

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES-UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**SELETIVIDADE PENAL E CRIMES DE DROGAS NO BRASIL:
DIRETRIZES E PERSPECTIVAS**

MORRARA TATTIANE DE LIMA SOBRAL

**CARUARU
2017**

MORRARA TATTIANE DE LIMA SOBRAL

**SELETIVIDADE PENAL E CRIMES DE DROGAS NO BRASIL:
DIRETRIZES E PERSPECTIVAS**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES-UNITA, para a obtenção do grau de bacharela em Direito, sob a orientação da Prof^a Msc. Paula Isabel bezerra Rocha Vanderley.

**CARUARU
2017**

MORRARA TATTIANE DE LIMA SOBRAL

**SELETIVIDADE PENAL E CRIMES DE DROGAS NO BRASIL:
DIRETRIZES E PERSPECTIVAS**

Banca Examinadora

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES-UNITA, para obtenção do grau de bacharela em Direito, sob a orientação da Prof^a Msc. Paula Isabel bezerra Rocha Vanderley.

Aprovada: ____________

Presidenta: Prof. Paula Isabel bezerra Rocha Vanderley

Primeiro Avaliador:

Segundo Avaliador:

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta jornada. Agradeço ao meu namorado, que me incentivou, ajudou a organizar minhas ideias, que de maneira carinhosa me deu grande apoio nas dificuldades encontradas para realização dessa pesquisa. Quero agradecer também a minha orientadora Paula Rocha por tamanho carinho, paciência e dedicação, iluminando meus pensamentos. E não deixando de agradecer aos meus pais, a quem eu rogo todas as noites a minha existência.

RESUMO

Busca-se analisar a seletividade penal existente no combate às drogas no Brasil, que se expressa através dos processos de criminalização primária e secundária, quando o Estado escolhe politicamente quais as condutas consideradas como crimes e quais as pessoas que irão responder por essas condutas, criando o estereotípico do criminoso e estigmatizando indivíduos vulneráveis. Agindo seletivamente, embora utilize um discurso no qual apresenta um Direito Penal igualitário. Analisa-se o presente trabalho através de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do modo analítico, evolutivo e descritivo, traçando um estudo comparado das legislações aplicadas ao tema, com ênfase na atual legislação de combate às drogas no que tange aos requisitos que diferenciam o usuário e o traficante de drogas. Tendo em vista que entre a criminalidade latente e a perseguida, um poderoso filtro vai atribuir diferentes significados, estereotípicos e respostas penais. Busca-se então compreender a ação seletiva das instâncias penais como um grande dispositivo de criminalização.

Palavras-chave: Seletividade Penal. Sistema Penal. Drogas. Criminalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
I-A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	08
1.1 Sistemas de Controle Social: Formal e Informal.....	08
1.2 A Finalidade do Direito Penal e sua Utópica Aplicação Isonômica.....	11
1.3 A Seletividade Penal.....	14
1.3.1 Seletividade Penal Primária.....	16
1.3.2 Seletividade Penal Secundária	18
II-O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO E AO TRAFICANTE DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO	21
2.1 O Usuário de Drogas na Legislação Pátria	21
2.1.1 A História Legislativa Pátria do Tratamento dado ao Usuário	21
2.1.2 O Usuário de Drogas na Lei n.º 11.343/06	24
2.2 O Traficante de Drogas na Legislação Pátria.....	28
2.2.1 A História Legislativa Pátria do Tratamento dado ao Traficante	28
2.2.2 O Traficante de Drogas na Lei 11.343/06	32
III-A SELETIVIDADE PENAL NO COMBATE ÀS DROGAS	36
3.1 Breves Considerações sobre a Criminalização das Drogas.....	36
3.2 A Lei de Drogas como Retrato da Seletividade Penal Primária.....	38
3.3 O Sistema Penal e a Seletividade Penal Secundária	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIA	

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa tem como objetivo principal analisar como o Sistema Penal brasileiro age seletivamente, criminalizando de forma irracional, criando o estereótipo do criminoso e estigmatizando indivíduos vulneráveis. Ademais, analisa a seletividade penal no combate às Drogas no Brasil, tendo em vista que há indícios de que a própria criminalização das drogas teve a influência da elite dominante, como forma de manter o poder e controle sobre o proletariado.

O interesse pelo tema surgiu a partir da análise do art. 28, §2º, da Lei n.º 11.343/06, o qual traz critérios para a aferição do consumo pessoal que abre um espaço discricionário para sua aplicação que em última análise acaba ensejando em uma seletividade primária, pois deixa nas mãos do delegado e do juiz o enquadramento como usuário ou traficante de drogas aquele que é encontrado com substâncias entorpecentes ilícitas. Ou seja, o próprio sistema penal oferece indícios da prática da seletividade penal secundária nas suas abordagens e decisões.

Um simples olhar pelos milhares de presos condenados por tráfico de substâncias entorpecentes revela que, apesar de participarem do comércio ilegal de drogas, não passam daquilo que o criminólogo norueguês Nils Christie denominou de “acionistas do nada”.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca do controle social realizado de maneira formal e informal pelas instâncias de controle do país, bem como sobre a isonomia do Direito Penal e se este princípio é realmente observado. Ainda neste momento, discorrer-se-á sobre o que é a seletividade penal primária e secundária.

No capítulo subsequente, falar-se-á sobre as legislações antidrogas que já existiram no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre a atual lei de combate às drogas. Procurar-se enfatizar as diferenças de tratamento entre o usuário e o traficante em todas as legislações brasileiras que trataram do tema, traçando um paralelo entre todas elas.

Por fim, no último momento do trabalho, será analisado o sistema penal e a lei de drogas no que se refere à seletividade penal existente em alguns dispositivos desta lei, que não estão explicitamente prevista na redação, porém está

materialmente ligada à sua aplicação, como na sua execução pelas instâncias formais de controle social.

A análise crítica da lei é de suma importância para que se perceba que o sistema penal, como está estruturado, está em colapso, não cumprindo as funções declaradas, sendo utilizado como uma ferramenta de opressão das minorias. É de se afirmar que crime e miséria têm sido constantemente associados.

Desta feita, não diminui a criminalidade, não ressocializa e tão pouco socializa o indivíduo por ele abarcado, não previne crimes e não considera as expectativas das vítimas. E enquanto isso não ficar claro para as autoridades, bem como para toda sociedade, não haverá a implementação de novas políticas alternativas, que não sejam baseadas na punição exacerbada e no controle social.

I-A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

1.1 Sistemas de Controle Social: Formal e Informal

O sistema de controle social nada mais é que, conforme Sérgio Salomão Shecaira “o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários”.¹ São os processos disponíveis tendentes a manter os cidadãos sob controle, de modo que a convivência social seja pacífica. Esse sistema de controle social se divide em dois subsistemas: o controle social formal e o controle social informal. Sobre esta subdivisão do controle social, dispõem Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes:

Quando o controle social é realizado por meio de normas legais, ele é tido por controle social formal. No informal, de outro lado, o controle é realizado por intermédio de outras formas, ou seja, não há aplicação de normas legais para concretizar o controle social [...].²

Sobre o controle social informal, ele é formado pelas instituições sociais, tais como religião, família, opinião pública, imprensa, profissão, escola, mídia,³ internet, dentre outros. Estas instituições sociais operam um papel fundamental no controle da criminalidade, uma vez que impingem regras de conduta de uma maneira sutil, e que apesar de não trazerem sanções drásticas como traz o sistema de controle formal; a exemplo da privação da liberdade, suas sanções operam no campo da aceitação social. Lélío Braga Calhau enfatizou bem este aspecto, conforme se pode observar:

O controle informal é o do dia-a-dia das pessoas dentro de suas famílias, escola, profissão, opinião pública etc. A imensa maioria da população não delinque, pois sucumbe às barreiras desse primeiro controle. O sistema informal vai socializando a pessoa desde a sua infância (ex: âmbito familiar), e ele é, em geral, sutil e não possui uma pena, além de ser mais

¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

² BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Controle social e direito penal**. Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814345/control-social-e-direito-penal>>. Acesso em: 28 set. 2016.

³ Resta oportuno salientar o importante papel da mídia no controle informal e no processo de criminalização de condutas: “A mídia, como já tratado, representa um dos sistemas de controle informal e uma de suas características é o seu caráter influenciador. Ela possui um papel de adoção de medidas emergenciais, servindo como um meio para a sociedade demonstrar os seus interesses e suas mudanças, como por exemplo, em greves, protestos públicos, as pessoas que participam a utilizam como meio para propagar seus desejos”. (ITAPARY NETO, Jesus Boabaid de Oliveira; SANTOS JÚNIOR, Windsor Silva. **Funções do sistema de controle social informal na sociedade: a mídia como seletora criminal**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4764>>. Acesso em: 28 set. 2016.

ágil na resolução dos conflitos que os mecanismos públicos. O desprezo social (ex: a punição informal com o afastamento das amizades ou de alguns membros da própria família) são sanções que para a grande maioria são mais que suficientes para inibir a prática de um crime.⁴

As pessoas querem ser aceitas e para se encaixarem nos padrões sociais, optam por seguir as regras de conduta impostas pela comunidade em que estão inseridos. A igreja, por exemplo, exerce forte influência, mesmo que tenha perdido um pouco desta qualificação em comparação com a mídia, a qual tem um campo de abrangência bem maior que aquela. A questão é que, mesmo não atingindo a todos, essas instituições informais alcançam boa parcela da população.

O controle social informal é o primeiro operado na sociedade, sendo bastante eficaz na maioria dos casos. Como já fora dito, as pessoas têm interesse na aceitação, e também na harmonia da convivência, apesar das exceções. Contudo, nem sempre este controle social informal se mostra suficiente, momento em que o controle social formal entra em ação, conforme aduzem Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes:

Os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo [...] Quando as instâncias informais do controle social fracassam, entram em funcionamento as instâncias formais, que atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular status (de desviados, perigoso ou delinquente).⁵

No que tange ao controle social formal, que se pode dizer ser o sistema penal em si, no Brasil, consiste em uma maneira de legitimar o direito de punir do Estado através de procedimentos disciplinados em lei. Segundo Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “trata-se de um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência (ou suspeita de ocorrência) de um delito até a execução da pena”.⁶ A respeito do surgimento do sistema penal e sua função no âmbito social, discorre Ana Cecília Souza Santana:

⁴ CALHAU, Lélío Braga. **Controle social:** redução da criminalidade depende da ajuda da família. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-03/reducao_criminalidade_depnde_ajuda_familia>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 134.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 69.

De uma maneira geral, a doutrina tradicional defende que o Direito Penal nasce como uma consequência natural da vida em sociedade, com o objetivo de regular o convívio social, sendo uma resposta lógica do Estado àqueles que infringem as normas penais, que visam promover a segurança jurídica de bens, valores e interesses mais importantes da sociedade. A função precípua desse ramo do direito é a de, então, proteger os bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a sociedade. Assim, para cumprir tal objetivo, o legislador seleciona os bens especialmente importantes para a sociedade e os destaca como sendo merecedores da tutela penal.⁷

O sistema penal se manifesta em três diferentes fases, mas que se complementam: a fase policial, a judicial e a executiva. Estas fases se complementam porque, nas palavras de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “o judicial pode controlar a execução, o executivo ter a seu cargo a custódia do preso durante o processo, o policial ocupar-se das transferências de presos condenados”.⁸

Vê-se, pois, que esta complementaridade é o que faz o sistema penal tornar-se possível, uma vez que todos os âmbitos da estrutura do sistema penal se necessitam para que seus objetivos sejam alcançados. Temos como exemplo a interceptação telefônica, prevista na Lei n.º 9.296/96⁹ que, conforme o seu art. 3º, caput,¹⁰ precisa de autorização judicial para ser realizada. Do mesmo modo, o Juiz precisa da polícia para fazer cumprir os mandados de prisão porventura decretados. Há fases distintas, porém interdependentes.

Nilo Batista¹¹ discorre sobre esta diversidade de fases do sistema penal e sobre a sua complementaridade, enfatizando que estes três seguimentos da estrutura do sistema penal se encarregam de materializar o Direito Penal, ficando a cargo da polícia a investigação dos crimes; do Promotor de Justiça a salvaguarda da Justiça Pública; do Juiz a aplicação da lei; e da instituição penitenciária a execução da pena privativa de liberdade, se condenado o réu.

⁷ SANTANA, Ana Cecília Sousa. **A seletividade do sistema penal brasileiro nos crimes de roubo e furto.** Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4073/1/Ana%20Cec%C3%ADlia%20Souza%20Santana%20RA%2020766184.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 70-71.

⁹ BRASIL. Lei n.º 9.296, de 4 de 24 de julho 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁰ Lei de Interceptação Telefônica: “Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...]”. (BRASIL. Lei n.º 9.296, de 4 de 24 de julho 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

1.2 A Finalidade do Direito Penal e sua Utópica Aplicação Isonômica

A paz social é uma meta buscada em todos os momentos da existência humana. Sabendo-se que os seres humanos são diferentes, diante da existência de uma pluralidade de ideias, pensamentos e culturas, sempre houve e sempre haverá conflito. Assim, sempre se buscou a pacificação social por meio de regras, a fim de resguardar os bens jurídicos da população de cada sociedade, ficando o direito penal responsável por resguardar os bens jurídicos considerados mais importantes no seio social.¹² Acerca desta tentativa de manter na sociedade uma convivência pacífica, discorre Rogério Sanches Cunha:

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que, impostas aos indivíduos, determinam ou proíbem determinadas comportamentos. Quando violadas as regras de condutas, surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis e/ou penais. Nessa tarefa (controle social) atuam vários ramos do Direito, cada qual com sua medida sancionadora capazes de inibir novos atos contrários à ordem social. Todavia, temos condutas que, por atentarem (de forma relevante e intolerável) contra bens jurídicos especialmente tutelados, determinam reação mais severa por parte do Estado, que passa acominar sanções de caráter penal, regradas pelo Direito Penal.¹³

A tutela dos bens jurídicos considerados mais importantes dentro da sociedade tem como consequência a imposição de sanções proporcionalmente graves, chegando inclusive a privação da liberdade. Assim, ao se violar uma regra do direito penal, nasce para o Estado o direito de punir ou *jus puniendi*, o qual se materializa quando Estado toma para si o direito de punir os que violam regras de conduta social tuteladas pelo direito penal, tirando este direito do âmbito particular, através de um processo pautado em lei, cuja finalidade precípua é a defesa e paz social. Este é o entendimento defendido por Heleno Glauco Fragoso:

A função básica do Direito Penal é a defesa social. Ela se realiza através da chamada tutela jurídica: mecanismo com o qual se ameaça com uma

¹² Acerca da necessidade de aplicação de regras para o convívio pacífico da sociedade, discorre Guilherme de Sousa Nucci: “[...] desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição”. (NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 57).

¹³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 32.

sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e por sua execução.¹⁴

Em razão desta característica do direito penal, consistente em sanções mais agressivas que as aplicadas nos demais ramos do Direito, é que ele só atua quando as demais ciências jurídicas fracassam. É o que se denomina de princípio da intervenção mínima, que, segundo Nayara Magalhães Neves tem a seguinte definição:

Pelo princípio da intervenção mínima, também conhecido como última ratio, o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, ou seja, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se insuficientes para a tutela desses bens. Nesse contexto, o direito penal assume um caráter subsidiário, intervindo somente quando as medidas civis ou administrativas mostrarem-se ineficazes.¹⁵

A atuação do direito penal é subsidiária, contudo, a sua aplicação deve ser indistinta. Todo e qualquer cidadão está sob a proteção do direito penal, e subjugado às suas regras, de modo que sua incidência independe de cor, classe social, credo, crença, opção sexual ou qualquer outra diferença. O direito penal deve obediência aos ditames constitucionais, e sua aplicação deve respeitos aos princípios e regras do Estado democrático de direito, conforme o ensinamento de Nayara Magalhães Neves:

Por vivermos num Estado Democrático de Direito, o Direito Penal, assim como os demais ramos jurídicos, devem adequar-se aos ditames previstos na Constituição Federal e que regem todo o ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, o Direito Penal assume as funções de proteção efetiva dos cidadãos, preocupando-se com o direito à vida e à liberdade dos indivíduos e sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos. Dentro desse contexto, nasce a preocupação em estabelecer-se um Direito Penal Mínimo que acima de tudo respeite, de forma objetiva, o direito à vida e à liberdade, ou seja, um Direito Penal assentado nas máximas garantias constitucionais, sobretudo nos princípios basilares advindos, expressa ou implicitamente, da Carta Magna, tais como: o princípio da dignidade da

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Glauco. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.

¹⁵ NEVES, Nayara Magalhães. **Princípio da intervenção mínima no direito penal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-intervencao-minima-no-direitopenal.24273.html>> Acesso em: 28 set. 2016.

peessoa humana, da ofensividade, da insignificância, princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima, dentre tantos outros.¹⁶

A despeito do dever de aplicação das normas do direito penal de maneira indistinta, é cediço que esta não é a realidade que convivemos. O processo de criminalização de condutas se perfaz desde a fabricação das leis até a fase executória da pena, porém, o que se percebe é uma seletividade penal, maquiada por um falso discurso de igualdade, em que uma minoria dos cidadãos é privilegiada. Alessandro Baratta¹⁷ observou esta ilusória igualdade, ao afirmar que a igualdade do direito penal é um mito, sintetizando sua crítica em três proposições:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos; o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; e c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.¹⁸

Assim, na visão de Alessandro Barata, o direito penal é o “direito desigual por excelência”,¹⁹ pois é influenciado pelas classes mais abastadas da sociedade e com frequência estão no centro do poder estatal. Esta tese defendida por este doutrinador é corroborada por diversos casos expostos na imprensa todos os anos, e que só vem a ratificar o caráter seletista do sistema penal, e ao mesmo tempo segregador.

Pode-se citar como exemplo o caso da empregada doméstica Maria Aparecida de Matos, que permaneceu presa provisoriamente por um ano e sete meses, por tentar furtar um shampoo e um condicionador cujo valor somado era de R\$24,00 (vinte e quatro reais), e só depois de todo esse tempo conseguiu liberdade

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Proposições em que Alessandro Baratta resume o mito sobre a igualdade do direito penal: “o direito penal protege igualmente todos os cidadão contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas tem iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade)”. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162).

¹⁸ Idem

¹⁹ idem

provisória no Superior Tribunal de Justiça.²⁰ Contudo, diametralmente oposta foi a situação do promotor de justiça Thales Ferri Schoedl, que obteve a sua liberdade provisória em apenas dois meses, mesmo tendo sido preso em flagrante por ferir um jovem e matar outro a tiros.²¹

A partir desses exemplos, aliado aos estudos realizados sobre este fenômeno, não há como negar a intenção seletiva do direito penal, criminalizando as condutas realizadas especialmente pela classe social de baixa renda, que são em sua maioria crimes contra o patrimônio. Vê-se um falso discurso que se desconstrói facilmente, bastando observar as notícias veiculadas diariamente. A respeito dessa ilusória crença de que o sistema penal é isonômico, mas que na verdade ele é estigmatizante, seletivo e repressor, discorre Nilo Batista:

Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas [...] O Sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade [...] 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. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.²²

Acertadamente Zaffaroni afirma que “achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”.²³ Vemos assim que o direito penal é uma realidade socialmente construída através de um complexo processo de criminalização seletivo, dos quais dele participam o legislativo, o executivo e o judiciário.

1.3 A Seletividade Penal

²⁰ **STJ manda libertar doméstica acusada de furtar xampu.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-mai-24/stj_manda_libertar_domestica_acusada_furtar_xampu> Acesso em: 28 set. 2016.

²¹ **A Lógica do Deboche.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2007/09/01/a-logica-do-deboche-71889.asp>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 25-26.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

A seletividade penal é um dos pontos da criminologia crítica, cujo embasamento teórico desconstrói o direito penal em uma de suas principais funções, que é a de prevenir crimes e de ser isonômico. Na teoria, o direito penal deve procurar prevenir crimes através da aplicação de sanções, e sua incidência ocorre em igualdade de tratamento para todos os cidadãos. Assim, independente de religião, cor, raça, opção sexual, classe social, etc; todos os cidadãos são submetidos à tutela do direito penal, seja no que tange à proteção, seja no que tange à submissão às suas sanções.

Contudo, esta não é a realidade em que vivemos. Ana Cecília Sousa Santana, ao discorrer sobre a realidade do sistema penal, sintetiza bem este fato, afirmando que “o sistema, como está estruturado, não alcança os fins por ele declarados, semeia a violência e sustenta a exclusão social. Além disso, age seletivamente, embora utilize um discurso no qual apresenta um Direito Penal igualitário”.²⁴ Assim, seria o direito penal um ramo do direito cujo objetivo subliminar é político e não social.

Em seu entendimento Nilo Batista, ao afirmar que:

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 determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. [...] O sistema penal também é apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração das linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.²⁵

O sistema penal infelizmente não pratica o que prega, pois a realidade é que ele pune apenas as condutas praticadas por determinados tipos de pessoa, sendo mais um mecanismo de manutenção do poder na classe dos economicamente favorecidos. Isso pode ser facilmente observado no crime de “colarinho branco”. Dentro deste assunto, resta interessante abordar de maneira sucinta a teoria do

²⁴ SANTANA, Ana Cecília Sousa. **A seletividade do sistema penal brasileiro nos crimes de roubo e furto.** Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4073/1/Ana%20Cec%C3%ADlia%20Souza%20Santana%20RA%2020766184.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 25-26.

Labeling Approach ou Teoria do Etiquetamento, a qual é objeto da Criminologia Crítica. Segundo Raíssa Zago Leite da Silva:

A Teoria do *Labeling Approach* surge como um novo paradigma criminológico, resultado de mudanças sócio criminais que sofreu o direito penal. Ele foi chamado de paradigma da reação social, pois critica o antigo paradigma etiológico, que analisava o criminoso segundo suas características individuais. O novo paradigma tem por objeto de análise o sistema penal e o fenômeno de controle.²⁶

De acordo com esta teoria, deve-se observar como os indivíduos se estabilizam no comportamento antissocial quando são etiquetados, definidos e estigmatizados pelas agências de poder, desenvolvendo uma identidade criminosa a partir dessa “marca”. Nesta linha de pensamento, dispõe sobre o tema Alessandro Baratta,²⁷ afirmando que nessa perspectiva, a criminalidade se apresenta como um adjetivo atribuído de maneira seletiva a indivíduos específicos, não sendo mais vista como uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinadas pessoas.

Assim, ainda conforme o ensinamento de Alessandro Baratta,²⁸ a criminalidade é o resultado de uma dupla seleção: primeiro, a seleção dos bens merecedores da proteção do direito penal; segundo, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que infringem as normas penalmente sancionadas. No entendimento de Eugenio Raul Zaffaroni,²⁹ o sistema penal se volta mais contra algumas pessoas do que contra certos tipos de ações delituosas. Portanto, ser criminoso é o resultado de um etiquetamento social, e não consequência lógica de uma conduta praticada.

O conceito de crime será definido por um grupo social em determinado lugar e em determinada época em razão dos valores morais e éticos dominantes no meio. Ademais, uma minoria privilegiada tem o poder de decidir quais serão essas condutas, havendo uma seleção do que será ou não criminalizado. Este fato

²⁶ SILVA, Raíssa Zago Leite da. **Labeling Approach**: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo>. Acesso em: 29 set. 2016.

²⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161.

²⁸ Idem

²⁹ Dispõe Eugênio Raul Zafaroni: “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc)”. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130).

certamente prejudica a parcela mais desfavorecida da sociedade, a qual não detém o poder de definição, já que a atuação dos órgãos oficiais de controle está focada em algumas condutas selecionadas e criminalizadas, o que possibilita a manipulação de interesses. Dito isto, é importante salientar que este processo de criminalização seletiva se perfaz em dois momentos distintos, de maneira primária e de maneira secundária, sobre os quais se discorrerá.

1.3.1 A Seletividade Penal Primária

A criminalização primária ocorre no momento da confecção das leis, em sede legislativa. Levando-se em consideração questões de política criminal, é que se selecionam as condutas que serão submetidas ao crivo do direito penal, as quais uma vez realizadas levarão os seus agentes à submissão das sanções penais. É neste sentido a definição do que vem a ser o processo de criminalização primária feita por Airto Chaves Junior e Marisa Schmitt Siqueira Mendes:

A criminalização primária consiste no ato de selecionar bens jurídicos relevantes que mereçam proteção impostas pelo Direito Penal material. Quem está encarregado de efetuar a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes a ponto de serem protegidos pelo Direito Penal são os deputados e senadores, enfim, o Congresso Nacional.³⁰

Assim, é no poder legislativo que se dá a criminalização primária, e assim são criados os tipos penais que inicialmente são apresentados como de incidência isonômica entre todos os cidadãos. Contudo, basta um olhar mais atento para ver que o critério de seleção desses tipos penais não é de acordo com o comportamento dos cidadãos, mas sim direcionado apenas para uma parcela da população. Sobre esta seleção dos bens a serem protegidos pelo direito penal, e sobre a sua falsa ideologia de igualdade, discorre Alessandro Baratta:

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, “o caráter fragmentário” do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal

³⁰ CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A criminalização primária e a norma penal brasileira:** considerações acerca da sua seletividade. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5944&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 3 out. 2016.

tende a privilegiar o interesse das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalista, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais tem por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.³¹

Pelo exposto, entende-se que o direito penal serve à classe dominante, definindo como crime apenas aquelas condutas que geralmente são praticadas pelos cidadãos pertencentes à classe economicamente desfavorecida, o que automaticamente privilegia aqueles que detêm o poder econômico e até mesmo o poder político. Ora, é só observar que o poder legislativo, em todos os âmbitos federativos, é composto por ricos, e são justamente essas pessoas que são responsáveis por criar as leis do nosso país.

Senadores e deputados, membros do poder legislativo, detentores de poder econômico, ao criarem as leis, irão favorecer a classe à qual fazem parte, imbuídos pelos valores sociais que conhecem. Assim, tanto as pessoas que serão punidas quanto as punições que lhes serão impingidas, até mesmo para os próprios legisladores, será fruto de uma escolha viciada. Neste sentido, Lola Anyiar de Castro comenta que:

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

³¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

delitiva porque não houve alguém que tivesse, por sua vez, poder e interesse suficientes para implantá-la como conduta delitiva.³²

Deste modo, vê-se que é muito difícil conseguir estabelecer uma igualdade jurídico-penal entre todos os cidadãos, tendo em vista que as leis penais são fruto da vontade dos detentores do poder, os quais buscam se favorecer e desfavorecer os desprivilegiados. Há uma nítida seletividade penal, onde se busca manter o domínio econômico, processo que se verifica com a não criminalização das condutas comumente praticadas pela classe dominante, ou com o estabelecimento de penas brandas. A partir daí, começa uma nova fase, observada dentro dos meios de aplicação e execução das leis, denominada de seletividade penal secundária.

1.3.2 A Seletividade Penal Secundária

A seletividade penal secundária surge logo após o processo de seleção das condutas submetidas ao direito penal, na fase de persecução penal até a fase executória da pena. Esta seletividade penal secundária, segundo Alessandro Baratta, “acentua ainda mais o caráter seletivo do direito penal”,³³ e ocorre nas instâncias formais de controle, as quais já se discorreu sobre elas, como na polícia, civil, militar e federal, no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Neste momento, a atuação da seletividade penal não ocorre de maneira abstrata, tendo em vista que já existe um indivíduo determinado, o qual foi preso em flagrante, está sendo investigado pela polícia, denunciado pelo ministério público, processado em sede judicial, ou cumprindo pena em algum presídio. Rogério Greco discorre sobre este aspecto da seletividade, ao dizer que:

[...] 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.³⁴

³² ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução de Éster Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 15.

³³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

³⁴ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 158.

Eugênio Raul Zaffaroni³⁵ leciona que é na seara policial que estes indivíduos são selecionados, e em seguida submetido ao julgamento pelo poder judiciário, que tenta, por meio das regras processuais, impor limites à esta seletividade. Contudo, os limites impostos são demasiadamente fracos, e não possuem o condão deter a seletividade, mas apenas suavizá-la. Outro ponto que merece destaque é a falta de estrutura de todo o sistema penal para conter a criminalidade. Por este motivo, a contenção por parte das instâncias formais acaba acontecendo apenas sobre as situações mais urgentes, favorecendo a seletividade penal secundário. Nesta esteira, leciona Vera Regina de Andrade:

As agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado. A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal [...].³⁶

Deste ponto de vista, a seletividade não é apenas produto da tentativa de manutenção do poder na classe dominante, mas também uma necessidade das instâncias formais de controle, em razão de sua falta de estrutura para conter a criminalidade. Não há justiça nisso, posto que o direito penal acaba funcionando apenas para os pobres, negros, homossexuais e todas as demais camadas sociais que são colocadas à margem, em total desrespeito ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, 245-246.

³⁶ ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 265.

II-O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO E AO TRAFICANTE DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 O Usuário de Drogas na Legislação Pátria

O usuário de drogas é aquele que faz uso de substâncias psicoativas, tendentes a causar modificações no seu sistema nervoso. Este usuário pode se enquadrar ou não na posição de um toxicômano, podendo ser caracterizada a toxicomania, na visão de Rodrigo Silveira da Rosa, como “a vontade ou necessidade do uso ou a procura por todos os meios da droga”.³⁷ Edevaldo Alves da Silva elenca o que ele julga ser características próprias dos toxicômanos:

a) o indivíduo toxicômano, sente pela droga um irresistível desejo causado pela falta do tóxico, que o obriga a continuar a usar essas substâncias e procurá-las por todos os meios; b) o indivíduo sente uma tendência contínua a aumentar a dose das drogas, a cada período de ingestão; c) o indivíduo passa a sofrer uma dependência psíquica (psicológica) e às vezes até propriamente física, acerca dos efeitos que a droga produz em seu organismo, já então viciado ao uso.³⁸

A despeito desta patologia peculiar de usuários de drogas, nem todo usuário de drogas é considerado portador de toxicomania, vez que pode ser apenas um curioso ou usuário esporádico, porém mesmo assim vai sofrer as sanções previstas na legislação pátria de combate às drogas. A legislação pátria evoluiu consideravelmente no tratamento do usuário de drogas, porém nem sempre esta conduta foi considerada crime e nem sempre, depois de tipificada como ilícito penal, as sanções foram as mesmas. Feitas essas considerações, resta oportuno discorrer sobre essas peculiaridades.

2.1.1 A História Legislativa Pátria do Tratamento dado ao Usuário

³⁷ ROSA, Rodrigo Silveira da. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4530. Acesso em: 5 out. 2016.

³⁸ SILVA, Edevaldo Alves. **Tóxicos no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 5.

Conforme já foi dito anteriormente, o consumo de drogas nem sempre foi considerada crime pelo direito penal pátrio. Somente a conduta da traficância de drogas ilícitas, inicialmente, era tipificada como crime, tendo ocorrido a primeira manifestação legislativa no Decreto-Lei n.º 2.848/40, em seu art. 281,³⁹ cuja redação foi posteriormente alterada pela Lei n.º 4.451/64,⁴⁰ para incluir o verbo “plantar”⁴¹ em sua redação.

A conduta de usar drogas só teve a atenção do direito penal em 1968, quando entrou em vigor o Decreto-Lei nº 385/68, o qual inseriu no inciso III a criminalização do uso de substância entorpecente, prevendo como crime a situação em que o usuário “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.⁴² Sobre esta modificação provocada pelo supracitado Decreto-Lei, e de como isso mudou o cenário do combate ao tráfico de drogas no Brasil, observa Antônio Fernando de Lima Moreia da Silva:

Importante alteração trouxe o Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968, que alterou a redação do art. 281 do Código Penal. O entendimento jurisprudencial do STF era que o artigo não abrangia os consumidores, vez que em seu parágrafo 3º previa a punição do induzidor ou o instigador, estando excluído o usuário, visto que bastaria a regra geral do art. 25 (atual art. 29) do Código Penal de 1940 para configurar a co-autoria^[19]. Devido à descriminalização via jurisprudência, o Decreto-lei equiparou a pena do usuário, que “traz consigo para uso próprio”, à do traficante, indo contra a orientação internacional, que trazia o discurso de diferenciação.⁴³

³⁹ Decreto-Lei n.º 2.848/40. “Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis”. (BRASIL, Decreto-Lei n.º 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁴⁰ BRASIL. Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964. Altera a redação do art. 281 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4451.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁴¹ Lei n.º 4.451/64: “Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros. (BRASIL. Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964. Altera a redação do art. 281 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4451.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁴² BRASIL, Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao art. 281 do Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10385.htm>. Acesso em 5 out. 2016.

⁴³ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreia da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>>. Acesso em: 5 out. 2016.

Assim, houve uma equiparação da conduta do usuário ao traficante, sendo consideradas tais condutas crimes pela legislação especial penal. Até este momento, tanto o tráfico de drogas como o uso de drogas eram tipificados no mesmo artigo, situação está que mudou quase uma década depois, com a entrada em vigor da Lei n.º 6.368/76.⁴⁴ Esta lei tipificou tais condutas em artigos distintos, contudo o tratamento dispensado a ambos os agente foi semelhante, sendo considerados igualmente criminosos e aplicada sanção de privação da liberdade para ambas as condutas típicas.

Sobre esta não diferenciação, Antônio Fernando de Lima Moreira da Silva lembra que “as condutas criminalizadas não diferiram, havendo apenas aumento das penas. Permaneceu o dever jurídico do art. 1º da lei anterior, mas a palavra combate foi substituída pela expressão ‘*prevenção e repressão*’”.⁴⁵ A figura do usuário foi tratada no art. 16 da referida lei, cuja redação determinava ser crime, apenado com detenção de 6 meses a 2 anos, mais pagamento de dias-multa “adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”⁴⁶

Vê-se que, com a entrada em vigor da referida lei, a conduta do uso de drogas passou a ser considerada tão nociva à sociedade quanto o tráfico de drogas. Embora a quantidade de pena seja distinta, ambas as condutas tinham como punição a pena privativa de liberdade. Sobre esta peculiaridade, Damásio E. de Jesus⁴⁷ observou que o usuário de drogas, por meio de sua conduta, atinge a saúde pública. Assim, justifica-se essa punição severa em defesa da coletividade e controle estatal de condutas perniciosas ao Estado. A saúde pública também é um bem jurídico relevante que precisa ser tutelado pelo direito penal.

⁴⁴ BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁴⁵ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁴⁷ JESUS, Damásio E. de. **Lei antitóxicos anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.12-13.

Alguns anos depois, entrou em vigor a Lei n.º 10.409/2002,⁴⁸ que surgiu para substituir integralmente a anterior legislação antidrogas, a fim de suprir as lacunas deixadas por ela. Contudo, a nova lei de combate ao tráfico de drogas foi tão omissa quanto a anterior legislação, cheia de impropriedades, o que se deve ao fato de que ela surgiu a partir da junção de vários projetos de lei. Isso deu causa ao veto pelo Poder Executivo ao texto original, conforme ensina Vicente Greco Filho:

Como se disse, a lei, enquanto projeto que resultou da fusão de diversos projetos que tramitavam no Congresso Nacional, pretendia substituir a Lei n. 6.368/76, mas estava tão ruim no aspecto mais importante, qual seja, a definição dos crimes, que obrigou o Poder Executivo a vetar todo o Capítulo III, “*Dos crimes e das penas*” (ainda bem!). Basta ler o texto vetado para aferir a sua impropriedade e absurdo.⁴⁹

A Lei n.º 10.409/2002 da forma como foi elaborada, deu um tratamento mais brando ao usuário de drogas, prevendo medidas educativas e preventivas, em um claro e cristalino propósito de acabar com a sanção de pena privativa de liberdade. É possível verificar essa intenção pela leitura dos artigos. 11⁵⁰ e 13⁵¹ da legislação supracitada. Vê-se que o legislador passa a ver a conduta do usuário de drogas como sendo questão de saúde pública, devendo ser tratada com especial atenção a fim de prevenir e reprimir danos no campo social e da saúde, implementando políticas destinadas aos dependentes de drogas. Finalmente, no ano de 2006,

⁴⁸ BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos, prevenção-repressão**: comentários à lei n. 11.343/2006 – lei de drogas, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

⁵⁰ Lei n.º 10.409/2002. “Art. 11. O dependente ou o usuário de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde, fica sujeito às medidas previstas neste Capítulo e Seção”. (BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁵¹ Lei n.º 10.409/2002. “Art. 13. As instituições hospitalares e ambulatoriais comunicarão à Secretaria Nacional Antidrogas – Senad os óbitos decorrentes do uso de produto, substância ou droga ilícita”. (BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

entrou em vigor a lei que disciplina o combate ao tráfico de drogas atualmente, de n.º 11.343/2006.⁵²

2.1.2 O Usuário de Drogas na Lei n.º 11.343/06

A Lei n.º 11.343/06 é a mais atual lei de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e seu surgimento unificou a legislação de combate às drogas, pois trouxe em seu bojo revogação expressa das legislações anteriores, conforme se verifica pela leitura do art. 75 do referido diploma legislativo.⁵³ Vale salientar um importante aspecto desta lei, que é a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD que, cujos objetivos Amaury Silva destacou:

A lei criou o mecanismo como o instrumental para a adoção e desenvolvimento da política pública do país no âmbito das drogas, cujo objetivo de sistematização visa a reunião de rumos, propósitos e normas em uma abordagem que contenha uma diretiva central. Logicamente que essa engrenagem não implica em ações, atividades e desempenhos governamentais que tenham aspecto homogêneo, mas as situações regionais e episódicas devem ser consideradas, sobretudo no item da execução da política pública.⁵⁴

O intuito da atual lei de combate ao tráfico de drogas é reprimir tanto a produção sem autorização de substâncias proibidas, como também a sua comercialização. A unificação em um só diploma das regras de repressão às drogas facilita e dinamiza o processo de controle de tais condutas. Ainda sobre os objetivos e principais aspectos da Lei n.º 11.343/06, dispõe Luiz Flávio Gomes:

[...] (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e

⁵² BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵³ Lei n.º 11.343/2006. “Art. 75. Revogam-se a Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002”. (BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁵⁴ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**: artigo por artigo. Leme: J.H. Mizuno, 2008, p. 47.

o traficante ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimento e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.⁵⁵

Um dos aspectos citados acima é o tratamento diferenciado ao mero usuário de drogas, eliminando a pena privativa de liberdade como uma das sanções a ele aplicadas. Nayara Paiva da Costa, ao discorrer sobre as inovações da Lei n.º 11.343/06, lembra que o legislador “utilizou técnica diferenciada daquela utilizada pela legislação anterior, prevendo respostas penais diferentes às condutas do usuário, do dependente de drogas e do traficante de entorpecentes”.⁵⁶ Ainda sobre esse tratamento diferenciado direcionado ao usuário, continua Nayara Paiva da Costa:

O legislador, com efeito, alterou o tratamento penal dado ao usuário pela Lei 6.368/76, ou seja, não é mais possível submeter o mero usuário de drogas a pena privativa de liberdade, nem mesmo se esse descumprir a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade.⁵⁷

A figura do usuário de drogas vem prevista no art. 28 da lei n.º 11.343/06,⁵⁸ sendo as condutas enquadradas as de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal” prevista no caput,⁵⁹ como também “semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena

⁵⁵ GOMES. Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada artigo por artigo**: lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁵⁶ COSTA, Nayara Paiva. **Aplicação de penas restritivas de direito no crime de tráfico ilícito de drogas**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/413/3/20706903.pdf>>. Acesso em 6 out. 2016.

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Lei n.º 11.343/2006. “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. (BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁵⁹ BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica” para consumo pessoal, previsto no §1º do mesmo artigo.⁶⁰

Suas sanções consistem na advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a curso educativo como medida educativa. Percebe-se que essas sanções não tem caráter realmente punitivo, mas sim educativo. Vê-se claramente a intenção do legislador de facilitar a inserção do usuário na sociedade. Resta oportuno discorrer sobre uma interessante discussão doutrinária, a qual emergiu a partir da nova roupagem dada à figura do usuário de drogas com a nova lei de combate às drogas, consistente na natureza jurídica do art. 28 da lei n.º 11.343/06.

A nova lei de drogas deixou de penalizar a conduta do uso de drogas com pena privativa de liberdade, e esta modificação gerou por parte da doutrina intensos debates sobre qual a nova realidade do uso de drogas, se houve descriminalização, despenalização ou outra circunstância criada pelo legislador. Assim, diante da discrepância de posicionamento sobre o tema, surgiram três correntes doutrinárias.

Parte da doutrina entende que a retirada da pena privativa de liberdade do campo de incidência do uso de drogas, gerou a descriminalização da conduta. Assim, o uso de drogas não seria mais objeto do direito penal, mas sim do direito judicial sancionador. Houve portanto, o que se denomina de *abolitio criminis*. Como representante desta corrente está Alice Biancine,⁶¹ a qual defendem que houve especificamente a descriminalização material da conduta do uso de drogas.

Outra corrente sustenta que o uso de drogas trata-se de uma infração penal *sui generis*, havendo uma “descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não *abolitio criminis*”.⁶² Este é o entendimento de Luiz Flávio Gomes. A terceira corrente prega que o uso de drogas ainda é crime, porém houve a despenalização em razão de não ser mais apenada com pena privativa de liberdade. O entendimento de Amaury Silva é neste sentido, o qual discorre:

⁶⁰ BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

⁶² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/06**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13510-13511-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

Não houve descriminalização, porque as condutas ligadas ao contato com a droga para consumo próprio continuam puníveis, embora com um abrandamento, excluída a pena privativa de liberdade que era prevista pela Lei n. 6.368/76 (Entorpecentes), art. 16, mas sujeitando o infrator às penas que se transformaram em autônomas. Conclui-se, com isso, que houve uma despenalização, orientada pela aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.⁶³

Este entendimento, inclusive, é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, definido e Recurso Extraordinário n.º 439.105 RE/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Questão de Ordem n.º 430105.⁶⁴

Feitas essas breves considerações acerca do usuário de drogas e o seu tratamento perante a legislação pátria, é chegado o momento de discorrer sobre o traficante de drogas e o seu disciplinamento no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 O Traficante de Drogas na Legislação Pátria

A história do combate ao tráfico de drogas no Brasil vem, segundo Salo de Carvalho,⁶⁵ desde os tempos da Colônia, nas Ordenações Filipinas, em 1603, contudo, as penas em nada se assemelhavam às penas de hoje em dia. Consistiam em confisco de bens e degredo para a África para aqueles que usassem, vendessem ou portassem. Contudo, conforme foi explanado anteriormente, somente com o Decreto-Lei n.º 2.848/40 adveio a primeira tipificação como crime do tráfico de drogas na legislação pátria, no art. 281, não criminalizando, porém, o consumo.

2.2.1 A História Legislativa Pátria do Tratamento dado ao Traficante

Inicialmente, não havia uma legislação especial que tratasse unicamente do tráfico de drogas e que instituisse uma política antidrogas. Foi então que em 1976, entrou em vigor a Lei n.º 6.368/76, a qual dispôs sobre “medidas de prevenção e

⁶³ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**: artigo por artigo. Leme: J.H. Mizuno, 2008, p. 118.

⁶⁴Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 430.105/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, RJ, 27 de abril de 2007. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>> Acesso em: 6 out. 2016

⁶⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”.⁶⁶

Acerca da importância e eficácia desta lei, dispôs Nayara Paiva da Costa que “a doutrina, na época, considerou que a Lei 6.368/76 fora um sucesso, visto que atingiu o que se propôs, ou seja, iniciou, de fato, as atividades de prevenção e repressão às práticas de tráfico e uso ilícito de entorpecentes”.⁶⁷ O crime de tráfico de drogas veio tipificado no art. 12 da referida lei,⁶⁸ trazendo também figuras equiparadas tipificadas no §1º⁶⁹ e §2º⁷⁰ do mesmo artigo.

Durante a vigência desta lei, foi promulgada a Lei n.º 8.072/90.⁷¹ Esta legislação especial elencou o tráfico de drogas como crime equiparado a hediondo, conforme reza o art. 2º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90,⁷² trazendo como consequência a

⁶⁶ BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁷ COSTA, Nayara Paiva. **Aplicação de penas restritivas de direito no crime de tráfico ilícito de drogas**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/413/3/20706903.pdf>>. Acesso em 6 out. 2016.

⁶⁸ Lei n.º 6.368/76: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”. (BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 8 out. 2016”.

⁶⁹ Lei n.º 6.368/76: “§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.”. (BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 8 out. 2016”.

⁷⁰ Lei n.º 6.368/76: § 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica”. (BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 8 out. 2016”.

⁷¹ BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁷² Lei n.º 8.072/1990. “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...]”. (BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25

vedação de institutos como a fiança e a liberdade provisória, de acordo com o art. 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90.⁷³ Contudo, em 2007, houve uma alteração legislativa provocada pela Lei n.º 11.464/07,⁷⁴ de modo que o inciso II vedou apenas a fiança, restando possível a aplicação da liberdade provisória.

Apesar da equiparação a crime hediondo com a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, uma característica dessa lei é que ela era bem mais benevolente que as leis posteriores, pois a pena mínima cominada, sendo apenas de 3 anos, possibilitava a substituição por pena restritiva de direitos.⁷⁵ Ademais, ela pela primeira vez distinguiu o usuário do traficante de drogas. Entretanto, a doutrina passou a entender que esta lei tornou-se ineficaz ao longo dos anos, não sendo capaz de conter a criminalidade quanto a este crime. Foi o que observou Sérgio Ricardo de Souza:

A legislação antidrogas anterior (lei 6.368/76) há muito estava a reclamar modificações em sua concepção com relação àquelas condutas que causam danos sociais a justificar a aplicação dos meios tradicionais de pena (prisão e multa), separando de forma mais racional aquelas situações em que a conduta do agente se volta mais contra ele próprio do que contra a sociedade, daquelas em que, ao contrário, o agente, cria um risco real, para a saúde pública em geral e, além disso, fomenta uma série de atividades criminosas que se desenvolvem no entorno do comércio de substâncias entorpecentes ilícitas.⁷⁶

de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 8 out. 2016).

⁷³ Lei n.º 8.072/1990. “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: II - fiança e liberdade provisória [...]”. (BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 8 out. 2016).

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁷⁵ Corroborando a afirmativa, resta oportuno colacionar um julgado do Estado de Minas Gerais: “TÓXICOS. PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A simples alegação de ser crime hediondo não obsta à substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la. Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do CP, com as alterações da Lei 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso de crime de tráfico, seja substituída por restritivas de direitos”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 148.427/TJMG. Relator: Desembargador Zulman Galdino, MG, 03 de fevereiro de 2007. **TJMG**. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/>>. Acesso em: 11 de out. 2016).

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

Foi então que em 2002, foi promulgada a Lei n.º 10.409, criada para ser uma lei que respondesse mais eficazmente os reclames sociais no que tange ao combate à criminalidade das drogas. Contudo, sua redação deixou a desejar, e o Poder Executivo vetou todo o seu capítulo III, denominado “Dos Crimes e das Penas”.⁷⁷ Eis a mensagem do veto presidencial ao capítulo III da Lei 10.409/2002:

"Em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão. O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal dispõem que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Além disso, o art. 5º, XLVI, da Lei Maior, consagra o princípio da individualização da pena, atribuindo à Lei essa tarefa. Por fim, o art. 5º, XLVII, "b", também da Constituição, determina a proibição de pena de caráter perpétuo. O projeto, lamentavelmente, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas. Diferentemente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais. Em matéria tão sensível, não se deve presumir a prudência das instituições, pois a indeterminação da lei penal pode ser a porta pela qual se introduzem formas variadas e cruéis de criminalidade legalizada. A inconstitucionalidade apontada contamina os artigos 19 e 20, na medida em que estes descrevem tipos penais cujas penas são as presentes no art. 21. Quanto ao artigo 14 do projeto, o primeiro do capítulo em comento, o tipo em questão já é contemplado pelo art. 12 da Lei nº 6.368/76, com a mesma cominação de pena. No projeto, todavia, dois verbos somaram-se aos verbos do tipo vigente: "financiar" e "traficar ilícitamente". Conquanto representassem, em tese, avanços legislativos, contêm o risco inadmissível, ainda que remoto, de provocar profunda instabilidade no ordenamento jurídico. Veicula-se tese no meio jurídico pela qual a redação proposta pelo projeto no art. 14 promoveria uma "evasão de traficantes das prisões". Explique-se. O verbo "traficar" acrescentado pelo projeto, e que não aparece na lei vigente, poderia concentrar sobre si, em caráter exclusivo, a aplicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Crimes Hediondos), que impõe o cumprimento integral em regime fechado da pena para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Em decorrência disso, apenados condenados por decisão judicial que contenha referência expressa a verbos como "produzir", "ter em depósito", por exemplo, não estariam submetidos à norma especial sobre o regime. Hediondo seria, por essa interpretação, apenas o verbo novo, o "traficar". Assim, por causa do princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, todos indivíduos condenados e processados pelo tipo do art.12 da Lei nº 6.368/76, poderiam estar, automaticamente, descobertos pela Lei nº 8.072/90. Conquanto seja tese de duvidosa plausibilidade, divulgada "ad terrorem", não é do interesse público que se corra risco algum a respeito do tema. Em vista disso, somado ao fato de que em vários artigos há remissão expressa ao art. 14, a permanência dos demais artigos do Capítulo III acarretaria difícil e temerária conjugação com os tipos previstos na Lei nº 6.368/76. Isso porque a

⁷⁷ BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

interpretação extensiva e a analogia são proibidas em direito penal. Acrescente-se que, no caso do art. 18 do projeto, o tipo penal consta do art. 1º, I, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que "Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências" comina pena mais elevada, o que, em razão do interesse público, deve ser mantida. O tema conhecido por "lavagem de dinheiro" merece repressão diferenciada, pois é reconhecido como uma das bases do crime organizado, nacional e transnacional. Por último, os sensíveis avanços contidos no projeto, mas prejudicados por inconstitucionalidade reflexa, não cairão no esquecimento, vez que se estuda, para breve, o encaminhamento de proposta legislativa que tratará de forma adequada da matéria constante do presente capítulo".⁷⁸

Apesar do veto e da insuficiência da Lei em tratar sobre o tema, o caráter hediondo do crime ainda permaneceu. Ademais, uma vez que a parte "dos crimes e das penas" da Lei 10.409/2002 foi vetado, Nayara Paiva da Costa⁷⁹ observou que continuou a vigorar a Lei n.º 6.368/76 nesta parte e no que foi compatível com aquela, restando em vigor na legislação de 2002 apenas os artigos que tratam do procedimento processual. Sobre como ficou dividida a vigência das referidas legislações especiais, discorreu Fernando Capez:

a) no aspecto penal, a Lei n. 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos arts.12 a 17, bem como a causa de aumento previsto no art.18 e a diretamente estabelecida pelo artigo 19, ou seja, todo o Capítulo III dessa lei; b) na parte processual, a Lei n. 10.409/2002, estando matéria regulada nos seus Capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal).⁸⁰

Como se percebe, a legislação de combate às drogas, neste período, ficou confusa e desorganizada. Portanto, começou a ser reclamada uma legislação que tratasse de todos os âmbitos do combate às drogas, nos seus aspectos penais e processuais. Então, foi promulgada a Lei n.º 11.343/2006, atual legislação antidrogas do Brasil.

2.2.2 O Traficante de Drogas na Lei n.º 11.343/06

⁷⁸ BRASIL. Mensagem n.º 25, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁷⁹ COSTA, Nayara Paiva. **Aplicação de penas restritivas de direito no crime de tráfico ilícito de drogas**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/413/3/20706903.pdf>>. Acesso em 6 out. 2016.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 697.

A Lei n.º 11.343/06, seguindo a linha das legislações anteriores, cuidou de continuar a punir a conduta da traficância de drogas. Mais severa que as legislações anteriores, a nova lei antidrogas instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, cujas finalidades estão descritas no art. 3º da Lei 11.343/06,⁸¹ assim como no Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006.⁸² Acerca desta nova legislação especial de combate às drogas, Alexandre Bizzoto e Andreia de Brito Rodrigues discorreram sobre a sua finalidade, que segundo os autores é de “melhor reorganizar e normatizar a problemática social das drogas nas suas facetas de prevenção e repressão, e acabar com a insegurança causada pela confusão interpretativa em relação às Leis 6.368/76 e 10.409/02”.⁸³

Sobre os usuários, já se discorreu sobre a política de reinserção do usuário e do dependente ao meio social trazida pela nova lei. Já sobre o tráfico de drogas, no que diz respeito às condutas, a nova lei antidrogas manteve os 18 verbos nucleares do tipo, quais sejam: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas [...].⁸⁴

A repressão ao tráfico de drogas veio ainda mais feroz com a nova lei de combate e repressão ao tráfico de drogas, pois além de manter os tipos penais já existentes, aumentou-se a pena mínima de 3 para 5 anos de prisão.⁸⁵ Isso fez

⁸¹ BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁸² BRASIL. Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸³ BIZZOTTO, Alexandre; Rodrigues, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas: comentários à lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

⁸⁴ BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁸⁵ Lei n.º 11.343/06: “[...] Pena - prisão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”. (BRASIL, Lei n.º 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;

com que vários benefícios anteriormente disponíveis ao agente do crime de tráfico fossem expurgados, como por exemplo a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Outro ponto que merece destaque, no que tange às modificações implementadas, é a mudança na nomenclatura, que passou de substância entorpecente para drogas. Inicialmente essa modificação pode parecer inofensiva, mas ela proporciona maior controle e legalidade, uma vez que só poderão ser consideradas drogas as substâncias que já estiverem em algum catálogo de lei ou lista do Poder Executivo Federal.⁸⁶ Ademais, esta mudança proporciona maior legitimidade e legalidade ao enquadramento no crime de tráfico, ou transparência, conforme aduzem Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues:

No intuito de solucionar questões levantadas por profissionais da área de saúde e visando a melhor adequação técnica, a Lei 11.343/06 passou a utilizar somente a terminologia “droga” para tratar de substâncias e produtos com capacidade para causar dependência. A unificação da nomenclatura evita confusões conceituais e torna a interpretação dos dispositivos algo mais transparente.⁸⁷

A lista de substância consideradas drogas para efeitos penais se encontra na Portaria da ANVISA SVS/MS 344/98.⁸⁸ Assim, os tipos penais previstos na nova lei de drogas são tipos penais em branco,⁸⁹ pois a definição das substâncias ilícitas é dada por lei específica ou por ato do Poder Executivo. Caso a substância não se

estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁸⁶ Lei n.º 11.343/06: “Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016).

⁸⁷ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas**: comentários à lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

⁸⁸ BRASIL. Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁹ Normas penais em branco são: “*lex imperfectas (Binding)*”, pois determinam integralmente somente a sanção, sendo que o preceito, descrito de modo impreciso, remete-se a outra disposição legal para a sua complementação (a maioria das normas penais são completas e determinam o preceito e sua sanção – penas e medidas de segurança, que não podem ser incluídas aqui). (CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. **Da norma penal em branco**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11110>. Acesso em: 10 out. 2016).

encontre nessa lista, a conduta do agente será atípica. A Lei n.º 11.343/06, além de elencar em seu bojo vários tipos penais, tirou do alcance dos agentes criminosos vários benefícios que anteriormente eram concedidos. Sobre este aspecto, discorre Nara Borgo Cypriano Machado:

Cabe mencionar ainda que as condutas previstas nos artigos 35 e 36 também sofrerão os mesmos rigores penais destinados às condutas descritas no artigo 33, caput, e parágrafo primeiro, no art. 34 e no art. 37, ou seja, no caso de associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1, e 34, bem como de associação para a prática reiterada do crime definido no art. 36, e nas hipóteses de financiamento ou custeio da prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1, e 34 da lei de drogas, não será permitida a concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória e ainda será vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Também há restrição ao livramento condicional, que só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico, conforme artigo 44, da Lei 11.343/2006.⁹⁰

É preciso fazer uma observação quanto à proibição da liberdade provisória, pois apesar de a lei proibir a concessão ao traficante, o Supremo Tribunal Federal considerou a disposição inconstitucional, resumindo os motivos no informativo n.º 665.⁹¹ Vê-se que a nova lei trouxe tratamento mais rigoroso ao traficante de drogas e tratou de diferenciar com mais afinco este do usuário de drogas, trazendo critérios objetivos mais precisos. Contudo, há critérios obscuros que interferem nessa separação do usuário e do traficante de drogas, sobre os quais irá se discorrer.

⁹⁰ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em 13 out. 2016.

⁹¹ PURISCO, Virgínia Miranda. **Liberdade provisória no tráfico de drogas frente às novas diretrizes do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdade-provisoria-no-trafico-de-drogas-frente-as-novas-diretrizes-do-supremo-tribunal-federal,49266.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

III-A SELETIVIDADE PENAL NO COMBATE ÀS DROGAS

3.1 Breves Considerações sobre a Criminalização das Drogas

O uso de substâncias com efeitos psicotrópicos não é um fato novo na sociedade, existindo vestígios de sua utilização em muitas civilizações e em tempos remotos, com destinação terapêutica, medicinal, cultural, religiosa e até mesmo militar. Sobre esta diversidade de utilidade das drogas em sua história, discorre Roseli Boerngen de Lacerda:

Tanto nas civilizações antigas quanto nas indígenas, as plantas psicotrópicas como o ópio, a coca e a maconha, eram bastante utilizadas para curar doenças, afastar espíritos maus, obter sucesso nas caçadas e nas conquistas e atenuar a fome e o rigor do clima de determinadas regiões. Essas plantas estavam ligadas a rituais religiosos, culturais, sociais, estratégico militares, entre outros⁹²

Percebe-se que o uso de substâncias com efeitos psicotrópicos remonta desde os primórdios da humanidade, e sua utilização faz parte da cultura dos povos de todo o mundo. Assim, verifica-se que nem sempre a sua utilização foi considerada ilícita, sendo, inclusive, a sua comercialização, alvo de disputas.

⁹² LACERDA, Roseli Boerngen de. **As drogas na sociedade**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=457>>. Acesso em: 13 out. 2016.

Orlando Zaccone⁹³ lembra as chamadas Guerras do Ópio, ocorridas entre 1839 e 1856 e entre a Inglaterra e a China, cujo motivo era disputar a sua comercialização. Assim foi por muitos anos, livre o comércio de drogas, até que objetivos econômicos deflagraram a sua criminalização.

Resta oportuno trazer a baila o posicionamento de Orlando Zaccone⁹⁴ a respeito da Revolução Industrial e a sua contribuição na comercialização das drogas, pois este acredita que a utilização de determinadas drogas pelos trabalhadores, a exemplo do ópio, começou a irritar os empregadores, já que afetava o desempenho laboral e conseqüentemente a produção, uma vez que os trabalhadores tinham uma jornada de trabalho de 12 horas diárias.

Hodiernamente, a saúde pública é considerada o bem jurídico protegido pela criminalização do tráfico e da posse para consumo pessoal de droga. Contudo, percebe-se claramente um cunho econômico neste processo de criminalização, desencadeado pela prejudicialização da produção industrial com a liberdade de utilização das drogas. Outro fator ligado à criminalização das drogas que pode ser trazido é a discriminação racial ou étnica, como observou Vera Malaguti Batista:

Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram em conflitos sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão de obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a imigração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação (...). Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estado Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.⁹⁵

As drogas passaram a ser associadas a grupos étnicos, com um cristalino propósito econômico e discriminatório. E a criminalização de sua comercialização e consumo sempre tiveram associados a determinados sujeitos grupos étnicos e econômicos da sociedade. Sendo assim, desde o início do processo de criminalização, as motivações sempre foram obscuras, em nada respeitando o

⁹³ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.77.

⁹⁴ Idem, p.79.

⁹⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 81.

princípio da isonomia que deve permear o Direito Penal. As motivações reais trazem à tona a seletividade penal desde o início do processo de criminalização das drogas.

Inicialmente, traficante e usuário de drogas eram tratados igualmente, não havendo diferenciação entre a conduta de comercializar e portar a droga para consumo pessoal. Somente nos anos 60, conforme lembra Orlando Zaccone,⁹⁶ é que a legislação passou a dar tratamento diferenciado para cada uma dessas condutas, em especial pela pressão exercida pelos profissionais de saúde por entenderem que o usuário precisaria de tratamento médico. Já nos anos 70, os Estados Unidos declaram guerra ao tráfico de drogas, ligando o tráfico de drogas ao comunismo e assim criando mais uma faceta da seletividade penal.

O Brasil seguiu os Estados Unidos no processo de criminalização, surgindo a primeira lei de combate as drogas na década de 1970, conforme já explanado. A evolução legislativa no Brasil levou a uma legislação mais enérgica de combate ao tráfico, pelo menos no que se refere às suas sanções; e um tratamento diferenciado ao usuário de drogas, com a retirada da sanção de privação da liberdade para esta espécie de delito. Porém, vê-se que os motivos que embasam o enquadramento típico são mais de ordem econômica e elitista do que propriamente de preenchimento dos critérios trazidos pela norma penal.

3.2 A Lei de Drogas como Retrato da Seletividade Penal Primária

Inicialmente, foi abordado neste trabalho que a realidade no âmbito do Direito Penal é bastante diferente da teoria. Este ramo das ciências jurídicas prega a sua aplicação isonômica a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer ordem. Contudo, na prática, vê-se uma seletividade penal, onde as regras do Direito penal são direcionadas a apenas uma parcela de pessoas, as quais ficam subordinadas à vontade de uma pequena parcela dominante. Também se discorrei que esta seletividade acontece em dois momentos, denominados de seletividade penal primária e seletividade penal secundária.

A seletividade penal primária ocorre no momento da confecção das leis, no âmbito do poder legislativo, mais precisamente o poder legislativo federal, esfera governamental competente para legislar sobre Direito Penal, como dispõe o art. 22,

⁹⁶ ZACCONE. Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.88.

inciso I, da Constituição Federal de 1988.⁹⁷ Nesta esteira, o legislador confecciona as leis de acordo com os seus valores, notadamente não direcionada para a classe a qual pertence. Surge então a seletividade penal primária, onde as regras servirão para perpetuar o poder nas mãos da elite dominante.

No que tange à Lei de combate às drogas, verifica-se claramente que ela dá margem para que ocorra a seletividade penal, pelos critérios subjetivos escolhidos para o etiquetamento do agente como usuário de drogas. Esses critérios servem para que tanto o delegado como o juiz, no momento de aferir sobre a destinação da droga, possa concluir se ela destinava-se ao consumo ou ao tráfico. Estes requisitos estão dispostos no §2º, do art. 28, da Lei 11.343/06, com o seguinte teor:

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.⁹⁸

Pela leitura do supracitado dispositivo legal, percebe-se que a lei deixou vários pontos para serem verificados de acordo com critérios subjetivos, desde a seara policial até o julgamento judicial. A constatação de ser a droga destinada ao consumo pessoal depende da verificação de diversos requisitos, os quais dão ampla margem de subjetivismo, sendo o primeiro deles a natureza e a quantidade da droga. A Lei 11.343/06 não descreve a exata quantidade de droga que serve como parâmetro para a verificação da posse, o que causa muitas vezes, conforme preconiza Gabriella Talmelli Godoy, injustiça na hora do enquadramento como usuário ou traficante de drogas:

Este é um fator fundamental para que os tipos penais sejam diferenciados. Como já exposto acima, não temos um parâmetro numérico para configurar se o agente trata-se de um mero usuário ou um traficante, e com isso, na prática acabam ocorrendo inúmeros erros grosseiros quanto à essa caracterização. O ideal seria que a lei o fizesse. A subjetividade judicial

⁹⁷ BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 11 out. 2016.

⁹⁸ BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

resta alargada e a jurisprudência ficará encarregada dos contornos da pequena quantidade.⁹⁹

Outros critérios identificadores do usuário de drogas elencados pelo legislador foram o local e as condições do desenvolvimento da ação delituosa,¹⁰⁰ bem como as circunstâncias pessoais e sociais do agente. Mais uma vez, o destinatário da lei se depara com critérios típicos de uma seletividade penal primária, pois o simples fato de ser encontrada em uma favela ou bairro de classe alta, a cor da pele ou a situação econômica da pessoa podem ser usados como identificador de um possível usuário ou traficante de drogas. Sobre este fator típico de uma seletividade penal, discorre Nara Borgo Cypriano Machado:

Voltando os olhos agora para a dogmática penal, pela leitura do artigo 28, da Nova Lei de Drogas, que estabelece critérios para diferenciar o usuário do traficante, não causa surpresa verificar que uma das coisas a serem consideradas pelo juiz é o local (onde foi feita a apreensão) e as condições pessoais e sociais do sujeito encontrado com drogas ilícitas. A seletividade primária aqui é incontroversa.¹⁰¹

Assim, o legislador, de forma bastante maquiada, praticamente deixa nas mãos dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário a escolha de quem deve ser considerado usuário e quem deve ser considerado traficante, ocorrendo a seletividade penal logo na fabricação da lei. Resta oportuno trazer à baila o posicionamento de Cristiane de Sousa Reis e Carlos Arruda Sousa,¹⁰² os quais observam que os critérios das circunstâncias pessoais e sociais servem

⁹⁹ GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade penal na lei de drogas – lei n. 11.343/2006. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006>>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹⁰⁰ Sobre o local e as condições em que se desenvolveu a ação, Gabriela Talmelli Godoy descreve o que o magistrado deverá levar em consideração no momento de aferir esses requisitos: “Quanto ao segundo critério, que se refere ao **local e às condições em que se desenvolveu a ação**, o magistrado ao julgar a conduta do agente deverá levar em conta a forma de armazenamento da droga, se se encontra ou não em invólucros destinados à mercância; ao local em que se encontra tanto a droga, como o agente no momento da flagrância, se o local em questão era local suspeito, se era conhecido por haver tráfico ou reuniões de usuários; se as condições em que foi feita a apreensão do agente era suspeita ou não, à exemplo deste se encontrar na porta de uma escola, no interior de uma festa”. (GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade penal na lei de drogas – lei n. 11.343/2006. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006>>. Acesso em: 11 out. 2016).

¹⁰¹ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em 11 de out. 2016.

¹⁰² REIS, Cristiane de Sousa; SOUSA, Carlos Arruda. Novidades Trazidas pela Lei 11.343/06: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<http://ambito->

para enquadrar o usuário como rico e o traficante como pobre, em uma típica manifestação de seletividade penal primária e de preconceito com os economicamente desfavorecidos.

Indubitavelmente a nova lei antidrogas trouxe consideráveis avanços no combate à criminalidade, se levarem em consideração as legislações anteriores criadas para a mesma finalidade. Entretanto, é igualmente evidente a seletividade arraigada em suas normas, cujo fim obscuro é segregar os pobres, negros e favelados, e manter o poder nas mãos da elite dominante, como bem observa Nara Borgo Cypriano Machado:

A atual lei brasileira anti-drogas pune com muito rigor o traficante que, como será demonstrado, foi estereotipado pelo Estado, com apoio da mídia, mas que na verdade não passa de um jovem, pobre, preso com pequena quantidade de droga. Quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre se elaborada a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela. Em consequência disso, muitas pessoas imaginam que o tráfico de drogas está situado nos locais onde estes jovens moram, ou seja, o tráfico se localiza em favelas, nas periferias ou em bairros considerados “carentes”.¹⁰³

Os últimos critérios trazidos pela Lei n.º 11.343/06 para aferir o consumo pessoal é a conduta e os antecedentes do agente; aquela sendo averiguada pela forma como o agente praticou o delito, e se o agente já foi condenado por outro crime previsto na lei antidrogas.¹⁰⁴ Sobre estes últimos requisitos não há muito que ser discutido, pois os anteriores já mencionados é que realmente traduzem a seletividade penal primária da Lei de combate ao tráfico de drogas. Gabriella Talmelli Godoy concluiu que a Lei 11.343/06 é seletiva e não obedece ao princípio da isonomia:

Quando a lei previu o local e as condições sociais do agente para determinar a diferença entre usuários e traficantes, ela já aplicou a seletividade primária, pois com isso, determinou-se que são as populações

juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1846&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹⁰³ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em 11 de out. 2016.

¹⁰⁴ Sobre tais requisitos, Alexandre Bizzoto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz fizeram uma interessante observação, afirmando que “somente se houver condenação penal irrecorrível em fatos ligados ao tráfico de drogas é que os antecedentes podem servir de indicador contrário ao consumo e, mesmo assim, desde que haja coerência com os demais elementos de informação colhidos”. (BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil. Desta forma, se uma pessoa da classe média (circunstancias sociais), num bairro também de classe média (local), for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e, portanto não será submetido à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente, confirmando assim a seletividade secundária. A Nova Lei de Drogas demonstra que realmente o direito penal é seletivo, que está longe de defender a todos de maneira igualitária e que pune, de maneira desigual, aqueles que são submetidos ao sistema penal.¹⁰⁵

Após a verificação de todos os requisitos trazidos pelo §2º, art. 28, da lei n.º 11.343/06, restou demonstrada a seletividade penal primária existente nesta lei. O fato é que toda a história de combate ao tráfico de drogas é permeada por motivos seletistas advindos da classe dominante, os quais somente podem ser observados por meio de uma leitura atenta da norma penal.

3.3 O Sistema Penal e a Seletividade Penal Secundária

O Sistema Penal é composto pelas instâncias formais de controle social; como a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário; as quais, juntas, legitimam o direito de punir do Estado, através da atuação pautada nas regras previstas em lei e na Constituição Federal. É uma consequência natural do convívio em sociedade institucionalizar o direito de punir em prol da pacificação do convívio social.

Ademais, o sistema penal deve atuar em prol de toda a comunidade, de maneira igualitária, tendo em vista que este é um dos fins precípuos do Direito Penal. Assim, as normas do direito penal devem ser direcionadas de forma isonômica para todos, de modo que todo aquele que contrariar as suas regras deve sofrer as sanções penais, como também todos têm como garantia a proteção do Direito Penal sobre os bens jurídicos considerados sob o manto de sua proteção. Entretanto, esta não é a realidade com a qual nos deparamos. Nesta esteira, discorre José Afonso da Silva:

Essa igualdade não há de ser entendida, já dissemos, como aplicação da mesma norma para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções não de se aplicar a todos que o pratiquem o fato típico nela definido como crime. Sabemos por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores

¹⁰⁵ GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na lei de drogas – lei n. 11.343/2006**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006>>. Acesso em: 11 out. 2016.

da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5º).¹⁰⁶

Assim, apesar do discurso de igualdade, o que acontece é uma seletividade penal no tratamento dos diferentes grupos sociais, motivado por questões financeiras, políticas e culturais. Como já foi abordado, a Lei n.º 11.343/06 trouxe os requisitos que devem ser observados para enquadrar alguém como usuário para efeitos penais, contudo esse enquadramento leva em consideração outros fatores que não estão previstos em lei, mas sim nos estigmas advindos de todo o contexto social da criminalização das drogas.

A história da criminalização das drogas mostra que a legislação foi feita para atingir apenas certos grupos sociais, com a finalidade de controle das classes subalternas, composta pelo proletariado, e manutenção do poder com a elite dominante composta por ricos, brancos, donos da máquina laboral. Neste contexto, acertado o posicionamento de Rogerio Dultra dos Santos quando diz que “a criminalização das drogas já cumpria um papel fundamental de diferenciação de classe e status”.¹⁰⁷ Essa diferenciação de classe e status fica bem visível na prática, desde a abordagem policial até o momento de execução da pena, e sobre este tema aborda Gabriella Talmelli Godoy:

O certo seria que no momento em que a autoridade estivesse diante do sujeito miserável, fosse imperiosa, de modo que a análise superasse apenas o estereótipo do agente e levasse em consideração a realidade e a problemática social, não apenas imputando maior lesão ao cidadão, fazendo com que a sua condição social sirva de mola propulsora ao encaminhamento do uso de drogas, bem como seja a própria navalha, apta a lhe proferir o novo golpe. A condição miserável econômica e social do indivíduo não pode se tornar, ao mesmo tempo, o motivo de seu sofrimento diário e o argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela Nova Lei de Drogas que resguarda uma proteção acrescida aos vulneráveis.¹⁰⁸

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 222-223.

¹⁰⁷ SANTOS, Rogerio Dultra. **O extermínio das “drogas”**: notas sobre o aumento da periculosidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08janeiro%20fevereiro/resenha.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹⁰⁸ GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na lei de drogas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006>>. Acesso em: 13 out. 2016.

É de conhecimento de todos que o tráfico de drogas pode ocorrer em qualquer lugar, inclusive em bairros nobres e por pessoas brancas e ricas, tendo em vista a facilidade em se encontrar estas substâncias ilícitas. Entretanto, na hora de identificar o traficante, fatores sociais e econômicos são sempre levados em consideração, em especial no âmbito da polícia,¹⁰⁹ que é a primeira a ter contato com o agente, a qual em suas rondas escolhe sempre lugares como favelas e bairros de classe econômica baixa, assim como negros, pobres e tatuados, como alvos de abordagens policiais.

Na seara judicial não é diferente, pois o juiz é uma pessoa como outra qualquer, e como tal traz consigo toda uma carga valorativa de sua vivência em sociedade, sendo, portanto, demasiadamente subjetiva a aferição de ser ou não considerado usuário ou traficante o agente pego com substância ilícita entorpecente. Não há como duvidar da existência de uma seletividade secundária advinda das instâncias formais de controle social.

Quando um jovem negro, andando pelos becos de uma favela, é encontrado com uma quantidade ínfima de substância entorpecente ilícita, provavelmente ele será conduzido preso em flagrante delito por tráfico de drogas. Porém, se um jovem branco for abordado em uma casa de shows de um bairro nobre, trajando roupas e acessórios que indiquem ser de classe média ou alta, e com ele for encontrada uma ínfima quantidade de maconha, é provável que ele seja conduzido à delegacia e enquadrado como usuário de drogas. Sobre essa distinção de tratamento dado pelo sistema penal, a depender da condição social, lecionam Cristiane de Sousa Reis e Carlos Arruda Sousa:

Assim, os pobres são os que acabam por constituir o sistema penal, não por terem mais tendência à delinquência, mas sim pelo fato de sua imagem estar mais associada ao crime, visto serem constantemente estigmatizados como criminosos [...]Enfim, aqui verifica-se claramente a distinção de tratamento garantida ao pobre e ao de camada social mais elevada. Esse critério se quer deveria constar como determinante para o juiz verificar se a

¹⁰⁹ Acerca da importância da atuação policial na identificação do traficante de drogas, discorre Gabriella Talmelli Godoy: “Por mais que a lei diga que quem deverá identificar o usuário é o juiz, sabemos que na prática, a identificação é feita por meio da polícia no momento em que os policiais efetuam a prisão (ou encaminham à Delegacia, no caso de considerarem ser uso de drogas, haja vista que não se impõe flagrante ao usuário) e é o Delegado de Polícia que conduz o inquérito policial (ou é o responsável pelo Termo Circunstanciado, no caso de entender que a hipótese é de consumo e não de tráfico). Sendo assim, a diferenciação começa já na abordagem do sujeito encontrado com a droga e não apenas no momento em que o juiz vai julgar a ação”. (GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na lei de drogas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006>>. Acesso em: 13 out. 2016).

droga encontrada destinava-se ao uso ou ao tráfico. Esse paradigma é inconstitucional, pois viola preceito inscrito no artigo 5º, da Carta Magna, que determina que todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Viola também um dos objetivos da República Federativa do Brasil, prescrito no artigo 3º, IV, qual seja “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹¹⁰

Isto se dá em razão dos requisitos previstos no art. 28, §2º, da lei 11.343/06,¹¹¹ assim como toda a carga valorativa impregnada na história da criminalização das drogas. A seletividade penal secundária é uma realidade e deve ser tratada como problema, uma vez que acaba contradizendo toda a sistemática da própria lei de antidrogas vigente no país, que é de tratar como problema de saúde o porte de drogas para consumo pessoal, e como crime altamente grave, inclusive como hediondo, o tráfico de drogas, o qual deve ser combatido com o maior rigor possível.

Em razão da seletividade penal secundária, o combate ao tráfico se fragiliza, na medida em que aumenta a desigualdade social e não o combate, a traficância em si, mas sim atinge a pobreza e a marginalização, aumentando ainda mais esses problemas. Esta seletividade existente tem o apoio da mídia, a qual contribui no processo de dar a roupagem de legitimidade a uma regra que é inconstitucional desde a sua criação, por ferir o princípio constitucional da isonomia. É por este motivo, Nara Borgo Cypriano Machado assim se posicionou:

Com o apoio da mídia e da elite amedrontada, a repressão policial que recai sobre as favelas e comunidades carentes, sempre é justificada em nome da “guerra às drogas”. O número de mortes, por ano, só na cidade do Rio de Janeiro, de negros, pobres, moradores de favelas, evidenciam um verdadeiro genocídio por parte do Estado, mas essas mortes são vistas por muitas pessoas, e pelo próprio Estado, como necessárias para o combate às drogas.¹¹²

¹¹⁰ REIS, Cristiane de Sousa; SOUSA, Carlos Arruda. **Novidades trazidas pela Lei 11.343/06: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1846&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹¹¹ BRASIL, Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹¹² MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em 13 out. 2016.

É imperioso ressaltar que este combate é de extrema importância para o controle da criminalidade, e a criação de leis especializadas no assunto, como também sanções mais severas são cruciais na guerra contra o tráfico de drogas. Contudo, não se pode perder de vista que o Direito Penal vem sendo usado para legitimar o controle social nas mãos de uma pequena parcela da sociedade, detentora do poder econômico e política, assim como a dominação da grande camada da sociedade que compõe a classe baixa, integrada por negro, pobres e favelados.

Assim, a nova Lei de Drogas é repressiva e possui mecanismos favoráveis ao combate ao tráfico de drogas. Contudo, possui regras que demonstram uma seletividade pena primária, na medida em que coloca como critério para o enquadramento como usuário o local em que foi encontrado, por exemplo. Ademais, as próprias instâncias formais de controle social realizam uma seletividade penal secundária, usando critérios discriminatórios no momento de tipificar como posse para consumo pessoal ou tráfico a conduta daquele que é encontrado na posse de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal brasileiro é por onde o direito de punir estatal se manifesta, legitimado por regras norteadoras da aplicação da lei penal. Na teoria, todas as instâncias formais de controle social deveriam atuar dentro dos ditames de justiça e igualdade, princípio básico do Direito penal pátrio. Esta atuação isonômica igualmente deveria ser observada no combate às drogas, entretanto, o que se vê é que todo o sistema está permeado por estigmas desde o início do processo de criminalização das drogas. É o que se denomina de seletividade penal, a qual ocorre desde o momento de confecção da norma e se estende até a execução das leis.

A seletividade penal ocorre sempre que a lei não atinge o seu fim de modo igualitário, mas é direcionada apenas a uma parcela da sociedade em razão de estereótipos criados por aqueles que detêm o poder econômico do país, a fim de resguardar este poder e este domínio em oposição ao subjuízo da classe menos afortunada economicamente. Este processo de seletividade só aumenta os

abismos sociais e em nada ajuda no combate à criminalidade, acentuando ainda mais a segregação dos desafortunados.

Na seara legislativa, selecionam-se as condutas geralmente praticadas por aqueles que pertencem à camada economicamente desfavorecida, assim como penalizam de maneira branda ou criam-se mecanismos para a não penalização das condutas geralmente praticadas pela elite dominante. Após esta etapa, já no momento de colocar em prática a lei criada, as instâncias formais de controle social cuidam em praticar a seletividade penal secundária, abordando e penalizando as pessoas com base em estigmas, ajudando na manutenção do poder na classe dominante.

A Lei de Drogas é o retrato fidedigno de seletividade penal primária, tendo em vista que os critérios para apreciação da posse de drogas para consumo pessoal dão margem para que moradores de favela e pobres não sejam enquadrados no tipo penal da posse de drogas para consumo pessoal, acontecendo geralmente o enquadramento no crime de tráfico de drogas, cuja sanção é bem mais severa, podendo ser penalizados inclusive com a restrição da liberdade de ir e vir.

Ademais, igualmente as instâncias formais de controle social, todo o sistema penal, atua a seletividade penal secundária, fiscalizando as zonas urbanas mais pobres, e abordando e penalizando os moradores desses setores, geralmente pobres, negros e favelados. É um jogo altamente injusto, o qual geralmente possui o apoio da mídia e de outras instâncias informais de controle social, para dar a falsa impressão de legitimidade dessas ações.

Esta realidade é facilmente constatada nos presídios de todo o país, onde negros e pobres são a maioria da comunidade carcerária que cumprem pena por tráfico de drogas. É claro que a criminalidade na narcotráfica ganha cada vez mais contornos empresariais, e o seu combate deve ser encarado com seriedade e severidade. Entretanto, usa-se um discurso de que o direito penal é para todos, e de que é preciso combater a criminalidade, mas o que se busca é na verdade perpetuar o poder na classe da elite dominante, e exercer o domínio do proletariado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução de Éster Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983

A Lógica do Deboche. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2007/09/01/a-logica-do-deboche-71889.asp>. Acesso em: 28 set. 2016

_____, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>. Acesso em: 5 out. 2016

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

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Controle social e direito penal**. Disponível em: <http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814345/control-social-e-direito-penal>. Acesso em 28. Set. 2016

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas**: comentários à lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

BRASIL, Decreto-Lei n.º 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 5 out. 2016

_____; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

_____; BIANCHINI, Alice. **Usuário de drogas**: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/06. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13510-13511-1-PB.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016

_____. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 11 out. 2016

CALHAU, Lélío Braga. **Controle social**: redução da criminalidade depende da ajuda da família. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-03/reducao-criminalidade-depende-ajuda-familia>. Acesso em: 23 jul. 2016

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. **Da norma penal em branco**. Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11110>.

Acesso em: 10 out. 2016

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

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

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5944&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 3 out. 2016

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015

[artigos_leitura](#)>. Acesso em: 3 out. 2016

COSTA, Nayara Paiva. **Aplicação de penas restritivas de direito no crime de tráfico ilícito de drogas**. Disponível em:

<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/413/3/20706903.pdf>>. Acesso em 6 out. 2016

_____, Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao art. 281 do Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em 5 out. 2016

_____. Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em: 10 out. 2016

_____, Edevaldo Alves. **Tóxicos no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1973

FRAGOSO, Heleno Glauco. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2005

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos, prevenção-repressão:** comentários à lei n. 11.343/2006 – lei de drogas, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na lei de drogas – lei n. 11.343/2006.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006>>. Acesso em: 11 out. 2016

GOMES. Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada artigo por artigo:** lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

ITAPARY NETO, Jesus Boabaid de Oliveira; SANTOS JÚNIOR, Windsor Silva. **Funções do sistema de controle social informal na sociedade:** a mídia como seletora criminal. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4764>>. Acesso em: 27 set. 2016

JESUS, Damásio E. de. **Lei antitóxicos anotada.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

_____, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

_____. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 5 out. 2016

_____. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 8 out. 2016

_____. Lei n.º 9.296, de 4 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso: 21 set. 2016

_____. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 5 out. 2016

_____, Lei n.º 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 5 out. 2016

_____. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 8 out. 2016

_____. Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964. Altera a redação do art. 281 do Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4451.htm. Acesso em: 5 out. 2016

LACERDA, Roseli Boerngen de. **As drogas na sociedade**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=457>. Acesso em: 13 out. 2016

_____. Mensagem n.º 25, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm. Acesso em: 10 out. 2016

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>. Acesso em 13 out. 2016

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

NEVES, Nayara Magalhães. **Princípio da intervenção mínima no direito penal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/principio-da-intervencao-minima-no-direito-penal,24273.html>. Acesso em: 27 set. 2016

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006

_____. Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf. Acesso em: 10 out. 2016

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

PURISCO, Virgínia Miranda. **Liberdade provisória no tráfico de drogas frente às novas diretrizes do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdade-provisoria-no-trafico-de-drogas-frente-as-novas-diretrizes-do-supremo-tribunal-federal,49266.html>. Acesso em: 10 out. 2016

_____; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____, Raíssa Zago Leite da. **Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo. Acesso em: 29 set. 2016.

REIS, Cristiane de Sousa; SOUSA, Carlos Arruda. **Novidades trazidas pela Lei 11.343/06: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1846&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 13 out. 2016

ROSA, Rodrigo Silveira da. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4530. Acesso em: 5 out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 430.105/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, RJ, 27 de abril de 2007. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>. Acesso em: 10 jul. 2016

SANTANA, Ana Cecília Sousa. **A seletividade do sistema penal brasileiro nos crimes de roubo e furto**. Disponível em:

<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4073/1/Ana%20Cec%C3%ADlia%20Souza%20Santana%20RA%2020766184.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016

SANTOS, Rogério Dutra. **O extermínio das “drogas”**: notas sobre o aumento da periculosidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08janeiro%20fevereiro/resenha.pdf> >. Acesso em: 13 out. 2016

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

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**: artigo por artigo. Leme: J.H. Mizuno, 2008

STJ manda libertar doméstica acusada de furtar xampu. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-mai-24/stj_manda_libertar_domestica_acusada_furtar_xampu. Acesso em: 28 set. 2016

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 148.427/TJMG. Relator: Desembargador Zulman Galdino, MG, 03 de fevereiro de 2007. **TJMG**. Disponível em: <http://www.tj.mg.gov.br/>. Acesso em: 11 de out. 2016

_____, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 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