



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

CURSO DE DIREITO

MAYCON DHOUGLAS VIEIRA MENDONÇA

**SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 28,
PARÁGRAFO 2º DA LEI DE DROGAS**

JUIZ DE FORA - MG

2020

MAYCON DHOUGLAS VIEIRA MENDONÇA

**SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 28,
PARÁGRAFO 2º DA LEI DE DROGAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hermes Fonseca

JUIZ DE FORA – MG

2020

MAYCON DHOUGLAS VIEIRA MENDONÇA

**SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 28,
PARÁGRAFO 2º DA LEI DE DROGAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hermes Fonseca (Orientador)
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico esse trabalho aos meus pais, aos meus demais familiares, amigos e aos meus professores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar força e coragem para continuar até o fim, rumo ao meu objetivo, pois sem Ele, nada disso seria possível.

Aos meus pais, Maria Aparecida e Sidney pelo o apoio, amor e incentivo que me deram ao longo desses árduos anos na faculdade, sem o esforço e ajuda financeira deles, esse sonho não estaria se concretizando.

A todos meus familiares, por sempre acreditarem e almejarem esse sonho juntamente comigo.

Ao meu amigo Elismar Railton que desde os primeiros dias de faculdade criamos um laço de amizade que perdurou ao longo do curso e que se perpetuará ao longo dos anos, agradeço pela força e motivação diária que me foi dado por ele, sendo um grande exemplo de superação para mim.

Ao meu orientador Hermes Fonseca pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas correções e incentivos.

A todos os meus amigos que fizeram parte da minha empreitada, indiretamente ou diretamente.

A todos os meus colegas de graduação, que compartilharam inúmeros desafios ao longo desses anos.

A esta Universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior.

Agradeço também, a todos os funcionários desta Universidade, que contribuíram direta ou indiretamente pela a minha formação.

Ebenézer, até aqui nos ajudou o
Senhor!

I Samuel 7.12

RESUMO

O trabalho em estudo é a seletividade penal na aplicação do artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, que é seleção de certos indivíduos de acordo com o seu estereótipo ou classe social, sendo usados elementos e parâmetros pelo o sistema penal para penalizá-los. Esse estudo em síntese é importante, pois trata de questões relacionadas muitas das vezes com preconceito, e escancara a face cruel do Estado. E por ser um tema atual e recorrente, esse trabalho desenvolvido trará informações relevantes a acadêmicos, profissionais do direito e de ciências sociais. O mesmo tem como objetivo principal esclarecer que o sistema penal tem funcionado de forma seletiva na aplicação do dispositivo alhures citado. Para isso, foram estudadas as finalidades do sistema penal que é a defesa social, a intimidação e a ressocialização, foi demonstrado a seletividade penal existente na aplicação da lei penal, desse modo, ficou denotado o mito do direito penal igualitário, e também, foi feita uma análise na aplicação da lei de drogas em seu artigo 28, parágrafo 2º, expondo as expressões que levaram à conclusão de que tal preceito foi legislado de forma seletiva. Para a formulação do presente trabalho foi utilizado revisão bibliográfica de fontes secundárias, tendo como base de argumento doutrinas, artigos de internet, a Constituição Federal e a Lei de Drogas. Com o desenvolvimento deste trabalho, conclui-se que é evidente a seletividade na aplicação do artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, sendo criado certos parâmetros para distinguir usuários de traficante de drogas, assim, desrespeitando o que é estabelecido na Carta Magna.

Palavras-Chave: Seletividade Penal. Etiquetamento. Lei de Drogas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SISTEMA PENAL	10
2.1 Função do sistema penal	11
3 SELETIVIDADE PENAL	16
3.1 O mito do direito penal igualitário	18
3.1.1 Princípio da igualdade	19
3.2 Teoria do etiquetamento	20
4 O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE DROGAS NA LEI 11.343/2006	22
4.1 Conceito de Drogas	22
4.2 O usuário de drogas	23
4.3 O traficante de drogas	24
4.4 Análise na aplicação do artigo 28, parágrafo segundo da Lei de drogas	25
4.4.1 Quem são os usuários e traficantes de drogas?	25
4.4.2 Perspectiva sobre o usuário e o traficante de drogas	27
4.4.3 Manifestação da Seletividade Penal na Lei de Drogas	28
5 CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	33

1 INTRODUÇÃO

Seletividade penal do sistema penal é um mecanismo de seleção realizada de forma criteriosa e fundamentadamente para poder incriminar um certo grupo de pessoas em detrimento de outra. No trabalho será exposto que essa seleção é feita com base em estereótipos e que há dois momentos para que seja feito, na criminalização primária e secundária.

Sistema penal é um mecanismo proveniente do Estado para que seja consumado a paz social através de medidas repressivas, tendo como base a norma penal, sendo usado como forma de prevenir condutas criminosas, determinando quais serão as passíveis de punição para que a sociedade possa viver em harmonia.

O trabalho tem como objetivo, ao discorrer do assunto, demonstrar que a seletividade penal existe na definição prevista no artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, ao estabelecer critérios para determinar se o agente é ou não usuário de drogas.

O estudo está desenvolvido com base em revisão de bibliográficas de fontes secundárias, tendo como fundamento argumentos doutrinários, artigos da internet, a Constituição Federal e a Lei de drogas.

No primeiro capítulo do trabalho é trazido o conceito de sistema penal que é legitimação do Estado de punir, para que possa ser entendido o seu funcionamento. Ademais, é abordado também a sua função que é a defesa social, a intimidação e a ressocialização do indivíduo. O segundo capítulo aborda a seletividade penal que é a seleção de indivíduos com base estereotípicos para serem penalizados. Ainda, é exposto que o direito igualitário penal não é uma realidade, que na verdade há uma desigualdade na hora da punição, sendo assim, atingindo mais uma parcela da sociedade, desse modo, não sendo observado o preceito constitucional que estabelece o tratamento igualitário. Também é falado sobre o princípio da igualdade que se encontra no artigo 5º da Carta Magna e sobre a teoria do etiquetamento que é atribuição de etiqueta a um desviante da lei que pratica um ato que a sociedade determina como errado, sendo definido pelo grupo social, os comportamentos considerados certos ou errados, tendo como objetivo saber quais critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviante da lei. No terceiro capítulo é abordado sobre a Lei nº 13.343/06 (Lei de Drogas), é falado o conceito sobre o usuário de drogas e o traficante de drogas, sendo feita uma análise do artigo 28, parágrafo 2º. Ademais, é abordada também a perspectiva do usuário e traficante de drogas, reportagens para poder basear essa abordagem. E por último, é abordado a manifestação da seletividade penal na lei drogas.

Portanto, este trabalho tem como objetivo abordar a Seletividade Penal em específico na aplicação do artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, que os parâmetros usados para determinar se o indivíduo é usuário ou traficante de drogas é um dispositivo seletivo, conforme será demonstrado ao discorrer do trabalho. Este trabalho permite concluir o tratamento seletivo direcionado a um certo grupo de pessoas, o qual é penalizado sem observância do direito igualitário.

2 SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Em linhas gerais, conceitua-se sistema penal, segundo Paulo Incott (2017, p. 2), em seu artigo, como "[...] um aparato derivado do direito de soberania do Estado voltado para consumação da paz social através do uso de medidas repressivas na forma de ameaça ou de sanção à prática de um crime".

No mesma diapasão, o sistema penal 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 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 69), desse modo, esse controle é realizado diretamente pelo o Estado, sendo que aquele, que for ao contrário aos comandos estabelecidos por esse controle, será penalizado de acordo com a sua conduta desviante.

Segundo o princípio da Legalidade, a norma penal é o elemento fundante do sistema penal, que determina quais condutas deverão ser punidas para que a sociedade possa viver em harmonia. Para que a sociedade possa viver em harmonia em caso que o infrator pratique uma conduta desviante, a norma penal deverá punir, sendo um presságio para que o Sistema Penal entre em ação. O Estado deve agir quando identifica que um indivíduo praticou uma conduta desviante, quando é ameaçada a integridade da sociedade como um todo. (ZAFFARONI, 1991). Assim, diante a identificação desta conduta, a reação do Estado não é de forma imediata, deve-se primeiro analisar a conduta realizada pelo o agente para depois concluir se a mesma é punível.

O artigo 59 do Código Penal Brasileiro prevê a finalidade na aplicação da pena, demonstrando um duplo aspecto que é a reprovação e prevenção do crime, mas de encontro com a realidade do Sistema Penal Brasileiro é questionável.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Critérios especiais da pena de multa.

Segundo Cirino dos Santos (1979 *apud* Batista, 2011, p.25), o Sistema Penal é

constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais. Ambos juntos, 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. Desse modo, conclui que o Sistema Penal tem como intuito a pacificação diante do cometimento de algum crime por algum agente, sendo observado o Princípio da Legalidade, assim, a pacificação é realizada através do direito de punir do Estado.

2.2 Função do Sistema Penal

O sistema penal, tem-se como função a defesa social, a intimidação e a ressocialização. Em relação a intimidação, entende-se que o indivíduo terá receio de cometer qualquer outro ato ilícito, pois o mesmo irá pressupor que poderá ser capturado novamente. Quanto a ressocialização, entende-se que a pena é uma forma do infrator compreender que o crime não é vantajoso e que não vale a pena cometê-lo novamente, não sendo considerado um castigo por transgredir a lei. E a defesa social é entendido como uma proteção da sociedade contra os criminosos. (FOUCAULT , 1977, p.234). Desse modo, o sistema penal tem como enfoque maior a ressocialização do agente, mas tem-se duas outras funções importantes que também devem ser observadas que é a intimidação e a defesa social, assim, ambas funções devem andar juntas para que o sistema penal cumpra sua função efetivamente.

Para Foucault (1977, p.234-235), não há como a justiça penal sancionar todas as práticas ilegais, para confirmar esta ideia, o mesmo corrobora dizendo que:

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilize a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinquência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das desigualdades [...] Os juízes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante.

Conforme explanado alhures por Foucault, não há normas penais para penalizar todas as condutas desviantes existentes, e muitas das vezes, há diferenciação na aplicabilidade da norma, algumas delas são utilizadas para encobrir certas ilegalidades cometidas pela a classe dominante. Desse modo, conclui-se que o sistema penal é gerido de forma desigual, pois não

pode eliminar todas as ilegalidades, assim, o poder punitivo é aplicado de forma seletiva a certas pessoas que se enquadrem a um determinado estereótipo.

Nessa mesma linha de pensamento, Batista elucida que o sistema penal é apresentado de forma igualitária sendo aplicado a pessoa de acordo com a conduta praticada, mas na verdade, o funcionamento é de forma seletiva, sendo aplicado apenas a um determinado grupo de indivíduos, tendo como foco pessoas menos favorecidas. (BATISTA, 1990). Assim, corrobora-se mais uma vez a ideia de que o sistema penal na verdade não é aplicado de forma igualitária, havendo uma desigualdade na sua aplicação, sendo de forma seletiva.

O sistema penal tem seu funcionamento de forma seletiva, não sendo de forma igualitária, conforme é estabelecido pela a nossa Carta Maior. Muito se pensa ao contrário, mas o tratamento é desigual com pessoas com certas características sociais. Pela a ineficácia do sistema penal de prevenir ou de regular a intensidade das respostas penais que o sistema busca, a atuação acaba sendo de forma repressiva, não sendo justo e muito menos tenta prevenir o delito. (BATISTA, 1990). Desse modo, o sistema penal deixou de ter o seu caráter preventivo e passou a ter caráter repressivo, por conta da sua inocuidade, não sendo aplicado de forma isonômica, mas sim, seletiva. Ademais, Zaffaroni (2007, p.68-69) aduz que:

Nos tradicionais discursos jurídicos, criminológico, policial, penitenciário, judicial e político proclamam o fim e a função preventiva do sistema penal. Isto pode ser entendido em dois sentidos: o sistema penal teria uma função preventiva tanto “especial” como “geral”, isto é, por um lado daria lugar à “ressocialização” do apenado e por outro advertiria ao resto sobre a inconveniência de imitar o delinquente. No que diz respeito ao primeiro, nos últimos anos se tem posto de manifesto que os sistemas penais, em lugar de “prevenir” futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras “carreiras criminais”.

Desse modo, como citado alhures, o sistema penal, em tese, tem a função preventiva, mas na realidade, o que se vê é a atuação repressiva, pois o agente quando encarcerado está voltando pior do que entrou na prisão, não havendo a ressocialização que é estabelecido pelo o sistema penal, gerando efeitos negativos nos presos que ali se encontram. Ademais, como forma preventiva que seria a inibição do cometimento de novos crimes, também não está sendo eficaz, tendo em vista os vários novos crimes que vem sendo cometidos.

Sendo levado em conta o conhecimento da “ressocialização”, estudos têm mostrado os efeitos causados aos presidiários pelo o tempo que o mesmo fica preso e pelo tratamento recebido, havendo prejuízo psíquico ao apenado, podendo ser considerado inconvertível, por conta da falha do sistema penal, que a princípio seria de ressocializar o indivíduo.

(ZAFFARONI, 2007, p.70). Assim, conclui-se que o sistema prisional não tem cumprido a sua função, tendo em vista que está sendo falho, havendo na verdade a dessocialização do indivíduo por conta das condições que os mesmo vivem dentro dos presídios.

No livro *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria, aduz que é melhor prevenir o cometimento de crimes do que futuramente puni-los e elucida que todo legislador sábio tem que procurar impedir que o mal aconteça do que ter que repará-lo (BECCARIA, 1997), pois “uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida” (BECCARIA, 1997, p. 27). Portanto, seria mais benéfico prevenir o crime do que punir o agente pela prática do mesmo, assim sendo, melhor seria impedir o mal do que após o cometimento, repará-lo. E para se ter uma boa legislação, a mesma deverá ser cumprida, observando a dignidade humana do indivíduo, para que o mesmo possa ter um maior bem estar e ter os seus sofrimentos resguardados.

Ao analisar a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal, conclui-se que é direito do preso, uma assistência jurídica, social, moral, material, educacional e religiosa que o ajudariam a retornar à sociedade. Sendo dever das autoridades, respeitar e preservar a integridade física e moral dos apenados, tendo direito a um tratamento digno e não podendo sofrer violência física e moral. Desse modo, deve ser observado todos esses direitos citados alhures, para garantir ao apenado a sua ressocialização.

Nesse mesmo raciocínio, o sistema penal é externado como protetor da dignidade da pessoa, mas na realidade, a pena é seletiva e estigmatizante, afetando a figura social daqueles que cometem crimes (BATISTA, 1990, p.26). Desta forma:

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

Diante do exposto alhures, ficou evidenciado que há seletividade quando se fala no sistema penal, pois o mesmo etiqueta certos grupos, de acordo com a camada social que a pessoa faz parte. Desse modo, caracterizando-se a desigualdade de tratamento realizado pelo o sistema penal e a sua forma estigmatizante que não respeita a dignidade da pessoa

humana.

O nosso sistema penal é reflexo do sistema social do país, pois é reproduzido o que já ocorre nos âmbitos sociais, ou seja, a distância entre os pobres e ricos, negros e brancos. Baratta corrobora com esta ideia, dizendo que:

Em definitivo, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes, mais do que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos. (BARATTA, 1987 *apud* ANDRADE, 2003, p.56).

Dessa maneira, mesmo que a pena, em tese, tenha caráter preventivo, o delinquente volta a praticar novos crimes, conforme relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, “divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF)”. (IPEA, 2015, p. 11). Assim, conclui-se que a taxa de reincidência de crimes é muito alta, dessa forma, não pode se falar no caráter preventivo da pena, pois o mesmo não está sendo totalmente eficaz, diante dessas reincidências, a pena tem tido caráter repressivo e não preventivo.

O relatório da pesquisa realizado pelo o IPEA em 2008, ainda relata que:

Embora considerada uma das legislações mais modernas do mundo, a LEP brasileira enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social. (IPEA, 2015, p. 13).

Dessa forma, não basta apenas aplicar a sanção, mas deve-se sancionar visando a real ressocialização e a reinserção do infrator ao meio social, através da justiça restaurativa, que:

[...] tem como principal finalidade, portanto, não a imposição da pena, mas o reequilíbrio das relações entre agressor e agredido, contando para tanto com o auxílio da comunidade, inicialmente atacada, mas posteriormente desempenhando papel decisivo para a restauração da paz social. (MASSON, 2010, p. 535).

Portanto, conclui-se que o sistema penal tem como função a defesa social, a intimidação e a ressocialização do indivíduo, entretanto, o sistema penal tem o seu tratamento seletivo enquadrando certas pessoas com um determinado estereótipo, tendo como foco, as pessoas

menos favorecidas, não respeitando o que é estabelecido na Carta Magna que é o tratamento igualitário à todos perante a lei. Invés do sistema penal ter a sua função preventiva, converte-se em condicionantes de ditas condutas. Desse modo, pesquisas realizadas pelo IPEA mostram que a taxa de reincidência de crimes pelos os detentos chegava a 70% ou 80%, conforme a Unidade da Federação (UF), sendo uma porcentagem muito elevada que mostra que o sistema penal não tem sido de caráter preventivo, por conta dos novos delitos realizados pelos os agentes mesmo depois de encarcerados.

3 SELETIVIDADE PENAL

A seletividade, conforme o dicionário (2009), advém da seleção, ato ou efeito de selecionar criteriosamente e fundamentadamente. Contudo, os elementos e parâmetros usados pelo sistema penal, para penalizar o criminoso, apenas convém com os interesses de uma parcela da sociedade em detrimento da outra, que incidem nas condutas que passaram a ser criminalizadas. Para isso, o processo de criminalização manifesta-se em dois momentos distintos. Cabe ao legislador definir quais os bens serão tutelados pelo direito penal (criminalização primária) e depois, cabe ao Estado a identificação, acusação e julgamento dos indivíduos que infrinjam a Lei Penal, sendo este papel exercido, através da Polícia, Ministério Público e do Juiz (criminalização secundária). Para o processo de criminalização do indivíduo desviante, segundo Bissoli Filho (2002), a seleção referente a quantidade “diz respeito ao número de condutas rotuladas como criminosas e ao de autores em relação aos quais são atribuídas a condição de criminoso”. Já a seleção por qualidade remete-se a não inclusão de todas as condutas socialmente nocivas como criminosas, bem como deixar de abranger todas as condutas e pessoas criminosas. Dessa forma, é criado um protótipo para identificar os desviantes da lei penal, como que isso fosse capaz de definir se realmente o indivíduo é infrator ou não, muitas das vezes deixando de penalizar certas pessoas por ser de uma classe social mais elevada e penalizando um indivíduo mais vulnerável socialmente falando. Zaffaroni e Batista (2011, p.46) corroboram essa ideia, elucidando que:

O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acaba assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário).

Tendo como base o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que a lei é destinada a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, pois todos são iguais perante ela. Ressalta-se que a aplicação da lei penal, em tese, seria para ser aplicada para todos os desviantes da mesma, sem distinção de qualquer natureza, tendo como exemplo, distinção social e/ou por estereótipo.

Nesse mesmo sentido, Foucault (2008, p.229) retrata que a prática de crimes é direcionada a uma parcela da sociedade, corroborando a ideia que a norma não é igual para todos, ele aduz que:

[...] o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social” [...] nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.

Ademais, a criminologia positivista adota pelo o sistema penal brasileiro o princípio da igualdade, o qual estabelece que “a criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.” (BARATTA, 2011, p. 42). Entretanto, mesmo tendo o sistema penal brasileiro adotado o princípio da igualdade, que a norma penal deveria ter a sua aplicação igual para todos, existe a seletividade penal que é um fenômeno perceptível a todos os cidadãos, pois reproduz o que já ocorre nos outros âmbitos sociais, ou seja, a distância entre os pobres e ricos, negros e brancos, corroborando com esta ideia, e sendo ao contrário do entendimento alhures citado, Baratta, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 73) posicionam-se, expondo que:

[...] o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Na mesma linha de pensamento, Andrade (2003, p.270) expõe que o sistema penal é composto de pessoas menos favorecidas, pois os mesmos têm possibilidades maiores de serem incriminados e etiquetados como desviante da lei. Assim, fica evidente que o sistema penal tem o seu tratamento de forma desigual, abrangendo mais uma certa parcela da sociedade em detrimento de outra.

Desse modo, conclui-se que os argumentos expostos por Baratta, Zaffaroni e Pierangeli e Andrade prosperam e condizem com a realidade vivida no Brasil, tendo em vista que o sistema penal é aplicado de forma seletiva de acordo com o estereótipo ou classe social do indivíduo, caracterizando a desigualdade social na sua aplicação.

Por fim, no artigo 28, parágrafo 2º da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), ao diferenciar o traficante do usuário de drogas deixa nítido a seletividade existente no sistema penal brasileiro.

3.1 O mito do direito penal igualitário

O direito penal tem como princípio basilar, o da igualdade que será objeto de estudo posteriormente. Apesar de haver este princípio, que prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, trazendo a perspectiva que todos devem receber os mesmos tratamentos e oportunidades.

Conforme disposto na Carta Magna, o Direito Penal que conduz a crença de proteger todos os bens jurídicos essenciais da sociedade, tendo o tratamento igual para todos, protegendo a sociedade de maneira igualitária, sendo que todo cidadão desviante teria o mesmo tratamento penal, sendo que seria ser julgado e processado. (BARATTA, 2011, p. 162). Segundo Baratta (2011), o direito penal abrange a proteção de todos, e também, que não é empregado somente para proteger os bens essenciais da sociedade, sendo a punição feita de modo desigual e de maneira fracionada. O mesmo ainda expõe, que a lei penal é desigual, tendo em vista o “status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos” e conclui aduzindo que “o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês e que, contrariamente, a toda aparência, é o que direito desigual por excelência.” (BARATTA, 2011, p.162). Desse modo, conclui que o direito penal teria que abranger a sua aplicação de forma isonômica, entretanto, o mesmo é aplicado desigualmente na sociedade.

Portanto, o sistema penal atua de forma seletiva, atingindo mais assiduidade uma certa parcela da sociedade, desse modo, contrariando o disposto a Carta Magna, entendendo assim que a igualdade do Direito Penal é um mito.

3.1.1 Princípio da igualdade

O preceito Constitucional prevê o Princípio da Igualdade, disposto no artigo 5º, *caput*, o mesmo traz a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;”

Este princípio é subdividido em dois, igualdade formal e material, o primeiro é aquela presente na Constituição Federal e que trata da igualdade perante a lei. De acordo com o artigo em estudo, isso quer dizer que homens, mulheres e todos os cidadãos brasileiros são iguais perante a legislação, já a segunda, é o tipo de igualdade, em que todos os seres humanos recebem um tratamento igual ou desigual, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de sua desigualdade.

O princípio em estudo, é um exemplo dos direitos fundamentais que visa assegurar o inciso IV do artigo 3º, que busca “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, podendo valer deste princípio também na aplicação das leis penais, não podendo haver nenhuma das discriminações alhures citadas.

Contudo, mesmo diante do que é previsto na Constituição Federal, na realidade é diferente, segundo Rauter (2003), as leis não têm o mesmo efeito de intimidação e coerção em relação a todos os indivíduos, porque, há aqueles que se constituem como verdadeiros inimigos da ordem jurídica, sendo insensíveis a pena.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, Andrade (2003, p.52) expõe que:

O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas condutas legalmente definidos e acende suas luzes sobre o seu passado para julgar no futuro o fato-crime presente, priorizando especulação de “quem” em detrimento de “que”. De modo que a gravidade da conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo, pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas.

Segundo Baratta (2002), o direito penal é utilizado como instrumento do discurso da (re)produção de poder, privilegiando interesses de classes dominantes, resguardando de suas intervenções condutas características de seus integrantes, e direcionando o processo de criminalização para comportamentos típicos das pessoas que compõem a parte mais baixa da

pirâmide social existente. Assim, fica evidenciado o tratamento diferenciado que é dado para quem está numa classe social mais elevada, estes são tratados com mais privilégios, sendo eximidos de processo de criminalização.

Portanto, conclui-se que o sistema penal vai de encontro com o princípio da igualdade, na verdade, sendo desigual na aplicação das leis penais, protegendo as classes sociais mais altas em detrimento das classes mais subalternas, mesmo que seja flagrante o cometimento de um delito previsto no código repressor.

3.2 Teoria do etiquetamento

A teoria do etiquetamento, também conhecido como *Labeling Approach*, é a atribuição de etiqueta de delinquente a um indivíduo que pratica um ato que a sociedade determina como errado, sendo definido pelo grupo social, os comportamentos considerados certos ou errados. Portanto, a pessoa que pratica a conduta etiquetada como errada, ela é vista como se não encaixasse nas regras estipuladas pela a sociedade. Esta pessoa é encarada como “*outsider*”, ou seja, indivíduo que não pertence a um grupo determinado (BECKER, 2008, p.15). Esta teoria tem como objetivo saber quais critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviante da lei.

Na mesma esteira, segundo Andrade (2003, p. 40-41), *labelling* é:

Parte dos conceitos de uma “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio- e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição ou seleção.

Há o denominado cifra negra quando se fala no etiquetamento do delinquente, que são os crimes praticados por um determinado grupo social de alto escalão e que não são colocados nas estatísticas oficiais, sendo crimes ocultados perante a sociedade. Diante disso, fica demonstrado que apenas uma parte dos crimes praticados são efetivamente investigados e processados.

Ademais, há chances do indivíduo ser enquadrado como criminoso, não dependendo da sua conduta praticada, mas sim de qual classe social o mesmo pertence, corroborando com esta ideia, Bayer (2013, não paginado), aduz que há:

[...] o risco de ser etiquetado, ou seja, "aparecer no claro das estatísticas", não depende da conduta, mas da situação do indivíduo na pirâmide social. Por isso o sistema penal é seletivo, pois funciona segundo os estereótipos do criminoso, os quais são confirmados pelo próprio sistema.

Portanto, conclui-se que mesmo a Lei Maior protege o direito fundamental do cidadão, que no caso é o Princípio da Igualdade, frente ao poder do Estado, a seletividade penal existe, em que há, com base em estereótipos, a seleção de certos indivíduos para que recaem a aplicação da lei penal, atingindo mais habitualmente a classe mais baixa na camada social, assim, caracterizando o mito da aplicação isonômica do direito penal. A teoria do etiquetamento traz mais um aspecto desta seletividade, que é quando há uma rotulação de delinquente a um certo tipo de indivíduo, caracterizado pelo seu estereotípico, e com isso, gera o que é chamado de cifra negra, que é ocultamento de crimes praticados por outra parcela da sociedade, a de alto escalão, desse modo, não há o mesmo tratamento do que o etiquetado como delinquente.

4 O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE DROGAS NA LEI 11.343/2006

Este capítulo traz o estudo sobre o usuário e o traficante de drogas, sendo feita uma análise em específico do artigo 28, parágrafo 2º da Lei 11.343/06. Segundo a Lei de Drogas, considera-se traficante de drogas, aquele que praticar um dos 18 núcleos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar e entregar) previstos no artigo 33, *caput* da citada lei, por ser um crime plurinuclear de ação múltipla, a prática de qualquer um dos verbos, configura o crime de tráfico.

Ademais, para definir o usuário de drogas, encontram-se parâmetros para caracterizar, se a droga encontrada com um sujeito é para consumo ou não, no artigo 28, parágrafo 2º, no qual, utilizam-se determinantes para chegar a conclusão para qual seria o destino da droga.

Por fim, a análise do artigo 28, parágrafo 2º que será feita, trará julgados que tratam do assunto em estudo em diferentes perspectivas.

4.1 Conceito de drogas

O conceito de drogas é amplo, sendo uma substância natural ou artificial que ao ser consumida, ocasiona mudanças físicas e psíquicas. O termo droga em geral, refere-se as substâncias ilícitas, que pode gerar a dependência ao ser consumido, alterando as sensações e comportamento da pessoa. Há a figura das substâncias lícitas, as quais são autorizadas por lei o seu consumo, ou também, autorizado o uso para tratamentos médicos, o que também, ocasiona alterações fisiológicas e comportamentais. Ademais, a Lei de Drogas não listou quais são as drogas ilícitas no Brasil, ficando a cargo da Anvisa, que através da Portaria nº 344, traz uma lista que é sempre atualizada, tratando das substâncias que são capazes de alterar o funcionamento do sistema nervoso, desse modo, tendo um controle especial, sendo controlado o comércio e o uso do entorpecente ou psicotrópico.

Ademais, há três tipos de drogas, as depressoras, que é diminuição da atividade cerebral, pode-se dá como exemplo o álcool e calmante; as estimulantes, que aceleram atividade cerebral, pode-se dar como exemplo a cocaína e a nicotina, e as perturbadoras, que alteram a percepção da realidade, pode-se dá como exemplo a maconha.

Nessa mesma linha de pensamento, o uso de drogas ocasiona vários efeitos negativos ao usuário, a dependência química sendo considerada o maior prejuízo para a pessoa, pois com isto, há prejuízos a saúde mental, emocional e física do mesmo, além disso, alguns desses danos, pode gerar até mesmo a morte.

Desse modo, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), a dependência gerada pelo o uso de drogas lícitas e/ou ilícitas é uma doença, sendo assim, um problema de saúde pública, pois afeta valores culturais, sociais, econômicos e políticos.

4.2 O usuário de drogas

A Lei nº 11.343 entrou em vigor em 23 de agosto de 2006 no lugar das Leis nº 6.368/76 e 10.409/02. A lei 10.409/02, por causa de inconstitucionalidades contidas no seu texto, teve a parte penal totalmente vetada, e só a parte processual foi aprovada. Desse modo, a lei 6.368/76 abrangia a parte penal e a lei 10.409/02 abrangia a parte processual. Ademais, para acabar com esse dilema, adveio a nova Lei de Drogas.

Na Lei 6.368/76, o usuário de drogas tinha um tratamento mais rigoroso do que é previsto na nova lei. A legislação antiga era previsto em seu artigo 16, pena de detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa para quem portasse drogas para uso próprio. Esta pena era aplicada para o indivíduo que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo substâncias entorpecentes ou que determinasse sua dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Já na Lei nº 11.343/06, deu um tratamento totalmente diferenciado ao usuário de drogas do que era previsto na legislação ulterior, a qual prevê penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviço a comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Estas penas serão aplicadas se cidadão “[...] adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”

Nessa mesma esteira, Mendonça e Carvalho (2008 *apud* Godoy, 2014, p.1) corroboram a respeito deste assunto, no que diz:

O intuito da Lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Partindo-se da premissa de que a reclusão do usuário ou dependente não teria qualquer benefício seja à saúde individual, seja à saúde pública, o legislador determinou a aplicação de outras penas não privativas de liberdade, as quais chamou, eufemisticamente, de “medidas educativas”. Analisando a nova Lei, verifica-se que em nenhuma hipótese poderá ser aplicada pena privativa de liberdade ao usuário.

Desse modo, a respeito da despenalização do usuário de drogas. Tendo em vista que a legislação anterior previa uma pena de detenção para o usuário de drogas, a ulterior traz penas restritivas de direito para desviante da lei. Assim, não há nenhuma hipótese de o usuário de drogas ter sua liberdade privada, sendo ausente previsão privativa de liberdade.

Portanto, conclui que a legislação ulterior trouxe um tratamento diferente ao usuário de drogas, no qual o artigo 28 traz que o indivíduo que praticar qualquer um dos núcleos expressos para consumo próprio, será enquadrado como usuário. Ademais, no parágrafo 1º do artigo citado alhures, traz também outra tipificação aduzindo que aquele que para seu consumo próprio, semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica terá o mesmo tratamento disposto no *caput* do artigo. Ademais, no parágrafo 2º do mesmo artigo está expresso que cabe ao juiz averiguar se a droga encontrada em poder de um determinado indivíduo se destina a consumo pessoal ou não, observando as circunstâncias descritas neste parágrafo. Ressalta-se ainda, sobre a destinação das drogas que deverá ser apenas para consumo próprio, caso uma terceira pessoa pratique qualquer núcleo previsto no artigo 28 para o consumo de outrem, será enquadrado no artigo 33 da Lei de Drogas.

4.3 O traficante de drogas

A definição do traficante de drogas, encontra-se no artigo 33, *caput* e nos seus incisos da Lei de Drogas. Em resumo, a definição de traficante de drogas seria aquele que comercializa substâncias ilícitas que podem vir ocasionar dependência química em outrem. Sampaio (2012) corrobora com esta ideia dizendo que “[...] são muitos verbos que definem a figura do traficante. Mas poderia resumir o traficante como aquele que possui a droga para repassar para outrem,

seja de forma gratuita ou não. Seria traficante também aquele que compra, já com intenção de revendê-la.”

Nos incisos do artigo 33 da Lei de Drogas, encontra-se diversos núcleos que também caracterizam o crime de tráfico de drogas. Devendo ser observado também o artigo 34, tendo em vista, que a lei equiparou tráfico de drogas os núcleos previstos no citado artigo. No artigo 37, o tráfico também é equiparado na conduta prevista que vier a ser praticada, que é a de colaborar como informante. As condutas praticadas nos artigos 35 e 36 da mesma lei, também são equiparadas ao tráfico de drogas. E diferente do que é disposto a quem for configurado como usuário de drogas, nos crimes dos artigos citados alhures há pena de privação de liberdade.

Desse modo, conclui-se que é ampla a caracterização do traficante de drogas, segunda lei, deve ser observados alguns pressupostos para o indivíduo ser enquadrado como traficante de drogas, quais sejam, se a droga é destinada para terceiros, a quantidade de drogas encontrada, lugar em que ocorreu o flagrante, as condições e circunstâncias em que o agente se encontrava, tal como, antecedentes da vida do indivíduo.

4.4 Análise na aplicação do artigo 28, parágrafo segundo da Lei de Drogas

Neste tópico é feita uma análise a respeito da aplicação do artigo 28, parágrafo segundo da Lei de Drogas. Este artigo é visto como seletivo ao definir critérios subjetivos para distinguir o usuário do traficante de drogas, sendo criado um estereótipo para o traficante e usuários de drogas. Desse modo, será feito estudo de quem é definido como usuário e traficante de drogas, ainda também, será trazido estatísticas que relatam casos de usuários de drogas que são presos e condenados por tráfico de drogas por portarem uma ínfima quantidade de drogas.

4.4.1 Quem são os usuários e traficantes de drogas?

O artigo 28, parágrafo segundo, traz expressamente a distinção entre usuário e traficante de drogas, para o indivíduo ser enquadrado como usuário, em tese, somente o juiz, deverá

analisar os critérios previstos no parágrafo em estudo, quais sejam: “o juiz atenderá à natureza e à quantidade de 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”.

Nesse sentido, sendo que é previsto em lei os parâmetros alhures citados, considera-se incontroversa a seletividade primária. Uma pesquisa realizada pelo “Projeto Pensando o Direito” (2009) traz a luz que:

O tipo penal do tráfico qualifica-se como tipo aberto, estabelece penas desproporcionais e não diferencia as diversas categorias de comerciantes de drogas observadas na realidade social. Além disso, a Lei não é clara quanto à distinção entre a tipificação do uso e do tráfico, e o resultado disso é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma Lei punitiva e desproporcional, concede amplos poderes ao policial que primeiro tem contato com a situação.

Diante disso, quando há a figura de um jovem negro, pobre e morador de periferia, certamente seriam enquadrados como traficante de drogas, por conta dos critérios estabelecidos no dispositivo de lei. Nessa mesma esteira, a lei prevê que é o juiz que fará a análise para distinguir o usuário do traficante de drogas, mas na realidade, há a figura policial, que tem o primeiro contato com o indivíduo, desse modo, o mesmo fará essa distinção, muitas das vezes é feita uma interpretação equivocada, levando em contato a cor de pele do indivíduo, local aonde ocorreu a ação e a condição social do mesmo, não sendo interpretado o dispositivo de lei por completo.

Nesse mesmo sentido, há a gestão diferencial das ilegalidades, uma ideia trazida por Michael Foucault, a qual fala que a justiça não existe para punir todas as práticas consideradas ilegais, mas somente algumas e de certos grupos sociais. Corroborando com esta ideia, Becker (2008, p.21) aduz que:

O grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras. Estudos da delinquência juvenil deixam isso muito claro. Meninos de áreas de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como os meninos de bairros miseráveis. O menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado. Essa variação ocorre ainda que a infração original da norma seja a mesma nos dois casos.

Ainda na mesma esteira, o crime é um tipo de padrão que foi criada por classes dominantes, aquelas que estão no topo da camada social, para que possam criminalizar a pobreza, sendo assim, um etiquetamento da classe menos favorecida. E essa classe desfavorecida é composta, muitas das vezes, por jovens negros, pobres e morador da periferia. Nessa mesma linha de pensamento, Batista (2003, p.134-135), mostra a visão seletista do sistema penal para infratores e diferenciamento no tratamento dado aos jovens, desse modo, o autor aduz que:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa. Os relatórios e processos dos agentes do sistema são bastante claros quanto a isso. São pouquíssimos os casos de análise do ponto de vista da droga em si. Em geral os processos se relacionam às famílias “desestruturadas”, às “atitudes suspeitas”, ao “meio ambiente pernicioso à sua formação moral”, à “ociosidade”, à “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de *status* “que não se coaduna com a vida de salário mínimo”.

Desse modo, a polícia e o poder judiciário deparam-se com parâmetros subjetivos para distinguir o usuário do traficante de drogas. Conclui-se, diante todo exposto, que o jovem rico, morador da zona sul é considerado o usuário de drogas, por questões sociais. Já o jovem negro, pobre e morador de uma periferia é considerado traficante de drogas, pois há estereótipos criados para esse etiquetamento.

4.4.2 Perspectiva sobre o usuário e o traficante de drogas

Em uma reportagem publicada pela Agência Pública (2019), foi realizada uma pesquisa sobre a Lei de Drogas, a qual teve como objetivo mostrar a realidade sobre a aplicação da citada lei na sociedade, em que muitos indivíduos são presos por tráfico, tendo em vista que portava uma pequena quantidade de drogas.

Um dos casos mais interessantes trazido pela a reportagem foi a de uma mulher negra que foi condenada por tráfico de drogas por está portando 1,4 gramas de maconha. A mesma sem antecedentes criminais, fora condenada em um ano, oito meses e dez dias. Este caso, apenas ilustra muitos outros que ocorrem no Brasil.

Ademais, na cidade de São Paulo, foram levantados dados em 2017, que os negros são os mais condenados e em maior proporção, sendo que 71% de um total de 2043 réus, dos negros julgados foram condenados. Nesse sentido, aduz Isadora Brandão (*apud* Domenici e Barcelos,

2019, não paginado): “Mesmo o fato do acusado ser negro ou branco não constar explicitamente como um dado para fundamentar uma decisão judicial, o que a gente percebe olhando os dados é que há uma criminalização maior dos negros”.

Vale ressaltar, que os negros, segundo a pesquisa realizada, são os que são presos com a menor quantidade de drogas. Nos dados trazidos pela Agência Pública (2019, não paginado) mostram que: “Entre os réus brancos foram apreendidas, na mediana, 85 gramas de maconha, 27 gramas de cocaína e 10,1 gramas de crack. Quando o réu é negro, a medida é inferior nas três substâncias: 65 gramas de maconha, 22 gramas de cocaína e 9,5 gramas de crack.”

Ainda na mesma esteira, dados demonstram a seletividade penal na Lei de Drogas, quando em casos de apreensão de uma pessoa com apenas um tipo de droga, que os negros foram proporcionalmente mais condenados com quantidades inferiores de drogas. Na pesquisa mostra que: “[...] No caso da maconha, 71% dos negros foram condenados, com apreensão mediana de 145 gramas. Já entre os brancos, 64% foram condenados com apreensão mediana de 1,14 quilo, ou seja, uma medida quase oito vezes maior.” (Agência Pública, 2019, não paginado).

Desse modo, pode-se concluir com a fala de Maronna (*apud* Domenici e Barcelos, 2019, não paginado):

[...] enquanto o próprio juiz não se compreender como um garantidor de direitos, nada disso tem qualquer chance de mudar. Porque é parte dessa engrenagem de guerra, de perseguição dos inimigos que é, no fundo, no fundo, a gestão penal da miséria. Gente pobre, negra, que mora na favela, e que vai para o sistema de uma forma ou de outra.

4.4.3 Manifestação da Seletividade Penal na Lei de Drogas

A Seletividade penal é um desdobramento da criminalização primária e secundária. A primeira, que é a criminalização realizada pelo legislador no momento da criação da lei, e a segunda, a criminalização realizada pelo o policial no momento da abordagem ou pelo poder judiciário no momento do julgamento.

Corroborando com a ideia alhures citada, Zaffaroni (2011, p.43) em sua obra traz o que é a criminalização primária e secundária:

Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos, para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).

Na Lei 13.343/06, em seu artigo 28, parágrafo 2º, já enfatizado no trabalho em síntese, traz parâmetros para determinar a distinção de usuários e traficantes de drogas, sendo o local e as circunstâncias sociais e pessoais do indivíduo, a quantidade de drogas apreendidas, as condições que desenvolveram a ação, bem como a conduta e antecedentes do agente.

Vale a analisar os critérios estabelecidos no parágrafo em estudo para demonstrar que há seletividade penal na elaboração deste diploma. Assim, a lei determina esses parâmetros para distinguir o usuário do traficante de drogas, nesse sentido, se um jovem negro e pobre, morador de uma periferia, que porventura foi encontrado com uma pequena quantidade de drogas, facilmente será identificado como traficante, sendo submetido a prisão, diferentemente do jovem rico, morador de uma área nobre que porventura foi encontrado com a mesma quantidade de drogas, será identificado como usuário, não sendo submetido a prisão. Corroborando com esta ideia Zaccone (2007, não paginado) aduz:

[...] um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha [...], o que equivaleria a 280 “baseados” [...] o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.

Nesse sentido, analisando a leitura do artigo 28, parágrafo 2º, conclui-se que o que leva os juízes afirmar que uma pessoa encontrada com drogas é traficante e não usuário, é a condição social e pessoal, como também o local da apreensão do sujeito, pois a quantidade de droga

apreendida, sozinha, não autoriza uma classificação. Dessa forma, evidencia-se a seletividade na Lei de Drogas. Tendo como consequência, a cifra negra/oculta que são crimes e/ou autores de crimes que não são investigados e/ou processados. Tem-se como desdobramento da cifra negra/oculta, a cifra dourada, sendo que algumas classes sociais excluídas do processo de criminalização, desse modo, recaindo sobre a camada mais frágil da sociedade.

Outro ponto interessante que vale ressaltar, é em relação a visão que a sociedade tem sobre o traficante e o usuário de drogas. O primeiro é visto pela a sociedade como um criminoso perigoso que deve ser submetido ao rigor da lei, logo a prisão. E o segundo é visto como dependente químico que deve ser submetido a tratamento médico, logo não será submetido a prisão.

Diante de todo exposto, tem-se como resultado prático disso tudo, que os indivíduos que estão na camada mais baixa da sociedade são presas como traficantes de drogas e os ricos que compõem a camada mais alta são intitulados como usuários. Assim, o usuário é intitulado como dependente químico que precisa de acompanhamento médico e o traficante como um criminoso perigoso que deve ser encarcerado. Através de todo o estudo apresentado neste capítulo fica claro a demonstração da seletividade penal na Lei de Drogas, em específico, o artigo 28, parágrafo 2º, o qual estabelece parâmetros, um tanto quanto, discriminatórios e seletivo.

5 CONCLUSÃO

Foi demonstrado no trabalho, ao contrário ao que se prega, que o sistema penal atua de forma seletiva, etiquetando determinados indivíduos como predisposto a cometer crimes, desse modo, indo de encontro com o que diz o preceito constitucional, confirmando a ideia do direito penal igualitário não condiz com a verdade.

Logo, foi trazido o conceito de sistema penal para uma melhor contextualização para entender a sua finalidade. Pode-se concluir que o sistema penal tem como função a defesa social, a intimidação e a ressocialização do indivíduo, entretanto, o sistema penal tem o seu tratamento seletivo com base em estereótipo, tendo como alvo, as pessoas menos favorecidas, não sendo observado a Carta Magna que traz como direito fundamental, o tratamento igualitário à todos perante a lei. Ademais, invés do sistema penal ter a sua função preventiva, converte-se em condicionantes de ditas condutas e foi trazido para confirmar, pesquisas realizadas pelo IPEA que mostra que a taxa de reincidência de crimes, tendo uma porcentagem muito elevada, assim, demonstrando que o sistema penal não tem sido de caráter preventivo.

Sequencialmente, fora abordado a Seletividade Penal, concluindo-se que mesmo tendo a Constituição Federal protegendo o direito fundamental das pessoas, através do Princípio da Igualdade, a seletividade na aplicação do sistema penal existe. Ademais, a seleção é feita com base em estereótipos, recaindo sobre uma parcela da sociedade a aplicação da norma penal, atingindo mais habitualmente a classe mais baixa da camada social, assim, caracterizando o mito da aplicação isonômica do direito penal. Desse modo, a teoria do etiquetamento traz mais um aspecto desta seletividade, que é a rotulação de delinquente a um certo tipo de indivíduo, caracterizando-o pelo o seu estereótipo, e com isso, gerando o que é chamado de cifra negra, que é o ocultamento de crimes praticados por outra parcela da sociedade, a de alto escalão, assim, ficando demonstrado a Seletividade Penal.

E por fim, o tratamento pela Lei de Drogas foi de forma seletiva, em seu artigo 28, parágrafo 2º através da análise realizada no presente trabalho. O citado dispositivo legal ao trazer aos parâmetros para distinguir usuário de drogas do traficante, houve um tratamento seletivo na elaboração da norma, desse modo, tem-se como resultado prático disso, que os indivíduos que estão na camada social mais baixa da sociedade são presas como traficantes de drogas e os ricos que compõem a camada mais alta são intitulados como usuários. Assim, o usuário é intitulado como dependente químico que precisa de acompanhamento médico e o traficante como um criminoso perigoso que deve ser encarcerado.

Portanto, conclui-se que o sistema penal não é igualitário para todos, não observando a Carta Magna, havendo um tratamento seletivo na aplicação das normas penais. Ademais, essa seletividade também abrange o artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, que ao discorrer do presente trabalho ficou esclarecido a seletividade na elaboração de tal dispositivo legal ao determinar certos parâmetros para diferenciar os usuários dos traficantes de drogas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAYER, Diego Augusto. **Teoria do etiquetamento: a criação de estereótipos e a exclusão social dos tipos**. 2013. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943199/teoria-do-etiquetamento-a-criacao-de-estereotipos-e-a-exclusao-social-dos-tipos>. Acesso em: 20 de mar. 2020.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Pensando o Direito – Tráfico de Drogas e Constituição**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/01pensando_direito.pdf. Acesso em: 2 maio 2020.
- BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 08 de jun. 2020.
- DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 3 de mai. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- 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: 1 de maio 2020.
- GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SAMPAIO, Artur Livônio Tavares. **Seletividade no combate as drogas: lei 11.343/2006**.

Disponível em: http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9430. Acesso em: 2 de maio 2020.

SELETIVIDADE. Dicionário informal, 2009. Disponível em:

<https://www.dicionarioinformal.com.br>. Acesso em: 19 de mar. 2020.

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

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.