indivíduos de distintas maneiras, entre elas através da adoção de políticas criminais que visam transferir estes sujeitos para locais em que possam se manter isolados do restante da sociedade. Historicamente, essas perseguições sempre ocorreram e refletiram em vários aspectos jurídicos na sociedade, sobretudo no conteúdo das leis penais no país. Sobre esta maneira deficiente que a sociedade muitas vezes encara a complexidade das exclusões, Regina Célia Pedroso (1999) pontua:

A finalidade última estava em proteger-se através da perseguição aos indivíduos indesejáveis, que ameaçavam sua segurança. Assim, os hereges foram identificados e punidos como inimigos e criminosos. Depois os negros, os índios e os pobres em geral foram culpabilizados como “inferiores”, sofrendo penas severas. Criou-se, a partir dessa mentalidade excludente, estigmas de cor, religião, raça e diferenciação social, que, absorvidos pela população, moldaram um contexto de autoritarismo, que faz parte da personalidade de todo brasileiro até os dias atuais. (PEDROSO, 1999, p. 5).

Esta perseguição permitiu concretizar ciclos de violência contra as camadas populares e promoveu a manutenção das desigualdades, resultando aos excluídos em vivências marcadas por sentimentos de que são descartáveis. Sua eliminação passou a ser justificável na medida em que eram tidos como corpos desprovidos de valor, com base no perigo que representavam. Este agir da sociedade é de longa data e predominantemente típico dos sistemas penais, já que estes indivíduos são concebidos como perturbadores da ordem e são vistos como ameaçadores.

Estar fora das dinâmicas sociais dominantes também implica, além dos tratamentos inferiores a que os indivíduos são submetidos, na ausência do reconhecimento como sujeitos de direito, já que a condição de desigualdade impede o acesso a eles. Verifica-se também que a abordagem dos fenômenos excludentes das

desigualdades não se esgota na deficiência de recursos financeiros e nem materiais, tampouco se resume nas questões econômicas, mas repousa fundamentalmente no acesso aos direitos e suas garantias. Como consequência, a sociedade age considerando de maneira seletiva determinados sujeitos como detentores de direitos e que merecem a proteção da lei, ao passo que outros não são possuidores de direito algum e estão mais propensos à sofrer a repressão estatal.

Esta ausência de direitos e garantias confere ao excluído o *status* de “fora-da-lei” (ESCOREL, 1995, p. 23). Uma vez que as desigualdades também incidirão na dinâmica dos sistemas penais, estes sujeitos são caracterizados como “culpados pelo crime que potencialmente poderão cometer” (ESCOREL, 1995, p. 23). Neste contexto, observa-se que a reprodução das discriminações e das desigualdades não se basta nas relações horizontais, isto é, naquelas ocorridas entre particulares. Incidem também nas relações verticais entre indivíduo e Estado, sobretudo no âmbito do Poder Judiciário, Ministério Público e polícia, fomentando a concretização de estruturas de poder cujo modo de agir reforça a segregação de pessoas. Sendo assim, os excluídos, por viverem fora das representações e dos valores sociais dominantes, são vistos como transgressores e constantes ameaças, sendo, por tal motivo, mais vulneráveis de serem retirados de cena.

Em suma, o Estado e suas instituições, que deveriam atuar para dirimir essas incongruências, observam as condições de cada sujeito para então dar a ele o tratamento que acredita ser condizente, conforme o grau de perigo que aquele indivíduo transmite, suas condições e meio em que vive. Assim, esta forma de escolha que privilegia alguns e desconsidera outros se perpetua ao longo de uma dinâmica que implica danos. É uma realidade que tem provocado graves consequências sociais na seara jurídica criminal, em que é possível constatar que o preceito constitucional da igualdade se distancia em face de uma seletividade. Logo, verifica-se que a aplicação da lei é profundamente relativizada conforme o sujeito em que se está diante.

3 O SISTEMA PENAL

O sistema penal é um dos cenários pelos quais se pode observar como as desigualdades se concretizam nas mãos do próprio Estado e são ratificadas pelas várias instituições que o compõe. Pensar acerca das desigualdades e das exclusões implica compreender que, enquanto presente nas relações sociais, compreensível que, fatalmente, elas também sejam transportadas para o interior destes sistemas, resultando em um ambiente marcado por falhas. Em sua essência, o sistema penal pode ser compreendido como uma complexa estrutura que concretiza ações repressivas face a um indivíduo que tenha incorrido em uma conduta reputada como intolerável pela sociedade. A este modo de agir corresponde ao que se denomina como “controle social punitivo institucionalizado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 69). É um aparato estruturado que começa a ser mobilizado quando as autoridades têm o conhecimento ou a suspeita da prática de algum crime, até chegar à fase de aplicação e execução da pena.

Os sistemas penais estão encoberto por falhas e violações. Conforme explica Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 73), eles são imperfeitos e a seletividade se traduz como um destes problemas enfrentados. À primeira vista, transparecem a impressão de estarem em perfeita sincronia com a lei, contudo a prática demonstra uma realidade marcada por abismos nos quais a vastidão de normas jurídicas não conseguem impor os ideais que estes próprios sistemas defendem perseguir. São contradições observáveis em quase todos eles que denotam a prevalência de objetivos que, na existência das estruturas vigentes, jamais poderão se concretizar.

A problemática inicial decorre de uma realidade marcada pela constante inobservância do princípio da igualdade. Embora enaltecido na Constituição Federal de 1988, em se tratando da seara penal, este princípio não encontra campo, sendo até mesmo questionado pela doutrina penalista quanto a sua própria existência e aplicabilidade. Verifica-se que a igualdade inexiste quando são as condições, daquele que praticou determinado ilícito penal, a figura central muito mais decisiva do que o próprio ato cometido. É uma forma de funcionamento que, em última análise, o direito penal do autor acaba por se sobrepor ao direito penal do fato, deixando-se de punir o ato ilícito e orientando a repressão estatal de modo pessoal para o agente.

Há muito tempo os teóricos questionam a existência da igualdade como princípio no Direito Penal. Em que pese Alessandro Baratta (2011, p. 42) esclarecer que, em tese, “a reação penal se aplica de modo igual aos autores dos delitos.”, o que

tem ocorrido no mundo dos fatos é a mitigação deste preceito, posto que pessoas diferentes apresentam vulnerabilidades também diferentes frente ao sistema penal. Essa relativização se revela como nociva, uma vez que, deixando a igualdade de ser efetivamente cumprida e posta em prática, o *jus puniendi* torna-se mais repressivo, pois o sistema penal encontrará menos limites para atuar contra quem assim entender. Possibilita, desta forma, a concretização de tratamentos desiguais quando justamente deveria preservar o tratamento isonômico. Explicando a importância de que todos os princípios penais sejam cumpridos, Luiz Regis Prado (2014) aduz:

A relação entre a Constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem no texto constitucional suas raízes materiais. É fundamental, inclusive para a salvaguarda dos direitos fundamentais, para que a interpretação e a aplicação da lei penal sejam feitas sempre conforme a Constituição e os ditames do Estado Democrático de Direito. A Constituição, fonte primeira da lei penal, contempla uma série de normas de Direito Público, dentre as quais se destacam as referentes às garantias e direitos individuais. Essas normas consubstanciam explícita ou implicitamente princípios basilares do Direito Penal – princípios constitucionais penais –, próprios do Estado Democrático de Direito, que impõe limitação infranqueável ao *jus puniendi* estatal. (PRADO, 2014, p. 69).

Verifica-se que a relativização da igualdade provoca implicações mais sérias, tendo em vista que propicia a concretização daquilo que os teóricos da dogmática criminal definem como seletividade penal ou seleção criminalizante. A seletividade advém como um problema marcante do sistema penal, que por si só já é dotado de falhas e de um profundo descompasso entre o discurso que defende e seu *modus operandi*. A existência da seletividade acaba por fomentar um processo contaminado por uma parcialidade e oposto à legalidade que se exige para impor pena a alguém, apenas ratificando o entendimento de que a lei não é igual para todos. Confirmando esta desigualdade, Michel Foucault (2014) destaca:

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem [...] (FOUCAULT, 2014, p. 270).

No prefácio de sua obra, Augusto Thompson (2007, p. 14) explica que no Brasil a aplicação da lei referenda essa desigualdade, pois o ideal de justiça a ser alcançado deixou de ser isento e transformou-se em estratégia de poder para aqueles que podem negociar. Pode-se compreender que o Estado acaba por deslegitimar suas próprias instituições ao se valer de um *modus operandi* incapaz de atingir uma ordem ética e jurídica que proporcione aos cidadãos o acesso a uma justiça equânime. O descumprimento de um tratamento igualitário entre os indivíduos somente vem reforçar os antagonismos e as disparidades socioeconômicas entre pessoas de classes diferentes num país que em muito encontrou obstáculos para concretizar justiça social.

3.1 A SELETIVIDADE PENAL

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 73) explicam que a seletividade pode ser compreendida como o poder que possui o sistema penal de determinar que pessoas específicas sofrerão as incidências de um processo de criminalização mais que outras conforme sua classe e posição social. Esse agir seletivo impõe que a norma penal não alcance a todos igualmente, se manifestando como uma escolha que recai sob pessoas que possuam o figurino de delinquentes, marginais ou criminosos. Ocorre, portanto, uma criminalização de determinados indivíduos em face de outros tidos como padrão. Essa seleção possui como base vários critérios, além do próprio crime cometido, entre eles a classe social a qual pertence o sujeito, sua cor, de onde vem, se possui ou não família, o local que mora entre outros aspectos a serem considerados. Todos estes pontos são avaliados pelo Estado para que se conheça o agente que praticou determinado ilícito e determine o quanto de perigo ele pode representar.

Verifica-se que quanto mais socialmente vulnerável é o indivíduo, maior é a incidência de que ele venha a sofrer a seleção criminalizante. Essa seleção não ocorre ao acaso, mas orienta-se pelos chamados rótulos ou estereótipos que este sujeito possa carregar, contribuindo para que o Estado persiga as camadas mais humildes, tendo em vista que estas estão permanentemente sob suspeita do cometimento de um possível crime. Sobre a atuação deste poder seletivo, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2001) confirmam:

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencandeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 245).

A esta escolha que se opera dentro do sistema penal é possível tecer importantes críticas, já que a incidência da lei não atinge a todos de forma igualitária, ocasião em que a própria legalidade do processo penal é colocada à prova. No mundo fático, o Direito Penal tem se revelado como estigmatizador e criador de desigualdades, colaborando para ser um instrumento destinado às classes abastadas e com uma clientela definida. Sobre as várias críticas que podem ser observadas, Nilo Batista (2007) pontua:

Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário. O sistema penal é também apresentado como justo, na medida que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de Von Liszt, “só a pena necessária é justa” –, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais.” (BATISTA, 2007, p. 25).

Isto posto, o processo penal que se declara como sendo um processo dotado de legalidade, destinado a preservar direitos e garantias individuais, acaba por se deslegitimar frente ao seu próprio discurso. Se por um lado há uma gama de normas jurídicas que intencionam dar efetividade a este sistema e proteger os sujeitos sob a perspectiva de um processo justo, esses argumentos não se verificam, uma vez que é a seletividade penal a condutora da dinâmica processual estabelecida. A seletividade penal se impõe como a manifestação da discriminação diante daqueles indivíduos que a sociedade os reputou como marginais e cometedores de delitos. Todavia, observa-se que a prática da criminalidade não está restrita a determinada parcela de pessoas, mas todo e qualquer indivíduo está sujeito a incorrer na prática de alguma infração. Outrossim, Alessandro Baratta (2011, p. 103) preconiza que o crime não é um fenômeno que se concretiza em mãos somente de certos indivíduos, mas é passível de se concretizar por qualquer pessoa, isto é, pela maioria dos membros da sociedade. Somente alguns é que serão punidos tendo em vista a própria incapacidade do sistema penal em perseguir todos os delitos.

Desta feita, a seletividade, no processo de escolha dos indivíduos, conforme asseguram Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 74), alcança aqueles que apresentam maiores graus de vulnerabilidade e mostra aos demais marginalizados “os limites de seu espaço social”. O sistema penal, desta maneira, cumpre o seu papel estigmatizante de determinar as pessoas que bem entender como criminosas, oriundas, em geral, de classes sociais menos favorecidas e humildes. Essa escolha deriva de um poder arbitrário no qual a condição social em que o desviante está inserido é o fator primordial a ser levado em consideração pelas agências criminalizantes. Esta é a clara demonstração de que pessoas diferentes apresentam vulnerabilidades também diferentes frente ao sistema penal. Sobre esta realidade, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011) pontuam:

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 15).

Assim, a essência do sistema penal é ser um sistema que se orienta por uma ideologia higienista, exercendo um controle social punitivista dirigido majoritariamente aos pobres e marginalizados. Isto constitui um resquício do antigo paradigma criminológico defendido por Cesare Lombroso. De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 77), a teoria de Lombroso parte da noção de que aqueles sujeitos em que a seletividade penal incide eram biologicamente inferiores, de tal maneira que já eram propensos ao crime, posto que o comportamento ilícito estava em sua própria biologia.

3.2 AS FORMAS DE CRIMINALIZAÇÃO

A seletividade penal pode ocorrer de duas formas diferentes, através da criminalização primária e secundária. A criminalização primária corresponde ao ato de criação de leis que determinarão condutas específicas como sendo infrações penais, além de lhes fixar as sanções em abstrato. Este processo se orienta por aquilo que os

legisladores consideram, naquele momento, como sendo os bens jurídicos mais relevantes que devam ser tutelados pela norma penal. No entanto, esse argumento apenas não se basta, já que a escolha destas condutas a serem criminalizadas se dirige a pessoas determinadas, além do próprio conceito de bem jurídico penal ser dotado de relativismos. Este primeiro momento corresponde ao poder que possui o Estado de tipificar condutas através do exercício do processo legislativo. Nesta ocasião, o Direito Penal se mostra muito mais inclinado à punir aqueles delitos considerados como típicos de classes mais humildes. No que tange à escolha daquilo que será dado como crime, Lola Anyiar de Castro (1983) enfatiza:

Quando falarmos nos mecanismos de criação das normas penais, veremos que não há uma natureza própria do delitivo, mas que o delitivo é imposto de cima pela pessoa ou grupo que tem mais poder; que isso depende da posição de poder, e que esta posição de poder determinará que os interesses, as crenças e a cultura dos que usufruem essa posição de predomínio definam o que é delitivo em uma sociedade. Não podemos dizer que o homicídio ou o furto são delitivos por natureza. São delitivos, porque em um determinado momento da história de um país, aqueles que detinham o poder suficiente para assegurar, com os instrumentos legais, os seus interesses e crenças, consideraram que era útil castigá-los. A prova disso é que há dentro da coletividade uma série de valores fortemente desaprovados, que excedem o limite de tolerância da comunidade e que, no entanto, nunca chegam a fazer parte da conduta legalmente reprimida, ou seja, que é apenas conduta desviada, não conduta delitiva. Não é conduta delitiva porque não houve alguém que tivesse, por sua vez, poder e interesse suficientes para implantá-la como conduta delitiva. (ANYAR DE CASTRO, 1983, p. 15).

O legislador, por meio de um critério político e relativo, determinará quais as condutas reputará como intoleráveis. Este primeiro processo, na maioria das vezes, não se preocupa com uma efetiva proteção da sociedade, mas intenciona compatibilizar os interesses das classes dominantes que exercem influência na criação destas leis. Alessandro Baratta (2011, p. 13) aduz que “grupos sociais procuram a cooperação do Estado, através de leis incriminadoras, para proteger valores ameaçados por outros grupos”, obtendo, deste modo, a consecução de seus interesses através dos processos legislativos e financiamento de campanhas.

Na criminalização primária, a seletividade já se mostra acentuada, pois se verifica que determinadas condutas de menos gravidade receberão uma pena maior, a exemplo do que se sucede nos crimes de roubo e sonegação fiscal. O roubo, por ser uma conduta socialmente atrelada às camadas economicamente desfavorecidas, possui pena maior. Considerando que as classes detentoras de poder econômico exercem influência na elaboração das leis e, tendo em vista que essa atribuição desproporcional de penas

em muito considera quem possa ser o provável infrator, o Direito Penal muitas vezes se afasta de ideais coletivos e se mantém como instrumento destinado aos interesses particulares. Desta feita, há uma nítida distinção entre crimes que são cometidos por indivíduos inseridos numa elite e crimes que são cometidos por pessoas desfavorecidas, de modo que autores de classes sociais diferentes serão conduzidos a imposições penais também diferentes.

A criminalização primária, conforme preleciona Vera Malaguti Batista (2003, p. 21) constitui-se como “estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas”. As políticas criminais hoje existentes foram fortemente influenciadas pelo antigo consenso estabelecido da necessidade de se implantar lei e ordem, já que a massa de escravos era vista como ameaça à uma civilização que sempre se mostrou conservadora. A eleição de condutas consideradas como crimes demonstra a predominância de uma seletividade que, desde o início, se orienta ao controle social das classes que os legisladores brasileiros e sociedade historicamente denominou como perigosas.

A criminalização secundária corresponde ao momento em que efetivamente, no exercício do *jus puniendi*, o Estado seleciona o indivíduo que recairá a incidência da norma penal. Esse processo ocorre através da atuação das instâncias oficiais, representadas pela polícia, Ministério Público e Poder Judiciário. Compreende-se como uma ação no plano concreto, momento em que se observa, segundo Alessandro Baratta (2011, p. 164), “[...] a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos”. Rogério Greco (2005), como bem esclarece, enfatiza a quem se dirige a repressão reproduzida pelas instâncias oficiais:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado. (GRECO, 2005, p. 137).

A incidência destas duas formas de criminalização impede a concretização de um direito penal legítimo e justo. É um direito que acaba por se tornar instrumento de repressão nas mãos de pessoas específicas objetivando o controle e a punição de pessoas determinadas. Desprovidas da proteção que a própria lei finge conferir a estes

indivíduos desfavorecidos, estes sujeitos vão buscar refúgio em suas próprias normas, em seus próprios mundos.

3.3 O ETIQUETAMENTO SOCIAL

A teoria do etiquetamento social, também intitulada como *labeling approach* ou teoria da reação social, surgiu nos Estados Unidos, por volta do ano de 1960. Seu surgimento emana da necessidade da construção de um novo paradigma criminológico que pretendeu romper com o pensamento etiológico anterior que não se mostrava mais adequado às novas indagações propostas pela criminologia crítica. Novas reflexões surgiam na medida em que não era mais concebível entender o crime de maneira única e exclusivamente a partir do indivíduo que o cometia³.

Anteriormente, acreditava-se, conforme preconiza Alessandro Baratta (2011, p. 39), que a prática do crime estava condicionada a “um rígido determinismo biológico” que tendia a classificar os indivíduos de forma permanente como bons ou maus. A partir deste novo enfoque lançado pela reação social, delito e criminoso não poderiam mais serem vistos como fenômenos ontológicos pré-construídos, mas como resultado de uma construção social, através de um processo denominado de etiquetamento ou rotulação. Já não se poderia mais desconsiderar os fatores sociais na ocorrência do desvio e não se poderia compreender a criminalidade sem antes analisar a ação do sistema penal. O *labeling approach*, em sua essência, inaugurou o estudo da influência da reação social na prática do delito. É ela, que materializada através dos chamados *labels*, que definirá a maneira como as instâncias oficiais determinarão os indivíduos. A este respeito, Alessandro Baratta (2011) assevera:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” (BARATTA, 2011, p. 88).

³ A criminologia tradicional, representada por nomes como Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, tinha o entendimento de que o criminoso era assim determinado devido a fatores biológicos. O delito era visto como algo natural, oriundo da própria biologia do ser, sendo, inclusive, considerado como um fenômeno hereditário.

O indivíduo, baseado nesta nova construção teórica, é observado em quais condições poderá ser considerado como desviante. A noção de crime é agora substituída pela concepção de desvio, que deixa de ser analisado sob uma visão particular e intrínseca ao sujeito, para então ser delineada a partir da conjugação de mecanismos e processos sociais incidentes. O desviante passa a ser compreendido, não de forma particularizada e determinística como se pretendia no paradigma anterior, mas analisado enquanto participante inserido na sociedade. As características individuais do sujeito dão lugar às interações sociais na análise de seu comportamento. O delito, portanto, deixa de ser um modo de agir exclusivamente individual e passa a estar condicionado às relações sociais mantidas pelo indivíduo. Sobre esta mudança paradigmática, Alessandro Baratta (2011) também esclarece:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinqüente”. Neste sentido, o *Labelling Approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes. (BARATTA, 2011, p. 86).

O *labeling approach* surgiu em um contexto em que o mundo se dividia em dois grandes blocos - capitalistas e socialistas - construindo o cenário de fundo para o surgimento da Guerra Fria. Ocorriam também movimentos protagonizados por minorias em busca de direitos civis, como os liderados por Martin Luther King, além da difusão do movimento hippie. O surgimento da teoria representou um novo marco nos estudos da criminalidade que, passou a vislumbrar a necessidade de se observar como a sociedade reage diante daqueles comportamentos no qual o autor é considerado como desviante. A teoria do etiquetamento social foi inaugurada por Howard Becker, Erving Goffman e Edwin Lemert, sendo Becker o primeiro a difundi-la. Sua construção contou com a influência de duas vertentes da sociologia americana denominadas como interacionismo simbólico e etnometodologia⁴.

⁴ O interacionismo concebia a realidade social como ininterruptas interações entre os sujeitos sociais. A etnometodologia, por sua vez, defendia que a realidade seria socialmente construída.

Com a publicação da obra *Outsiders*, Howard Becker iniciou um salto na criminologia, onde o objeto de estudo volta-se não mais para o delinqüente, mas para os critérios seletivos. O desvio, e o desviante que em sua obra é denominado como *outsider*, passam a serem compreendidos como resultado de um rótulo socialmente a eles atribuídos. O *labeling approach*, então, elucidou as bases em que se apoiaria a seletividade penal. Assim sendo, os grupos sociais criam suas regras, determinando algumas ações como corretas e outras como incorretas. Aquele que as quebra é, como esperado, considerado como um transgressor da norma que, conforme denomina Howard Becker (2008, p. 17), um “outsider”. Cada grupo possui suas próprias concepções acerca do que considera ou não como desviante, além de que a noção de desvio é essencialmente complexa, uma vez que pode abarcar diferentes significados e varia conforme a sociedade.

Em sua obra, o significado sociológico adotado por Howard Becker (2008, p. 21) define o desvio “como a infração de alguma regra geralmente aceita”. O indivíduo desviante é aquele em que o rótulo lhe coube perfeitamente, ao passo que o comportamento desviante é aquele que os outros classificaram como tal. Alessandro Baratta (2011) aponta as condições em que o rótulo é, conforme determina Howard Becker, aplicado “com sucesso”:

As condições gerais que determinam a aplicação “com sucesso” da definição de desvio, dentro do senso comum, isto é, a atribuição de responsabilidade moral e uma reação social correspondente, são, pois: 1) um comportamento que infrinja a *routine*, distanciando-se dos modelos das normas estabelecidas; 2) um autor que, se tivesse querido, teria podido agir diversamente, ou seja, de acordo com as normas; 3) um autor que sabia o que estava fazendo. Como se pode ver, as categorias presentes na atribuição de responsabilidade moral e de desvio criminal, dentro do senso comum, correspondem exatamente às três categorias construídas pela ciência jurídica, que determinam a imputação de um delito a um sujeito, segundo o pensamento jurídico: violação da norma, consciência e vontade. (BARATTA, 2011, p. 96).

A obra *Outsiders* deixa claro que pessoas podem ser consideradas como desviantes sem nem mesmo terem cometido crimes. A qualidade do ato em ser ou não declarado como desviante depende de como as outras pessoas reagirão, além do grau da reação social provocada depender de quem o tenha cometido e sofrido. Pobres, miseráveis, marginalizados e excluídos serão considerados como desviantes na medida em que estão fora das representações sociais dominantes, consistindo em uma realidade

na qual “[...] a criminalização, e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e à estrutura antagonica da sociedade” (BARATTA, 2011, p. 113).

4 A POLÍTICA INTERNACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS

A utilização de drogas em sociedade não é um fenômeno novo. Seu uso está documentado desde a Idade Antiga, por volta de 5.000 a.C., período em que pessoas já faziam uso de ópio e de maconha. O homem aprendeu a utilizá-las na busca por estados de alteração de consciência. Seu consumo destinava-se, sobretudo, às finalidades ritualísticas e religiosas, pois havia o entendimento de que as drogas eram a ponte de conexão entre o ser humano, deuses e divindades. O uso terapêutico também ocorria, uma vez que as populações já buscavam no ópio uma forma de amenizar a dor.

Ao aprofundar o conceito de droga, observa-se que este é complexo, pois sua definição acabou por abarcar certo grau de imprecisão. Rosa del Olmo (1990, p. 22) esclarece que isso se deve porque a sociedade, na tentativa de formular uma definição acerca do que são tais substâncias, “não se conseguiu diferenciar os fatos das opiniões nem dos sentimentos”. Portanto, existe uma gama de discursos que contribuíram para reforçar o desconhecimento sobre o que de fato são as drogas, mas que foram adotados como sendo discursos universais que acabaram por difundir uma conceituação imprópria e dotada de inexatidão. A este respeito, Rosa del Olmo (1990) explica:

A palavra *droga* não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em “sua capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas”, que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido *proibidas*. Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias *permitidas*, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo o caso do álcool. (OLMO, 1990, p. 22).

Corriqueiramente, o conceito mais utilizado para explicar o que vem a ser as drogas é o formulado OMS, que as designa como sendo toda e qualquer substância, natural ou não, capaz de provocar alterações no organismo. Partindo deste pressuposto, de maneira geral, são assim consideradas desde o antibiótico usado para tratar uma infecção de garganta até uma simples xícara de café. Quando a substância passa a ser usada com objetivo medicinal, ela perde o *status* de droga e assume a condição de

medicamento. A autoridade sanitária representada pela ANVISA é quem tem o poder de classificar as substâncias em permitidas ou proibidas, sendo este ato destinado à complementação da norma penal em branco. Reforçando a imprecisão terminológica da palavra droga, Orlando Zaccone (2007) assevera:

Drogas, tóxicos, narcóticos, entorpecentes, são diferentes nomenclaturas imprecisas para designar substâncias de circulação proibida em nossa legislação. Considerando que muitos medicamentos são distribuídos pelas chamadas “drogarias”, podemos observar que, ao contrário da nomenclatura policial, a palavra droga significa, no plano médico, aquilo que chamamos de remédio. Inseticidas e outros venenos utilizados nas produções agrícolas são produtos que estavam fora do objeto de proteção da “lei de tóxicos”, como ficou conhecida a revogada lei 6.368/76 e, por fim, narcóticos e entorpecentes são designados genericamente como drogas ilegais, embora não haja consenso no seu significado. (ZACCONE, 2007, p. 39).

O consumo de drogas ao longo do tempo adquiriu diversos reflexos políticos, médicos e jurídicos, resultando em implicações pelas quais o uso delas tornou-se uma preocupação para Estado e sociedade. No entanto, por muito tempo, nem sempre foi assim, pois as drogas não estavam na mira da repressão estatal. Maria Lúcia Karam (1991, p. 33) preconiza que nem sempre elas acarretavam em problemas, já que estavam desprovidas de qualquer valor econômico. É com o início do surgimento do capitalismo que passam a adquirir valor de troca e se tornam mercadorias, contribuindo para a sua expansão para diversas partes do mundo.

O proibicionismo foi um movimento de ordem global, de raízes puritanas, cujo intuito principal foi retardar essa expansão, caracterizado pela adoção de políticas repressivas que visaram à criminalização do uso, tráfico e produção de drogas. Inicialmente liderado pelos Estados Unidos e mais tarde consolidado em grande parte do mundo, engloba um conjunto de medidas similares adotadas por cada Estado com o objetivo de combater as drogas na medida em que estas adquiriram um relevante enfoque médico-jurídico. Sob o argumento da tutela da saúde pública e reforçado pela veiculação das mídias de massa, as drogas foram elevadas à categoria de inimigas da sociedade. As Guerras do Ópio foram um dos primeiros acontecimentos históricos que marcaram o nascimento do paradigma proibicionista, porém com interesses que nem sempre estiveram ligados à proteção da saúde.

Estas guerras constituíram os conflitos históricos e iniciais destinados a defesa do livre comércio de drogas, ocorridas entre os anos de 1839 e 1850. É um dos primeiros acontecimentos que se tem conhecimento acerca do que hoje se conhece

como guerra às drogas, mas que evidenciaram a existência de dois argumentos opostos: de um lado, o apoio ao livre comércio e livre-arbítrio; por outro, a necessidade de tentar proteger a saúde da população chinesa. O ópio é derivado da planta denominada papoula e provoca efeito analgésico, além de possuir potencial para acarretar em dependência. A substância em questão estava sendo consumida em larga escala pela China, através do fornecimento que era efetuado pela Inglaterra. A demanda pelo ópio tanto cresceu que chamou a atenção das autoridades chinesas e acirrou a preocupação, motivo pelo qual o imperador Lin Tso-Siu ordenou a destruição de mais de mil e trezentas toneladas de ópio, declarando assim a primeira guerra contra o livre comércio instaurado. A ofensiva lançada não logrou êxito, uma vez que a Inglaterra obteve, através do Tratado de Nanquim, autorização para instalar sua base naval e comercial em Hong-Kong, além de ter sido indenizada pela destruição das toneladas de ópio.

Os americanos também tiveram influência na Guerra do Ópio, pois também comercializavam a substância com a China. Esta influência formou as bases para o surgimento do paradigma proibicionista, na medida em que os Estados Unidos observaram que este comércio permitia ao país crescer economicamente mais, não desejando lidar com a concorrência de outros países. Ao mesmo tempo que os Estados Unidos intencionavam avançar no fornecimento do ópio, missionários evangélicos norte-americanos buscavam mudanças na sociedade a partir da crença em determinados conceitos morais. Através da ocorrência de missões, o objetivo era moldar pessoas como consumidoras, mas também respeitando os ditames do livre comércio que se estabelecia. Esses missionários intencionavam a implementação de uma mudança moral, surgindo como os primeiros grupos a estimularem o surgimento de normas de proibição às drogas que foram atreladas à degeneração do indivíduo.

No contexto da expansão do ópio, o bispo filipino Brent solicitou ajuda ao presidente Roosevelt para que pudesse ajudar a China no enfrentamento da disseminação do uso da substância. Logo, as bases para a internacionalização da política proibicionista começava a se consolidar, no ano de 1909, através da Conferência de Xangai. O evento contou com a presença de treze países que se reuniram para tomar medidas com o objetivo de opor restrições ao fornecimento de ópio, tendo em vista que a dependência enfrentada pela população chinesa já era uma realidade. Os Estados Unidos eram os mais interessados em barrar a comercialização da substância, todavia seus interesses eram puramente comerciais, já que o comércio realizado pela Grã-

Bretanha era visto como um entrave a um vasto mercado que os americanos desejavam dominar.

Após a Conferência de Xangai ocorrida em 1º de dezembro de 1909, aconteceu a primeira Conferência de Haia, vindo, posteriormente, a ocorrer a segunda e a terceira em 1913 e 1914, respectivamente. Todas elas foram fortemente fomentadas pelos Estados Unidos, o que deixa evidente a tendência proibicionista por eles liderada, mas que de fato não existia nenhuma intenção de ajuda nestas discussões. Luis Carlos Valois (2019, p. 60) explica que os Estados Unidos assumiram o papel de protetor da América, objetivando a proibição do ópio que não se destinasse para fins médicos ou científicos. Os americanos propunham também que qualquer outra destinação deveria ser considerada como ilícita, numa tentativa destinada exclusivamente a tentar barrar o comércio da Grã-Bretanha (VALOIS, 2019, p. 71).

Internamente o discurso imperialista se mesclava com a retórica da proibição fazendo com que o New York Times, por exemplo, anunciasse em julho de 1909 que os “Estados Unidos estavam liderando ‘as grandes potências do Velho Mundo, em uma cruzada’ para eliminar a existência de fumantes e comedores de ópio”. (GORDON, 1994 *apud* VALOIS, 2019, p. 73).

As importações de ópio para a China se encerraram no ano de 1917. Entretanto, as negociações formalizadas não surtiram efeitos esperados no plano fático, uma vez que ainda havia, em território chinês, elevada quantidade da substância armazenada. A proibição resultou em crescimento do tráfico ilegal, já que a droga ainda continuou sendo transportada. As conferências ocorridas em Xangai e Haia colocaram a temática das drogas na pauta mundial, possibilitando, mais tarde, a ocorrência de outros eventos destinados à abordagem do assunto. Novas imposição foram tomadas através da Convenção Internacional de Genebra ocorrida em 1924 e a Convenção Única Sobre Entorpecentes, em 1961. O proibicionismo ganhava maior força à medida que os países, ainda que defensores do livre comércio, foram aceitando a ideia de que drogas deveriam ser barradas o tanto quanto pudessem ser, aceitando a proibição como um novo objetivo a ser traçado que decorreu das implicações morais que elas foram adquirindo.

No entanto, até a década de 50, o ópio, a morfina, heroína e maconha faziam das drogas um universo ainda obscurecido pela quantidade de informações pouco disponíveis. A sociedade ainda não detinha muito conhecimento sobre a complexidade e vastidão que o mundo destas substâncias possuía, uma vez que havia a crença de que era um problema de minorias. O proibicionismo ganhou notoriedade nesta época devido ao

fato de que especialistas começaram a difundir a noção de que as drogas caracterizavam um problema de saúde pública.

Os anos 60, por sua vez, foram marcados pela eclosão de um modelo médico-sanitarista que via as drogas como causadoras de dependência. As drogas psicodélicas invadiram o cenário social que também vivenciava grandes transformações como a Guerra do Vietnã, Revolução Cubana e o Movimento Hippie. O uso delas já não se concentrava mais nas mãos das minorias, nem da parcela pobre e delinqüente da população, mas difundiu-se entre pessoas jovens, brancas e provenientes de classes mais abastadas. O discurso médico-jurídico expandiu-se, já que devido às pessoas de classe média passarem a fazer uso destas substâncias, ocorreu o estabelecimento de distinções entre consumidores, traficantes, doentes e delinquentes.

É a partir de 1970, no governo de Richard Nixon, que ocorreu, segundo Luís Carlos Valois (2019, p. 267), “a declaração formal de guerra contra as drogas”. Nixon assumiu promover o total combate a elas por meio da implantação de medidas voltadas a frear todo e qualquer tipo de substância, sobretudo aquelas oriundas do México. A cocaína passou a ser vista como a nova inimiga da sociedade. Posteriormente, nos anos 80, observou-se um endurecimento das políticas internacionais contra as drogas, tendo em vista que os Estados Unidos decidiram atacar os países produtores, em específico o México e a Colômbia, cujo objetivo era impedir a chegada de maconha e cocaína em solo americano. A difusão de discursos que visavam culpar os chamados “países produtores” possibilitou que a responsabilidade dos problemas decorrentes das drogas fosse transferida para os países latinos. A este respeito, Maria Lúcia Karam (1991) esclarece:

Elegendo o agente externo como o inimigo a ser enfrentado nessa guerra, a partir da década de 80, os EUA impõe uma crescente internacionalização da política de drogas, pressionando os países periféricos, especialmente os latinoamericanos, em limites atentatórios à soberania daquelas nações. (KARAM, 1991, p. 41).

O proibicionismo, com todo o seu arcabouço repressor que influenciou as legislações de diversos países, não proporcionou avanços pretendidos no tocante à redução do uso e tráfico de drogas. Desde o debate promovido em Xangai, o que houve, de fato, foi apenas o fortalecimento de uma guerra travada até os dias de hoje e que nunca deixou de ganhar força. As drogas não desapareceram, soberanias de países foram desrespeitadas e quantias incalculáveis foram gastas. O que se começou nos

Estados Unidos como um problema de ordem moral, hoje alcança um conflituoso campo jurídico de proporções internacionais que não conseguiu reduzir o histórico problema das drogas.

4.1 A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

De maneira geral, o Brasil, diferente do que ocorreu com os Estados Unidos, não liderou uma política autônoma de combate às drogas. Luís Carlos Valois (2019, p. 333) explica que o que ocorreu por aqui é que o país foi influenciado pelas concepções norte-americanas que possibilitaram em toda a América Latina a formação de legislações com o objetivo- não de proteger a sociedade brasileira e os demais países latinos -, mas concretizar o interesse dos Estados Unidos em se proteger. A construção de todo o aparato repressivo contra as drogas protagonizado pelo Brasil demonstra a subserviência que aqui se instalou.

Não se pretende aqui esgotar as normas antidrogas, porque não é este o objetivo deste trabalho, porém é de suma importância pontuar aquelas de maior influência na construção do atual paradigma no cenário brasileiro. Inicialmente, ressalta-se que o Brasil nunca foi um produtor de drogas, mas devido sua extensão territorial e o fato de possuir fronteiras com alguns dos países tidos como produtores, acabou por ser colocado sob os olhares de desconfiança, sendo caracterizado como rota de drogas.

As primeiras regulamentações sobre certas substâncias datam de 1603, ao aparecer nas Ordenações Filipinas, no Livro V e Título 89. Havia a incriminação de que quem não fosse boticário licenciado não poderia ter em casa para vender substância como rosalgar, solimão, escamonéa e ópio. Salo de Carvalho (1996, p. 19) esclarece que a primeira disposição que de fato proibiu determinadas substâncias ocorreu no Código Penal Republicano de 1890, já que o de 1830, de viés liberal, optou por não regulamentar o tema.

A política internacional de combate às drogas fixou suas primeiras raízes no Brasil a partir do ano de 1915, quando o fenômeno da toxicomania começou a crescer. Com a ocorrência da Convenção de Haia, em 1912, o Brasil criou o Decreto 4.294/21, acompanhando a propagação do modelo sanitário que difundiu a dependência como sendo uma doença, impondo até mesmo a internação compulsória aos indivíduos.

É a partir de 1938, devido a edição do Decreto-lei 891, que as normas penais adquiriram um maior rigor ao serem elaboradas conforme as diretrizes estipuladas na

Convenção de Genebra, ocorrida em 1936. Conforme explica Salo de Carvalho (1996, p. 20), neste momento, no ordenamento jurídico brasileiro foram introduzidas normas relativas ao tráfico, consumo e produção, além do estabelecimento de um rol de substâncias a serem proibidas. Este dispositivo passou a determinar que aquele que vendesse, expusesse à venda, ou ministrasse as substâncias elencadas como proibidas poderia ser condenado à pena de prisão de um a quatro anos.

Passado um longo tempo e iniciando a década de 60, o uso de drogas eclodiu para as classes médias. O consumo de substâncias psicodélicas e maconha ganharam ares de protesto e a busca por um ideal de liberdade frente ao fortalecimento do imperialismo norte-americano. A América Latina objetivava, através da expansão do uso destas substâncias, contestar a política proibicionista que passou a adotar medidas mais repressivas nos países latinos, que de certa forma estavam sendo responsabilizados pelos problemas sociais decorrentes das drogas. O modelo sanitário agora cedia lugar ao modelo médico-jurídico.

A Convenção Única sobre Entorpecentes, ocorrida em Nova York, na data de 30 de março de 1961, foi um marco, posto que através dela o Brasil adentrou definitivamente no cenário internacional de combate às drogas. A nova política criminal inaugurada pela adição do enfoque jurídico fez com que os traficantes passassem a serem vistos como inimigos públicos. O pânico generalizado demonizou as drogas, travando uma ferrenha luta contra aquilo que se denominou como o mal da década. O Decreto-lei 385/68 passou a determinar a mesma sanção para usuário e traficante, recebendo as mais severas críticas que culminaram na sua inaplicação.

Posteriormente, em 1971, foi editada a Lei 5.726, que deixou de considerar o dependente como criminoso, sendo, por um lado, considerada como um avanço, mas ainda não diferenciava usuários e traficantes. Acerca desta inatividade por parte do legislativo, Salo de Carvalho (1996) reitera suas observações:

Esta legislação ainda preserva o discurso médico-jurídico encontrado na década anterior e sua notória conseqüência de definir usuário habitual como dependente – estereótipo da dependência – e traficante como delinquente – estereótipo criminoso. Apesar de trabalhar com esta falsa realidade, distorcida e extremamente maniqueísta ao dividir a sociedade entre “bons” e os “maus”, a Lei 5.726 representava real avanço em relação ao decreto pretérito e inicia o processo de substituição do modelo repressivo, que atingirá seu ápice na Lei 6.368/76. (CARVALHO, 1996, p. 28).

A repressão às drogas ganhou, desta forma, um novo marco com a entrada em vigor da Lei 6.368/76. O enfoque médico-jurídico situado no diploma anterior cede agora espaço para o modelo jurídico-político, sendo as drogas agora vista sob a perspectiva de um inimigo externo a ser combatido. Essa concepção adveio em maior parte da influência norte-americana, devido ao então presidente Nixon assumir uma postura mais agressiva no enfrentamento às drogas. Esta lei permaneceu em vigor por quase trinta anos, tendo por base, além da repressão já consolidada, objetivos voltados para a prevenção, tratamento e recuperação. Os países da América Latina foram culpados por alocarem este inimigo externo, uma vez que, a exemplo da Colômbia, era um grande produtor de cocaína e derivados.

O discurso médico-político contido na Lei 6.368/76 se fortaleceu ao inaugurar uma política criminal de drogas moldada nas bases da ideologia da Defesa Social, Segurança Nacional e movimentos de Lei e Ordem. Consolidou-se a ideia de que a América Latina era a responsável pelo caos mundial provocado pelas drogas, colocando-os como responsáveis por corromper o *american way of life*.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o tráfico se tornou crime inafiançável e sem anistia. A Lei 8.072/90, mais conhecida como “lei de crimes hediondos”, equiparou o tráfico aos crimes de extrema gravidade, impondo o aumento das penas em abstrato e para progressão de regime, além da proibição de fiança e de liberdade provisória. Já no de 2002 foi instituída a Política Nacional Antidrogas, através da edição do Decreto 4.345/02. Acerca dela, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006) explica:

Logo se percebe a adoção da política repressiva tradicional, em tom alarmista, ao ser mencionado que “o uso de drogas” constitui uma ameaça à sociedade, responsável pela geração “dos efeitos adversos”, como criminalidade e violência. Essa versão obtusa, além de falsa, reforça a manutenção do *status quo*, pois ao atribuir a culpa aos usuários, absolve o sistema, seguindo a linha do medo e da intimidação do direito penal simbólico. (BOITEUX, 2006, p. 170).

No mesmo ano, entra em vigor a Lei 10.409/02 cuja tramitação levou onze anos até ser aprovada. Com sua entrada em vigor na data de 28 de fevereiro de 2002, esta lei não proporcionou os avanços pretendidos devido ao seu conteúdo estar dotado de inúmeras falhas que foram fortemente criticadas pela comunidade jurídica. Houve a necessidade de uma nova lei que pudesse dar um tratamento às drogas tanto nos

aspectos material e processual, motivo pelo qual a Lei 11.343/06 decorreu da tentativa de suprir esta necessidade.

4.2 A LEI 11.343/06 E A SELETIVIDADE PENAL

A Lei 11.343/06, comumente conhecida como “nova lei de drogas”, entrou em vigor na data de 8 de outubro de 2006 e é a atual legislação aplicada em todo o território brasileiro. Seu artigo 75 revogou as duas leis anteriores – Lei 6.368/76 e Lei 10.409/02 –, pretendendo solucionar as inconstâncias jurídicas que a existência simultânea destes dois diplomas normativos acarretou por muito tempo. A introdução desta nova lei instituiu SISNAD cujos objetivos pautavam-se tanto na prevenção quanto na repressão, buscando implantar, a princípio, uma política criminal de drogas mais inovadora.

A lei vigente intencionou a adoção de melhores diretrizes no combate às drogas e que refletisse um tratamento mais moderno ao tema na tentativa de acompanhar as novas tendências mundiais. Conforme consta elencado no artigo 3º, a lei introduziu a prevenção do uso indevido, com a atenção voltada para o tratamento de usuários e dependentes, ao mesmo tempo que tratou dar maior rigor na repressão do tráfico. Alice Bianchini (2006, p. 23) explica que a lei visou construir uma política criminal que aplicasse mais repressão, em consonância com a tendência internacional proibicionista acatada pelo Brasil e que também pudesse focar na atenção a ser dada ao usuário e ao dependente químico, através da chamada política de redução de danos.

A política de prevenção e redução de danos foi apontada com louvor por muitos teóricos, uma vez que se chegou ao entendimento de que o tratamento repressivo de origem norte americana, frente ao usuário, não é eficaz. De raiz européia e baseada no conceito de justiça restaurativa, a política de redução de danos representava um conjunto de estratégias que têm por objetivo minimizar, o tanto quanto for possível, os efeitos provocados pelo uso das drogas. Sua implementação consagra o acesso à saúde por todos, garantido na Constituição Federal, e pretendeu afastar a incidência da intervenção penal no que tange ao consumo pessoal ao adotar medidas que incentivam o uso seguro e a desintoxicação voluntária.

O interesse da lei, entre outras coisas, além de coibir com rigor o tráfico, era diminuir a estigmatização sofrida pelo usuário ou dependente, que ainda eram vistos como criminosos. A posse para consumo pessoal situa-se no artigo 28 e entre as mudanças ocorridas e que aqui interessa, a lei optou pelo fim da pena de prisão ao

usuário ou dependente, sem, contudo, ocorrer a descriminalização. A lei, em tese, pretendeu respeitar a autonomia do usuário, determinando que a posse destinada para consumo continuou sendo uma conduta ilícita, porém não mais passível de prisão.

O usuário na vigência da revogada Lei 6.368/02 fatalmente era visto como um criminoso⁵, pois aquela estipulava a ele pena de detenção de seis meses a um ano e imposição de multa. Hoje, as penas impostas para quem for detido em posse de drogas para consumo próprio englobam três modalidades: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa. No entanto, quatorze anos após a vigência da nova lei, o estigma de criminoso ou fora dos padrões de caráter ainda permanece, dadas as conotações negativas que as drogas adquiriram perante a sociedade.

A respeito do tráfico, como já mencionado, a lei adotou uma postura mais punitiva que se alinhou aos ditames internacionais, iniciando pela substituição do termo substância entorpecente pela palavra droga. As drogas passaram a ser definidas como toda e qualquer substância que esteja elencada na Portaria SVS/MS 344/98, uma vez que o artigo referente ao tráfico, devido a sua natureza de norma penal em branco, necessita da complementação pela autoridade sanitária. Considerável parte da doutrina penalista possui o entendimento de que a análise quanto à capacidade da substância gerar ou não dependência deveria ser atestada por meio de laudo, posto que a eleição das substâncias a figurar num rol determinado pelo órgão sanitário enseja inseguranças jurídicas ao ofender o princípio da legalidade.

Entre as várias mudanças operadas no crime de tráfico, cita-se o aumento da pena mínima de três anos que foi elevada para cinco. Foi também imposta a proibição da aplicação de vários institutos como a liberdade provisória, fiança, *sursis*, indulto e estipulou-se multas em valores muito maiores. Regido pelo artigo 33, a lei manteve os dezoito verbos do artigo 12 da antiga Lei 6.368/76, mantendo um extenso rol de condutas que caracterizam o delito em questão. Cada vez mais o tráfico era apontado como o causador de inúmeros problemas sociais, motivo pelo qual a lei pretendeu manter o maior número de núcleos verbais possíveis com objetivo de reprimir todos aqueles que incorressem em tais condutas.

Como já mencionado acima, o advento da Lei 11.343/06 provocou críticas e importantes discussões, na medida em que tentou conciliar aquilo que, na prática, se

⁵ Mesmo na vigência do art. 16 da revogada Lei 6.368/76, ninguém era preso pela posse de droga destinado ao consumo pessoal, uma vez que a competência para julgar este crime era dos Juizados Criminais.

mostra inconciliável. Com a pretensão de dar tratamento moderno às drogas, ao reprimir o tráfico com mais rigor e deixar de impor prisão ao usuário, observa-se a criminalização de elevado número de pessoas oriundas de camadas mais pobres e o reforço dos estigmas incidentes sobre o usuário. A ocorrência de conseqüências diversas dos objetivos pretendidos pela lei traz à tona discussões acaloradas, tendo em vista que a legislação de drogas atual se revelou como a ponta de um *iceberg* de problemas maiores. Maria Lúcia Karam (2008, p. 105) esclarece que a nova lei, em essência, não inovou o tratamento dado às drogas, mas apenas reproduziu, com nova roupagem, o proibicionismo contido nas convenções internacionais que o Brasil é signatário.

Da leitura da lei, extrai-se que a problemática inicial reside no artigo 28, § 2º, devido à existência de determinados critérios adotados pelo legislador que deverão ser observados pelo magistrado no momento de tipificar a conduta do agente como uso pessoal ou tráfico. O artigo em questão aduz:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

[...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

[...]

A quantidade de droga, como acima evidenciado, não é o único fator a ser considerado no processo de diferenciação, sobretudo porque a lei não tratou de fixar determinada quantidade de droga a ser considerada como consumo pessoal ou tráfico, deixando que o magistrado decida com base no caso concreto. Em tese, os critérios assumem a mesma relevância e peso, não havendo a sobreposição de uns sob outros. A valoração de todos requisitos dentro do contexto fático assume importância tanto quanto a percepção da quantidade de droga apreendida, que sozinha não é capaz proceder à tipificação.

Essa discricionariedade em mãos do magistrado revela como preocupante. Verifica-se que as circunstâncias pessoais e sociais do indivíduo, principalmente no que diz respeito a sua condição social, bem como o local em que ele mora e aquele que a droga foi apreendida, afetam consideravelmente a percepção sob o indivíduo. Isso se deve ao fato de que a ampla discricionariedade nas mãos do juiz acaba por permitir que ele traga seus subjetivismos na tipificação das condutas suficientes para ensejar um

enquadramento dotado de erros. Esta consequência se deve aos variados motivos, entre eles a circunstância de que, conforme esclarece Luís Carlos Valois (2019, p. 432), “o juiz brasileiro, dada a sua formação, posição de autoridade e vínculo com a lei, acabam por cegá-lo frente à realidade social do agente julgado”. Impõe-se também que na guerra às drogas não se pode permitir que o magistrado tenha sentimento de humanidade, pois este combate não deve permitir o questionamento da racionalidade da lei em questão (VALOIS, 2019, p. 429).

As circunstâncias sociais e pessoais são aquelas que se destinam a explorar a forma como aquele indivíduo vive, suas condições financeiras, se possui ou não fonte de renda, onde mora e trabalha, seus antecedentes entre outros aspectos a serem considerados. A este respeito, Luiz Flávio Gomes (2006) ressalta:

A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. O *modus vivendi* do agente (ele vive de quê?) é um dado bastante expressivo. Qual é sua fonte de receita? Qual é sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato. (GOMES, 2006, p. 132).

A análise destes indicativos constitui o cerne da seletividade criminalizante, uma vez que estes buscam confirmar os rótulos socialmente atribuídos ao indivíduo. As etiquetas sociais carregadas pelos sujeitos em posse de drogas são capazes de influir no processo de cognição do magistrado, posto que historicamente o usuário foi concebido como doente e o traficante como delinqüente. Em que pese o parágrafo 2º mencionar que a diferenciação entre uso e tráfico cabe ao juiz, no mundo dos fatos, ela já começa por meio da seletiva atuação da polícia, já que é ela, na maior parte das vezes, a primeira a estar em contato com o agente.

Em princípio, a Lei 11.343/06 pareceu lograr êxito ao dispor que, a partir de então, o usuário não poderia ser preso, não devendo sequer passar pela polícia, quando possível. Todavia, o que de fato se verifica é que a própria lei acabou por mitigar esta determinação. A não imposição de prisão só ocorre quando a condição de usuário é primeiramente atestada pelo crivo do magistrado, através de critérios que podem facilmente determinar alguém como traficante, ainda que não seja, e submetê-lo a prisão. A lei, ao mesmo tempo que instituiu a despenalização para o usuário, é também

quem determina quem pode sê-lo, implicando em uma realidade na qual poucas pessoas é que serão seletivamente assim consideradas.

A atuação seletiva das instâncias formais, associada com o *status* de inimigo público assumido na figura do traficante, torna os menos favorecidos socialmente as presas fáceis de uma diferenciação pautada majoritariamente na condição social do indivíduo. Quando a lei determina a análise do caso concreto, tenta, por um lado, adotar uma postura mais justa que seja capaz de olhar para o sujeito nas maiores dimensões possíveis. Por outro lado, a condição financeira, o trabalho, os modos de vida, entre outros quesitos verificados, acabam por serem observados sob a perspectiva de um magistrado que está inserido na órbita de um sistema judiciário que segrega pessoas. Por intermédio de uma lei que, em última análise, não persegue as drogas, mas pessoas, a Lei de Drogas demonstra o quanto seu conteúdo se orienta a provocar, através das prisões, a contenção da pobreza. Desta maneira, as condições pessoais e sociais do agente são destrinchadas por alguém inserido na dinâmica de um sistema penal que historicamente criminaliza as camadas pobres e miseráveis.

Essa diferenciação seletiva não permite que os mais vulneráveis possam receber o “privilégio” de serem considerados como usuários. Isso se deve, entre outras coisas, aos ideais capitalistas que disseminaram na sociedade a falsa ideia de que apenas pobres são suscetíveis de delinquir, ao contrário dos mais abastados que, dispondo de recursos financeiros, não precisam incorrer na prática de crimes. Tal premissa reforça ainda mais a dificuldade de que os desfavorecidos de recursos venham a ser enquadrar como usuário, porque a pobreza, aliada à ausência de trabalho e renda, transparecem a noção de que aquele indivíduo depende financeiramente do tráfico para sobreviver.

A análise das condições ora mencionadas traz à tona dois lados de uma mesma face: favorece aquele que dispõe de recursos e pesa contra o que não possui. Corroborando esta realidade, Orlando Zaccone (2007, p. 20) aponta que “a comprovação de renda, ao contrário do que se poderia imaginar, é indício de que a pessoa que é detida portando drogas corresponde à figura do usuário e não à do traficante”. Esta constatação indica que a seletividade penal na Lei de drogas, assim como ocorre em todo o Direito Penal, é mais ainda norteadada pelo grau de vulnerabilidade que o indivíduo apresenta.

Enquanto pobres e miseráveis recebem a repressão estatal, as classes mais elevadas podem se blindar, tendo em vista que o *status* social por elas carregado lhe conferem, quase que como verdade inquestionável, que não precisam se valer do

submundo do crime, muito menos do tráfico. A ausência de fatores de vulnerabilidade socioeconômica permite influir de forma positiva na construção de sua identidade social, sob os olhares das instituições formadoras do sistema penal, contribuindo para reforçar a concepção de que aquele que dispõe de dinheiro não precisa se valer do tráfico. Os candidatos à criminalização na lei de drogas são, portanto, aqueles que Orlando Zaccone (2007, p. 24) ressalta no trinômio “preto-pobre-favela”. Elevados à condição de traficantes, estes indivíduos não tem como se defenderem, já que as estruturas do sistema penal propiciaram que ele se moldasse sob um manto de inviolabilidade, que se inicia na palavra da polícia e é apenas cancelada pelo poder judiciário.

O tráfico de drogas possibilitou o crescente apoio da defesa de políticas de genocídio das classes vulneráveis, pois “ninguém é mais do que o preço que o mercado lhe atribui” (VALOIS, 2019, p. 656). A hegemonia conservadora instalada no Brasil, defendida pela propagação do medo que as classes empobrecidas poderiam evocar, juntamente com o temor que as drogas provocaram, possibilitou a adoção de políticas autoritárias que justificassem o maior controle social destas classes. O medo passou a ser o novo termômetro social.

A distribuição desigual do *status* de traficante reforça a concepção errônea de que as classes mais humildes são perigosas e mais propensas ao crime. Esta noção tão enraizada que exerceu influência na construção social da imagem de quem é o delinqüente, conferiu também aos sujeitos provenientes de melhores condições econômicas o véu da proteção que os colocam como merecedores de todas as garantias que a lei pode lhes oferecer, uma vez que a reunião das circunstâncias sociais e pessoais não permite enxergá-los como integrantes do mundo do tráfico. Ao contrário destes indivíduos abastados, os que estampam a vulnerabilidade em seus rostos já adentram no sistema penal condenados pelas estruturas de poder, que os negam o estado de inocência e demais garantias. A esta maneira, a figura do traficante vai sendo continuamente construída em arquétipos demoníacos. Luis Carlos Valois (2019) explica:

Como sempre, sai perdendo a camada pobre da população, que acaba percebendo o traficante como um mal maior, enquanto corre o risco de ser assaltada todos os dias no ônibus para o trabalho. O traficante é forjado como o grande vilão, porque, na concepção da elite, exerce alguma ameaça, enquanto os assaltos em ônibus, transporte desconhecido para a classe dominante, não fazem muita diferença, podem aumentar, diminuir ou sequer serem notificados como é o caso. (VALOIS, 2019, p. 556).

A seletividade penal da Lei de Drogas faz recair o paradigma médico sob os jovens moradores de áreas nobres, ao passo que o paradigma criminal recai sob aqueles que habitam as regiões periféricas. O poder econômico assume dois pesos e duas medidas, posto que criminaliza e pune aquele que não tem recursos e prega o abolicionismo penal diante daqueles detentores de condições que afastam uma possível caracterização como traficante. Os estereótipos assumem papel relevante no esclarecimento das circunstâncias sociais e pessoais do agente, tendo em vista que a sociedade, no âmbito das desigualdades que se traduzem em elevados índices de miserabilidade, propagou a crença de que “rico sonega, pobre trafica”.

Na vigência do artigo 33, a seletividade também se impõe. Isso se deve ao fato de que a intenção do legislador, ao manter o amplo espectro de núcleos verbais, conforme pontua Luís Carlos Valois (2019, p. 424), é facilitar a captura do maior número de pessoas pela polícia, que se orienta pela perseguição aos sujeitos reputados como suspeitos. A atividade policial mantém o seu foco em capturar qualquer pessoa com características suspeitas, através de critérios formulados pela própria polícia (VALOIS, 2019, p. 369). A este respeito, assevera o autor:

O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração em nome da guerra às drogas, não só relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou ao máximo os verbos do crime de tráfico de drogas, tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita. (VALOIS, 2019, p. 424).

A palavra da polícia também reflete grande peso na situação de qualificar alguém como usuário ou traficante. Considerando que a lei é incapaz de deter todos aqueles indivíduos que incorrem na prática de delitos, ocorre apenas a seleção daqueles que a polícia julgou estarem sob conduta suspeita. Após a seleção efetivada na rua, a pessoa detida tem sua prisão ratificada, já que o poder policial transforma a palavra da polícia em prova inequívoca. Conforme a figura do traficante vai sendo demonizada, sua defesa processual é apenas formal, posto que a partir do momento que é detido, a lógica do estado de inocência se inverte.

A palavra da polícia, consubstanciada pelos depoimentos, se coloca como verdade inquestionável diante do relevante caráter probatório que estas assumiram. O Estado, que atribuiu ao traficante a imagem de um ser violento e cruel que deve ser incansavelmente combatido, encontra naqueles indivíduos pobres e humildes o bode

expiatório para lançar-lhes todas as formas de repressão. O discurso do medo espalhado pelas mídias de massa reforça a condição de perigosos que estes indivíduos estampam, justificando a prisão como uma necessidade que ultrapassa as finalidades contidas no próprio direito, motivo pelo qual “reivindicam-se mais e mais investimentos nos mecanismos de controle social, penas mais duras” (BATISTA, 1998, p. 28). Os aspectos morais que constroem a imagem do traficante refletem a concepção de que a estes sujeitos só resta a prisão, sobretudo porque a sociedade criou o entendimento de que as pessoas envolvidas com o comércio de drogas são insuscetíveis de recuperação.

A noção de que o traficante é um ser bárbaro e inimigo da sociedade colocou o tráfico como um crime à parte, devido ao fato de que diferentes leis foram editadas na tentativa de coibir as drogas e elas continuaram avançando. A maior parte dos indivíduos enquadrados como traficantes são aqueles que o poder econômico não os protege, porque não há limites e nem barreiras contra o Estado quando ele decide cotidianamente agir nas favelas e periferias. Ao traçar o perfil daqueles considerados como traficantes e, portanto, merecedores da máxima repressão estatal, Orlando Zaccone (2007, p. 23) explica que estas pessoas são formadas por homens e mulheres em condições de extrema pobreza e baixa escolaridade, desempenhando o comércio varejista de drogas como “mulas”. São pessoas jovens, em sua maior parte negras, pobres e oriundas de periferias e favelas, constituindo os alvos fáceis da ação da polícia. Desta feita, o direito penal se resume e vive de aparências, vivendo da imolação de certas pessoas que estavam em lugar errado na hora errada (VALOIS, 2019, p. 555). Como forma de se entender porque o chamado traficante carrega este perfil demoníaco, Howard Becker (1977) explica que as mesmas regras tendem a ser aplicadas de formas diferentes em pessoas diferentes. Aduz o autor:

As regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas do que a outras. Estudos da delinquência juvenil assinalam isso claramente. Meninos de áreas de classe média não sofrem um processo legal que vá tão longe quando são presos como garotos de favelas. É menos provável que o menino de classe média, quando apanhado pela polícia, seja levado ao posto policial; é menos provável que, quando levado ao posto policial, ele seja fichado; e é extremamente improvável que seja indiciado e julgado. Essa variação ocorre mesmo se a infração original da regra for a mesma nos dois casos. (BECKER, 1977 p. 63).

A Lei de Drogas é a concretização de uma “ideologia da diferenciação” marcada por um caráter higienista, orientado para a captura daqueles que o sistema penal reputou como criminosos, inimigos e desviantes. São os portadores de estereótipos pelos quais a

sociedade não deseja lidar, motivo pelo qual a prisão daquele que é declarado como traficante se legitima sempre como o único recurso cabível. Essa legitimidade que vê a prisão como sendo o único instrumento possível, quando impossível a pena de morte, deriva de que se consagrou em sociedade a noção de que o traficante é alguém que nunca deixará o tráfico, porque rendendo elevados ganhos financeiros, não é capaz de vislumbrar formas de trabalho “honesto” que lhe dê os mesmos rendimentos proporcionados pelo tráfico. Contestando essa crença, Orlando Zaccone (2007, p. 23) aduz que os indivíduos criminalizados na Lei de Drogas são aqueles cujos os ganhos auferidos pela venda ilícita não permitem sua entrada nas grandes empresas que comandam o tráfico, vez que a parcela de lucros percebida por estes indivíduos é ínfima.

Assim, pobres, negros e favelados são os inimigos de um sistema que antecipa sua condenação, responsabilizando-os por todos os males sociais, cuja a vulnerabilidade socioeconômica que apresentam é diretamente proporcional à força da reprimenda estatal. São os alvos fáceis que permitem que o sistema penal não incorra na inatividade, posto que assim este sistema desapareceria.

5 DADOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Atualmente os dados oficiais que evidenciam a situação carcerária brasileira podem ser extraídos através da CPI da Carceragem e dos levantamentos regularmente realizados pelo DEPEN. Analisando o teor de cada documento, é possível tecer importantes considerações que respondem à pergunta inicialmente proposta neste trabalho.

5.1 CPI DA CARCERAGEM

Nos últimos quarenta anos, a Câmara Legislativa implantou quatro comissões parlamentares com o objetivo de investigar a realidade do sistema carcerário nos anos 1976, 1993, 2008 e 2015. Cada uma delas decorreu de diferentes antecedentes que marcaram sua ocorrência. A que aqui interessa e será objeto deste estudo é a referente ao ano de 2015, tendo em vista ser a mais atual dentre as quatro disponíveis e por ter sido concluída nove anos depois da vigência da atual Lei de Drogas – o que permite um considerável lapso temporal de nove anos para a análise dos possíveis efeitos da lei.

Criada por ato do presidente da Câmara dos Deputados em 4 de março de 2015, esta comissão justificou-se por uma rebelião no Complexo Prisional do Curado, em Recife, responsável por provocar a morte de três pessoas e deixar setenta e dois feridos. Devido à desestruturação do sistema prisional que avançou desde a última comissão ocorrida em 2008, a Câmara dos Deputados entendeu pela realização de mais uma investigação cujo objetivo seria apontar, outra vez, as falhas internas, propondo resultados e um novo conjunto de ações a serem realizadas.

De acordo com os dados elencados pela comissão de 2015, a cada dez vagas existentes no sistema prisional, há aproximadamente dezesseis indivíduos encarcerados. Essa constatação apontou para uma população prisional composta por 607.731 indivíduos. Neste atual cenário, o Brasil ainda ocupava a quarta colocação no *ranking* das maiores populações carcerárias do mundo, ficando atrás da Rússia, China e Estados Unidos. No que concerne à situação econômica destes sujeitos, os números revelaram que apenas 16% trabalham e somente 11% estudam.

Os números apontados pela comissão encontram amparo nas lições proferidas por importantes teóricos do tema. Inicialmente, aduz Alessandro Baratta (2011, p. 165) que “a posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos” faz com que sob eles recaia o rótulo de criminoso. Outrossim, “as maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social” (BARATTA, 2011, p. 165). Orlando Zaccone (2007, p. 21) assevera também que isso se deve ao fato de que as populações pobres são tratadas como “inimigas”, porque estão afastadas do mercado consumidor. O relatório de 2015 mostra que a maioria das pessoas encarceradas, além de estarem inseridas num contexto de precária condição financeira, também foram privadas da liberdade por tráfico de drogas. A ausência de trabalho e educação em notável parte dos detentos demonstra o quanto estes são as presas fáceis de um sistema que, na vigência da Lei de Drogas, legitima um controle social maior sob aqueles que não possuem recursos. Na população masculina, os dados indicam que o tráfico é responsável por 25% das prisões, enquanto que na feminina representa 63%. Os dados apresentados, embora sejam numericamente divergentes do que Luís Carlos Valois abaixo preconiza, se harmonizam com uma realidade marcada pelo tráfico ser a razão do inchaço populacional das prisões. Confirmando este fato, Luís Carlos Valois (2019) preceitua:

A propriedade não exerce só influência na seletividade da polícia, mas na seletividade do judiciário também. Quando temos médias que giram em torno de 88,64% de pessoas respondendo a processos por tráficos de drogas encarceradas, sendo que metade de todas as apreensões corresponde a quantidades iguais ou inferiores a 57,7g e 56g, nenhuma pessoa presa em uma apreensão de quase meia tonelada revela a razão pela qual as penitenciárias estão lotadas de pobres. (VALOIS, 2019, p. 575).

Os dados apresentados são também compatíveis com as lições de Orlando Zaccone (2007, p. 11) ao determinar que “os criminosos autuados e presos pela conduta descrita como tráfico de drogas são constituídos por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade [...]”. Observa-se, também, que a pobreza dos indivíduos e a prevalência do crime de tráfico de drogas em ambos os sexos decorre do poder policial que atua contra aqueles que bem entender. Desta feita, Luís Carlos Valois (2019, p. 330) pontua que “as drogas continuam sendo vendidas e sempre continuarão, os presos são os que tiveram o azar de cair na malha fina e esfarrapada do poder punitivo, os bodes expiatórios necessários”.

A quantidade de pessoas presas pelo tipo penal em questão, aliada à frágil condição social que estas possuem, afasta o protótipo construído pela mídia do traficante poderoso e enriquecido pela venda de drogas (ZACCONE, 2007, p. 11). Observa-se que o tráfico age como recrutador de indivíduos pobres, motivo pelo qual é explicado o avanço no número de pessoas. Isso se deve porque, conforme explica Orlando Zaccone (2007, p. 12), os varejistas de drogas participam deste comércio na condição “mulas”, “esticas” e “aviões”. A participação destes indivíduos nesse comércio apenas confirma seu estado de miserabilidade, tendo em vista que não dispõem de condições para financiar grandes empresas destinadas ao comércio de substâncias ilícitas. Embora a lei considere estes indivíduos como traficantes, na prática, o mundo do tráfico os empurra para um escalonamento que os coloca na categoria mais baixa. Acerca disso, Orlando Zaccone (2007) esclarece como isto colabora para a superlotação dos estabelecimentos prisionais:

De um lado, “grandes” traficantes, como Fernandinho Beira-Mar, e pouco mais de uma dezena de nomes considerados delinquentes de alta periculosidade, para os quais são reservadas algumas celas nos presídios de segurança máxima; do outro, milhares de “fogueteiros”, “endoladores” e “esticas” que, junto dos “soldados” – única categoria armada e responsável pela segurança do negócio –, assemelham-se mais à estrutura de uma empresa do que a de um exército, lotando as carceragens do estado. (ZACCONE, 2007, p. 12).

Confirmando as estatísticas apresentadas pela comissão e ratificando que a Lei de Drogas é hoje o vetor responsável pelo maior encarceramento e que a maior parte dos presos são pessoas pobres, Luís Carlos Valois (2019, p. 453) esclarece que os crimes relacionados às drogas integram a quantidade de 35,1% e que estes números respondem pela superlotação do sistema carcerário brasileiro. Somado a isto, o paradigma proibicionista que instaurou o declarado combate implantado, resultou em “uma guerra contra pessoas desprotegidas, sem propriedade onde possam com tranquilidade usar ou usufruir do dinheiro oriundo do comércio dessas substâncias” (VALOIS, 2019, p. 408). O apontamento de 35,1% elencado por Luís Carlos Valois, embora em termos numéricos não sejam idênticos aos apresentados pelo relatório da comissão, dialogam com as estimativas expostas de que a Lei de Drogas responde pelo maior número de encarcerados no Brasil.

A realidade, portanto, é que o tráfico deve ser responsável por mais prisões do que indicado acima, tendo em vista que, conforme dados fornecidos a esta Comissão Parlamentar de Inquérito pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, cerca de 40% da população carcerária desse estado (que é composta por 224.965.000 presos) está respondendo ou foi condenada por tráfico de drogas.

O Estado de São Paulo é um caso à parte, posto que a comissão verificou que é o estado a possuir a maior população carcerária do país. Foi constatado que 40% da população de presos está respondendo por crimes de tráfico. O número de encarcerados pela Lei de Drogas é elevado em todo o país, porque a prisão foi consolidada como solução padrão diante de um problema que requer solução política (VALOIS, 2019, p. 62).

5.2 DEPEN

O DEPEN é um órgão executivo responsável pelo Sistema Penitenciário Federal. Através do INFOPEN, reúne informações sobre o sistema penitenciário com base em dados obtidos em todos os estabelecimentos prisionais do país. Por meio da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal, o DEPEN consolidou-se nos moldes atuais, integrando o órgão executivo da política penitenciária nacional. Embora seu nome contenha o termo departamento, trata-se, na verdade, de uma secretaria nacional que está subordinada ao Ministério da Justiça. Se a CPI da Carceragem de 2015 atestou uma

população de presos composta por 607.731 pessoas, os números apontados pelo INFOPEN 2016 mostram que este número saltou para 726.712. O Brasil, que já deixou de ser a quarta maior população carcerária e integra a terceira, vivencia um encarceramento majoritariamente composto pelo sexo masculino e pela cor negra.

Em junho de 2016, o INFOPEN revelou que o tráfico de drogas entre os homens no sistema prisional correspondia a 26%, constituindo a mesma porcentagem do crime de roubo. Entre as mulheres, o tráfico representou 62% das condenações, ficando à frente de todas as outras tipificações. Também foi contabilizada uma parcela de 64% de negros e que 74% das unidades prisionais se destinavam a homens. Observa-se também que 55% das pessoas detidas são compostas por jovens de até 29 anos de idade. Esses números revelam total compatibilidade com a figura que se construiu do traficante e, portanto, ocasião em que estes indivíduos sofrem uma maior incidência da seleção criminalizante. Embora o tráfico tenha se mostrado mais expressivo na população feminina, os números não são suficientes para as mulheres serem responsáveis pelo aumento carcerário porque o INFOPEN, no mesmo período de 2016, apontou que somente 7% dos estabelecimentos são destinados ao gênero feminino e 17% destinados a homens e mulheres. Essa constatação provém de que o homem jovem, negro, pobre e morador de periferia representa o perigo que a Lei de Drogas acaba por combater. Sobre isto, Vera Malaguti Batista (1998) pontua:

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. A mídia, a opinião pública destacam o cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes, e estão por toda parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeito ou trégua, são os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousar incluí-los na categoria de cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado. Existe alguma coisa de novo nesta configuração simbólica da crise urbana brasileira? Ou historicamente se reproduz todo o processo de formação de nossas cidades: concentração de descendentes de ex-escravos nas tarefas informais que um mercado de trabalho excludente e aviltador vem criando através dos tempos? (BATISTA, 1998, p. 28).

Nas palavras de Orlando Zaccone (2007, p. 50), estas estatísticas também representam que “a clientela do sistema penal é constituída na sua maioria de negros e pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas sim por terem maiores chances de serem criminalizaados”. O elevado número de homens negros e

pobres detidos pela Lei de Drogas é também a consequência deste estado de guerra assumido contra estes indivíduos, contando com a participação da polícia e Poder Judiciário. Reiterando os dados apontados de que os detidos em sua grande maioria são negros, Luís Carlos Valois (2019, p. 644) explica que “houve uma evolução instrumental da segregação que afetou a forma de as pessoas encararem o racismo, mas o sistema continua segregando preferencialmente negros”. Quando se diz que o Estado negou a condição de cidadão aos negros ao não permitir adequadas maneiras que pudessem recompor suas vidas, as conseqüências se arrastam até os dias de hoje. A desídia do Estado encontrou no Direito Penal a solução para estes indivíduos, porque “se o Estado reluta em adotar certas ações afirmativas, o Direito Penal é uma ação negativa de encarceramento em massa com cor definida (VALOIS, 2019, p. 647).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de exclusão e desigualdade reflete conseqüências em diversos âmbitos, sobretudo no interior dos sistemas penais. Além de repercutir reflexos nas relações entre indivíduos, os fenômenos da exclusão e da desigualdade também imprimem sua marca nas relações indivíduo-Estado. A seletividade penal é a forma de desigualdade que se materializa no interior destes sistemas, que evidenciam serem possuidores de problemas pelos quais suas finalidades não conseguem lidar. Verifica-se que a norma penal não alcança todos os indivíduos igualmente. É, em suma, uma realidade que acaba por provocar dúvidas quanto à própria essência do Direito Penal, quando, na verdade, deveria prezar pela concretização das finalidades jurídicas que nortearam a sua construção. Essa seleção criminalizante que orienta a repressão estatal para determinados indivíduos em face de outros possui raízes históricas que possibilitaram a concretização do Direito Penal como ele é hoje estabelecido.

A Lei 11.343/06 é um dos institutos que a seletividade encontra campo, endossada pelo advento do paradigma proibicionista que culminou no aumento do número de prisões em virtude da declarada guerra às drogas que a sociedade optou por iniciar. Em vista dos argumentos apresentados e dos dados analisados, o presente trabalho confirma que a Lei 11.343/06 ocasionou o aumento da população carcerária masculina, negra e pobre, posto que a lei em questão pauta-se por uma visão seletiva que se orienta através da perseguição destes indivíduos. Declarados como traficantes e tendo em vista que estes foram elevados à categoria de inimigos da sociedade, a lei em questão possibilitou o aumento das prisões desta população, uma vez que o cárcere se legitimou como um dos únicos recursos aparentemente efetivos na atual política de enfrentamento às drogas.

Em suma, verifica-se a incidência de uma tendência abolicionista sob aqueles que possuem melhor condição financeira, ao serem vistos como meros usuários, enquanto que os detentores de vulnerabilidade social têm sua conduta seletivamente identificada como tráfico e merecedoras da maior resposta punitiva pelo Estado. Evidencia-se que são necessárias reflexões acerca da atual forma de tratamento dada às drogas em sociedade, que possam conduzir à formação de uma mentalidade jurídica e racional que seja capaz de despir os subjetivismos no tocante a estas substâncias. Necessário também que se repense qual é a função do Direito Penal no que tange às

drogas, pois sendo limitado não se poderá exigir que este entregue à sociedade a solução de um problema cercado pela confluência de distintos fatores.

REFERÊNCIAS

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução de Éster Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- BECKER, Howard. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 10 set. 2020.
- CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Câmara dos Deputados. **Comissão parlamentar de inquérito destinado a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro**: relatório final. Brasília, agosto de 2015.
- SCOREL, Sarah. **Exclusão social no Brasil contemporâneo**: um fenômeno sócio-cultural totalitário?. ANPOCS. Caxambú, 1995. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/19-encontro-anual-da-anpocs/gt-18/gt01-10/7556-sarahscorel-exclusao/file>. Acesso em 10 abr. 2020.
- FERNANDES, Antônio Teixeira. **Etnicização e racização no processo de exclusão social**. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1381.pdf>. Acesso em 10 abr. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.
- GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói: Luam, 1991.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: LABATE, Beatriz Caiuby et al. **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008.

KOWARICK, Lúcio. **Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil**: Estados Unidos, França e Brasil. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 18, n. 51, p.61-86, 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092003000100006&lang=pt. Acesso em: 10 abr. 2020.

MIR, Luís. **Guerra civil**: estado e trauma. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

PEDROSO, Regina Célia. **Violência e cidadania no Brasil**: 500 anos de exclusão. São Paulo: Ática, 1999.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais. 2011.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **O controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 273 f. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo 2006.

SAWAIA, Bader. Introdução: exclusão ou inclusão perversa?. In: SAWAIA, Bader (Org.). **As Artimanhas da Exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

THOMPSON, Augusto. **O crime e o criminoso**: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). **As Artimanhas da Exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.