

## A SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA NA LEI DE DROGAS: A POLÍTICA SOCIAL NA GUERRA ÀS DROGAS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Gustavo Schons Bueno<sup>1</sup>

Simone da Costa<sup>2</sup>

### RESUMO

Aborda-se no presente artigo, a criminalização do preto e pobre, e como é feita a escolha de quem é o traficante na sociedade brasileira. Deixando ainda mais explícito que quem escolhe quem é criminoso, traficante, não é a lei, e sim quem deveria cumpri-la. Ponderando-se ainda a importância e o sucateamento das Defensorias Públicas impostas pelos órgãos governamentais. Ainda, será demonstrado, que o direito penal não é igualitário, devendo ser desmistificado o mito e ilusão de ideal de equidade existente sobre este. E como existe tal mito, fecham-se os olhos para o encarceramento em massa da população pobre e negra em nosso país, população já marginalizada desde os princípios da sociedade brasileira, aplicando punições mais brandas para os mesmos crimes cometidos pela população branca. O racismo penal fica ainda mais claro com o estudo da Associação Brasileira de Jurimetria, o qual aponta as diferenças existentes dentro de entes federativos, de municípios, entre quem é usuário e quem é traficante, onde a formação escolar já altera quem é traficante e quem é usuário. Com isso, resta claro que se trata de uma guerra burguesa ao preto, pobre e analfabeto, e não de uma guerra às drogas como inicialmente pintado pelo Estado.

**Palavras-chave:** direito penal e seletividade; Lei de drogas (lei n. 11.343/06); Portaria n. 344/98 da Anvisa; racismo estrutural; Recurso Extraordinário n. 633.659/STF.

### ABSTRACT

It is addressed in this present article, the criminalization of black and poor individuals, and how the choice of who is the drug dealer is made in Brazilian society. Making it even more explicit that who chooses who is a criminal, a drug dealer, is not the law, but those who should be enforcing it. Further considering the importance and the undermining of Public Defenders imposed by government agencies. Furthermore, it will be demonstrated that criminal law is not equitable, and the myth and illusion of an ideal of equity surrounding it should be debunked. And as this enduring myth persists, it leads to turning a blind eye to the mass incarceration of the poor and black population in our country, a population already marginalized since the beginnings of Brazilian society, resulting in more lenient punishments for the same crimes committed by the white population. Criminal racism becomes even more evident through the study conducted by the Brazilian Association of Jurimetrics, which highlights the differences within federative entities and municipalities in determining who is a drug user and who is a drug dealer. In this context, educational background serves as a defining factor in the distinction of who is the drug user and who is the drug dealer. As a

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste do Estado de Santa Catarina (UNOESC) – Campus de São Miguel do Oeste. E-mail: guhstb@gmail.com.

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Uceff

result, it becomes clear that this is a bourgeois war against black, poor, and illiterate individuals, rather than a war on drugs as it was initially portrayed by the State.

**Keywords:** criminal law and selectivity; Drug Law (law n. 11.343/06); Anvisa Ordinance No. 344/98; structural racism; Extraordinary Appeal No. 633.659/STF.

## INTRODUÇÃO

A questão do uso e do tráfico de drogas é um tema complexo e controverso em todo o mundo e, por óbvio, também na sociedade brasileira. A política de combate às drogas adotada pelo Estado brasileiro tem sido amplamente debatida, seja no mundo acadêmico, seja no âmbito dos nossos Tribunais. Tais debates costumam ter como foco aquilo que se refere à seletividade penal no tratamento dado aos usuários e aos traficantes, aquilo que se busca saber em quem são os escolhidos do sistema, em quem é o agente que a sociedade impõe e taxa como traficante.

Nesse sentido, o presente trabalho de conclusão tem como intento analisar a existência de uma seletividade penal na legislação brasileira, tendo como objeto de estudo a Lei 11.343/06, também conhecida como “Lei de Drogas”, buscando compreender as implicações sociais dessa política no contexto da guerra, mas principalmente na guerra racial disfarçada de guerra às drogas.

Serão abordados aspectos políticos, sociais, jurídicos, filosóficos, sociológicos e antropológicos que permeiam a legislação de drogas no Brasil, bem como a influência de fatores como raça, gênero e classe social na seletividade penal. Por fim, serão apresentadas reflexões sobre possíveis alternativas à política de combate às drogas adotada pelo Estado brasileiro.

Para isso, serão utilizadas como referência artigos, livros, pesquisas, estudos e análises de especialistas da área, além de dados oficiais de órgãos governamentais e não governamentais que atuam na temática das drogas. Serão abordados aspectos como a criminalização do usuário de drogas e a seleção de quem é o usuário e de quem é o traficante em nossa sociedade.

No primeiro capítulo será analisado como o Direito Penal opera e como a sua aplicação prática é seletiva, abordando-se, ainda críticas acerca da própria terminologia de “Direito Penal”. No segundo, tratar-se-á do direito penal da guerra às drogas, demonstrando que a guerra às drogas é uma política de estado, a qual teria como objetivo aparente o combate ao tráfico de drogas e o controle do consumo de substância ilícitas, com a premissa de que tal consumo é prejudicial à saúde.

Todavia, tal guerra às drogas é travestida do preconceito dos agentes policiais que vem a gerar a superlotação dos presídios, por meio das abordagens das forças policiais, as quais ficam devidamente demonstradas pelos números do estudo divulgado pela Câmara dos Deputados datada de 2018, que demonstra a baixa escolaridade e ainda a identidade racial dos agentes. Após análise do estudo da Associação Brasileira de Jurimetria, restou sobejamente demonstrado que se faz necessário imporem parâmetros a serem seguidos pelo poder judiciário como baliza para enquadramento de quem é traficante e quem é usuário posto que se nem mesmo dentro de um mesmo Estado, de uma mesma Cidade existe um consenso para atribuir ao agente a titulação de traficante quem dirá em âmbito federal.

Ao final, adentrar-se-á com mais afinco na seletividade penal especificamente quanto à Lei de Drogas, onde em suma, restou demonstrado que a seletividade na lei de drogas, auxilia para a superlotação e o ciclo vicioso dos perseguidos pelo sistema. Levando com que estes permaneçam no sistema seja pela perseguição, seja pela falta de oportunidades para após o cumprimento da reprimenda penal.

## **DIREITO PENAL E SELETIVIDADE**

Inicialmente, crê-se importante dar uma introdução ao que é o Direito Penal. Para Zaffaroni (2003), o Direito Penal possui dois pilares. Numa primeira perspectiva, trata-se de um conjunto de leis penais, sendo este conjunto de leis, legislação penal (Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e a legislação esparsa existente no ordenamento jurídico brasileiro, e, noutra perspectiva, refere-se ao sistema de interpretação dessa legislação.

Para Edmund Mezger (2005), o Direito Penal envolve um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo estatal, tendo como pressuposto a prática do delito e como consequência a imposição de sanção, ou seja, a partir do momento em que o fato típico, ilícito e culpável é praticado, impõe-se ao agente uma pena, observadas as regras do devido processo penal.

Para Cleber Masson (2008, p. 1), o direito penal é “o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal (pena ou medida de segurança)”. Guilherme Nucci (2016, p. 1) aduz

que se trata do “conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras atinentes a sua aplicação”.

Ainda, importante pontuar que a etiqueta “Direito Penal” não deixa de ser criticada por parte da doutrina, como Basileu Garcia, que alega que:

“A insuficiência da locução Direito Penal por não abranger um dos dois grandes grupos de providências de combate à criminalidade – o das medidas de segurança, cuja natureza preventiva distingue das penas, de finalidade primordialmente repressiva. Pretende-se que seria mais apropriado dizer Direito Criminal”. (Garcia, 2008).

Em que pese as críticas, como pontua Renato Sanches Cunha (2019), esta expressão deve ser adotada, devido à sua referência na Constituição Federal (art. 62, §1º, I, b).

Após esta breve introdução, salutar desde já pontuar que, no Brasil, o sistema penal é seletivo, ou seja, há uma escolha deliberada por parte das forças policiais e, por vezes, até do Poder Judiciário sobre quem será criminalizado, julgado e punido por algo que, em tese, teria praticado. Isso significa que o sistema penal possui os seus alvos favoritos, no geral pobres, pretos e periféricos. Por outro lado, nas poucas vezes que vêm a responder a uma ação penal, as pessoas brancas e ricas têm mais chances de escapar de uma condenação.

A seletividade penal trata, em suma, da escolha de quem será criminalizado, julgado e punido pelo sistema penal brasileiro, de quem será alvo de operações arbitrárias das forças policiais em bairros pobres e periféricos. Isso ocorre porque, em uma sociedade desigual, nem todos têm as mesmas chances e oportunidades. Nesse sentido, de acordo com Baratta, tem-se

[...] um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (Baratta, 2002, p.113).

Existem hipóteses para que a seletividade ocorra, sendo uma das principais o racismo estrutural existente na sociedade brasileira, mas também devido ao elitismo que se pode vislumbrar com facilidade, pois o sistema penal brasileiro é construído de forma a favorecer a elite e a punir os mais pobres.

A justiça penal é cara e complexa, sendo que muitas pessoas não têm acesso a advogados e recursos para se defender. Em que pese a presença forte e extremamente importante da Defensoria Pública, esta não consegue suprir a demanda necessária, e, por vezes, dar a devida atenção a determinado processo devido ao sucateamento imposto ao órgão pelos governos estaduais e federais quando deixam de estruturar um órgão de tamanha importância.

Além disso, a polícia e o Ministério Público tendem a concentrar seus esforços nas periferias e favelas, onde há maior concentração de pobres e negros.

Por outro lado, pessoas ricas e brancas têm mais recursos para se defender e, além disso, não são alvo da mesma atenção da polícia e do Ministério Público, e por vezes do judiciário quando porventura vem a ser denunciadas pelo parquet, onde nas poucas vezes que a denúncia ocorre, possui sua pena fixada em seu mínimo legal, na remota hipótese de haver condenação.

Isso não significa que os crimes cometidos por pessoas ricas e brancas não são investigados. Contudo, quando o são, estes não possuem uma punição na mesma dosimetria que a de crimes cometidos por pessoas pobres e negras.

E tal disparidade é fruto de uma seletividade penal que é feito pelo sistema como um todo.

Como já restou demonstrado, o Direito Penal não é igualitário e tal mito criado pela mídia e pelas forças estatais, há de ser desmistificado.

Sobre a pena como retribuição de culpabilidade nada mais significa que a retribuição do crime no sentido religioso de expiação ou sentido jurídico de compensação da culpabilidade, característica do direito penal clássico, representando a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o direito (Santos, 2005).

Já a função de prevenção da pena criminal foi dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, consistindo em atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59 CP); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal (Santos, 2005).

De mais a mais, a seletividade penal notoriamente gera diversas consequências negativas não somente para a vítima da ação estatal, mas também para a sociedade como um todo.

Entre elas, perpetua-se a desigualdade social e a discriminação racial, contra a qual o povo negro luta há anos para que finde. Quando as pessoas mais pobres e negras são criminalizadas de maneira deliberada, o Estado contribui para a sua marginalização, que, devido a fatores históricos, são aqueles que menos chances têm de conseguir um emprego, estudar para além do ensino básico e conseqüentemente ter uma vida digna, de alcançar a tão sonhada equidade social para si e para seus pares.

Além disso, a seletividade penal gera desconfiança tanto nas forças policiais, quanto, e principalmente, no Poder Judiciário quando este perpetua as ações arbitrárias e seletivas realizadas pelas forças policiais.

Quando os cidadãos vislumbram que o sistema penal pode não ser justo e que possui uma forte tendência à criminalização de alguns grupos em detrimento de outros, estas perdem a confiança na justiça, na democracia e, infelizmente, até mesmo na equidade, a qual é um dos pontos basilares de nossa sociedade.

Tal desconfiança gera a revolta das massas, revoltas contra o Estado que criminaliza o inocente, revolta contra a polícia que seleciona quem irá abordar, quem irá prender e de que forma fará tal abordagem, adotando para tal critérios particulares de cada agente das forças policiais, deixando o que a lei dispõe de lado e usando de seu pré-conceito, que cria um preconceito contra determinado grupo.

Outra consequência negativa da seletividade penal, é o encarceramento em massa da população preta, pobre e periférica. O Brasil, tem uma das maiores populações carcerárias do mundo, sendo que a grande maioria desses presos é composta pelos grupos mencionados. Isso ocorre porque o sistema penal tende a punir mais severamente os crimes cometidos por esses grupos, os quais, por uma estrutura social enraizada, já são marginalizados, enquanto crimes cometidos por pessoas ricas e brancas muitas vezes recebem penas mais brandas.

O encarceramento em massa gera implicações negativas para a sociedade, tais como a superlotação das prisões e a inexistência de condições mínimas para a subsistência digna dos detentos, o que cria uma violenta transgressão dos direitos

humanos. Além disso, o encarceramento em massa em nada resolve os problemas enfrentados pelos reclusos, visto que, pela falta de direitos mínimos no sistema carcerário, estes, ao sair da prisão, por vezes saem ainda mais marginalizados e sem perspectivas de vida. Para sobreviver com o mínimo de dignidade, alguns acabam se filiando a facções, a fim de sobreviver dentro da cadeia e manter a família segura, bem como para não passar necessidades enquanto estiverem reclusos. Contudo, para “pagar a dívida” da proteção recebida na cadeia, estes indivíduos têm que cometer mais e mais crimes quando saem da reclusão.

Outro problema decorrente da seletividade penal é a criminalização da pobreza

Afinal, muitos são presos por cometerem crimes relacionados à sobrevivência, como furtos para sua subsistência – o furto famélico -, mas também o tráfico de drogas, e principalmente a dita modalidade do “tráfico de formiguinha” que é aquela praticado com uma baixa quantidade de drogas.

Em que pese sejam atos típicos, ilícitos e culpáveis, tais fatos deveriam possuir um olhar mais brando e com um olhar de reeducação e não de punição pura e simples como é feito em nosso ordenamento, haja vista que a maioria é praticada pela necessidade de sobreviver de quem os comete. E caso este o faça, demonstra o fracasso do Estado, e o Estado não deveria punir aquele que ele deu causa ao dano, visto que a fome e o levou a cometer tal crime.

Enquanto isso, crimes cometidos por pessoas ricas, como sonegação fiscal e corrupção, os famosos crimes de colarinho branco, são tratados de forma mais branda, com a prisão somente após o trânsito em julgado, o qual deveria ser para todos, devido ao princípio constitucional da presunção de inocência e do mito da equidade. Isso ocorre porque a criminalização da pobreza é mais fácil e conveniente para o sistema jurisdicional, já que esses crimes são mais visíveis e possuem uma maior repercussão social.

Com isso, quando a justiça não é feita de forma equidosa, toda a sociedade sofre de forma igualitária.

## **DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS**



A guerra às drogas é uma política de Estado que tem sido adotada com muita frequência e de forma muito aguerrida por incontáveis países ao redor do mundo, com maior enfoque na América do Sul, nos Estados Unidos, e por óbvio estas também ocorrem no Brasil.

O seu objetivo é combater o tráfico e o consumo de substâncias ilícitas, baseando-se na premissa de que o uso de drogas é prejudicial à saúde e à segurança pública. Para isso, a repressão penal é vista como a forma mais eficaz de lidar com esse problema.

Todavia, o preconceito dos agentes policiais, por vezes acaba por disfarçar-se de combate ao tráfico é feita, onde estes aproveitam-se do poder estatal que existe em suas mãos, para exarar o seu preconceito.

Como já é de se presumir, tais abordagens são frequentes alvos de críticas por inúmeros fatores utilizados, sendo as críticas realizadas por certos grupos da sociedade.

Dentre as críticas exaradas em face das abordagens estão a falta de efetividade na redução do consumo, a superlotação do sistema carcerário com prisões ilegais decorrentes do tráfico de drogas e a seletividade das forças policiais na escolha de quem irão abordar, na escolha de quem é o traficante. Além disso, a política de guerra às drogas tem afetado de forma desproporcional as populações mais vulneráveis, como os usuários de drogas e as comunidades pobres que são alvo de operações policiais violentas. Ou seja, os escolhidos do sistema são os pretos, pobres e periféricos.

Isso fica ainda mais claro com o estudo divulgado pela Câmara dos Deputados no ano de 2018, o qual aponta que, dentre os presos no Brasil, 61,70% são pretos ou pardos, sendo que somente 53,63% da população brasileira enquadra-se como preta ou parda. Já os brancos são somente 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral. Além do mais, a baixa escolaridade dos detentos atesta que estes em sua maioria são pobres, posto que 75% dos que ali estão possuem somente o Ensino Fundamental, de acordo com relatório do Depen de 2014.

Por essas razões, há um debate crescente em torno da necessidade de reformar a política de encarceramento e, por óbvio, a de guerra às drogas.



O crime que mais prende no Brasil é o tráfico de drogas (28%), seguido de roubo (25%), furto (13%) e homicídio (10%). Os dados consideram a soma dos detidos já condenados e os que aguardam sentença. (Correio brasiliense, n. 19329, 27/04/2016. Brasil, p. 7)

## O RACISMO ESTRUTURAL NAS ABORDAGENS

O racismo estrutural é um tema que tem ganhado cada vez mais destaque nas discussões contemporâneas sobre justiça social e igualdade.

O racismo institucional se “origina na operação de forças estabelecidas e respeitadas na sociedade e, portanto, recebe muito menos condenação pública do que o primeiro tipo” (Carmichael, Ture e Hamilton, 1992, apud, Almeida, 2019, p. 29).

Hamilton e Ture, deixam claro como a concepção institucional do racismo opera de maneira diversa do racismo, quando visto sob o prisma individualista:

Quando terroristas brancos bombardeiam uma igreja negra e matam cinco crianças negras, isso é um ato de racismo individual, amplamente deplorado pela maioria dos segmentos da sociedade.

Mas quando nessa mesma cidade – Birmingham, Alabama – quinhentos bebês negros morrem a cada ano por causa da falta de comida adequada, abrigos e instalações médicas, e outros milhares são destruídos e mutilados física, emocional e intelectualmente por causa das condições de pobreza e discriminação, na comunidade negra, isso é uma função do racismo institucional. Quando uma família negra se muda para uma casa em um bairro branco e é apedrejada, queimada ou expulsa, eles são vítimas de um ato manifesto de racismo individual que muitas pessoas condenarão – pelo menos em palavras. Mas é o racismo institucional que mantém os negros presos em favelas dilapidadas, sujeitas às pressões diárias de exploradores, comerciantes, agiotas e agentes imobiliários discriminatórios. *Ibidem*.

Já adentrando nas abordagens operadas pelos agentes policiais, é possível identificar a presença de padrões e práticas discriminatórias que perpetuam a desigualdade racial. Essas abordagens refletem e reforçam as estruturas sociais que marginalizam e oprimem grupos étnicos minoritários.

O racismo estrutural está enraizado em sistemas e instituições, influenciando a maneira como são projetadas e operam. No sistema de justiça, a abordagem se mostra mais severa em relação a indivíduos não brancos, resultando em encarceramento excessivo e injusto.

As consequências do racismo estrutural são vastas e profundas. Além das óbvias desigualdades socioeconômicas existentes dentro de nossa sociedade desde que ela foi criada, mas que restou perpetrada com mais intensidade em 1.888 com a Lei Áurea, ela também tem impactos psicológicos e emocionais, gerando estresse e ansiedade constantes nas vítimas que até os dias de hoje se fazem presentes dentro de nossa sociedade.

A perpetuação dessas desigualdades também mina a coesão social e prejudica a construção de sociedades verdadeiramente inclusivas e equitativas. A qual, para Durkheim, é um conjunto de regras e comportamentos que são socialmente compartilhados e que regem a sociedade na qual vivemos. Todavia, o “sonho” de Durkheim, de que a sociedade viesse a conter a si mesma para alcançar esta coesão, infelizmente não se concretizou, e, dificilmente, um dia se concretizará.

As abordagens influenciadas pelo racismo estrutural não apenas negam oportunidades para as vítimas destas abordagens, mas também reforçam estereótipos prejudiciais e perpetuam o ciclo de discriminação, criminalização e perseguição estatal, mas principalmente social a tais grupos.

## **AS REAIS DIFERENÇAS ENTRE O USUÁRIO E O TRAFICANTE**

Dentro da Lei 11.343 de 2006, responsável pela implementação da SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), é importante destacar dois artigos, que são os principais responsáveis pelo encarceramento em massa, pela criminalização do pobre e preto, mas principalmente pelo racismo estrutural. Sendo estes, o art. 28 e o art. 33 da supracitada lei:

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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às

condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

E, também.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV – vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: [\(Vide ADI nº 4.274\)](#)

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [\(Vide Resolução nº 5, de 2012\)](#)

Não somente a imputação e enquadramento dos referidos dispositivos, frisa-se, mas também em saber quem é o traficante e quem é o usuário. Para fins de comparação, revela-se prudente apresentar uma tabela para fins de comparação de “países de primeiro mundo” quanto aos critérios para enquadramento como usuário, oriunda de estudo da Associação Brasileira de Jurimetria. Tal estudo conta com mais de 1.200.000 casos, de 2003 a 2017 – todos os casos no Estado de São Paulo –, registrados em boletins de ocorrência, flagrante por tráfico ou registro na polícia militar por uso, onde restaram envolvidos 2.626.802 pessoas período no qual o estudo coletou os dados.

Ainda, neste estudo verificou-se que, nos casos levantados, 53,16% referem-se a maconha e 44,50% a cocaína, o que soma um total de praticamente 98% das ocorrências. Ficando ainda mais claro, assim, que o Brasil é um país usuário de drogas, e não um país responsável pelo comércio, o qual de acordo com estudo promovido pela Unifesp, o Brasil é o 2º maior usuário de cocaína do mundo, estando atrás somente do Estados Unidos da América.

Adentrando ao estudo realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria, mostra-se de grande valia trazer ao presente trabalho a seguinte tabela realizada pela referida associação, que exemplifica de maneira mais fácil os critérios adotados por Estados ao redor do mundo para definir quando se trata de porte de drogas para uso pessoal:

Ano	País	Critérios
1990	Alemanha	Varia por estado. Alguns estados definem com base na jurisprudência, outros fixam valores. Os valores variam entre 6 e 15 gramas para maconha e 1 e 3 gramas para cocaína.
2009	Argentina	Não há menção expressa. Um projeto de lei de 2012 sugere interpretação do juiz, mas a legalização se deu em uma decisão da suprema

		corte em 2009.
2008	Armênia	Interpretação do juiz.
1987	Austrália do Sul	100 gramas de maconha.
2004	Austrália Ocidental	30 gramas de maconha até 2011, 10 gramas de maconha a partir de então.
2003	Bélgica	3 gramas de maconha.
2007	Chile	Interpretação do juiz.
2011	Colômbia	20 gramas de maconha e 20 gramas de cocaína.
1982	Espanha	Dose de 5 dias. Na prática isso se traduziu em 200 gramas de maconha, 25 gramas de resina de maconha, 2.4 gramas de ecstasy, 3 gramas de heroína e 7.5 gramas de cocaína.
2002	Estônia	Decidida pela jurisprudência. Usualmente é o equivalente a dez doses de um usuário médio.
1996	Holanda	5 gramas de maconha.
1990	Itália	Quantidade média diária até 2006. De 2006 em diante: 500mg de THC, 250mg de heroína, 750mg de ecstasy e 750mg de cocaína.
2009	México	5g de maconha, 0.5 grama de cocaína, 50mg de heroína e um tablete de ecstasy.
1988	Paraguai	10 gramas de maconha e 2 gramas de cocaína.
2003	Peru	5 gramas de pasta de cocaína, 2 gramas de cocaína, 200mg de heroína e 8 gramas de THC.
2011	Polônia	Critério do agente público.
2001	Portugal	10 doses diárias
2010	República Checa	15 gramas de maconha, 1 grama de cocaína, 1.5 grama de heroína, 4 tabletes de ecstasy e 40 unidades de cogumelos alucinógenos
2004	Rússia	Entre 10 e 50 doses diárias. Na prática isso se traduziu em 20 gramas de maconha, 1 grama de heroína e 1.5 gramas de cocaína.
1993	Território da Capital da Austrália	25 gramas de maconha.
1996	Território do Norte da Austrália	50 gramas de maconha.
2008	Uruguai	Critério do agente público.

Ou seja, está claro que grande parte dos países ditos de “primeiro mundo” possui critérios já definidos seja em Lei, seja por força jurisprudencial para definir quem é traficante e quem é o usuário. Critérios estes que no Brasil, até o momento,

são definidos inicialmente pelo policial que realiza a abordagem, vindo a ser reforçado pelo delegado que atende a ocorrência e, ao final, pelo Promotor de Justiça que oferecerá, ou não, a denúncia do fato, e, por fim, pelo magistrado que procederá ao julgamento do caso.

Contudo, há de se perguntar, tais critérios são de fato baseados na quantidade? Ou somente em quem está portando tais substâncias ou onde foi feita a apreensão da pessoa no porte de tais drogas?

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário 633.659, ocorrido em 02 de agosto de 2023, durante a prolação de seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes trouxe dados importantes quanto aos “critérios” utilizados pelos magistrados brasileiros na análise de quem se enquadra como traficante e de quem se enquadra como usuário.

O Ministro pontua que, nem mesmo na capital do estado de São Paulo existe unicidade quanto aos critérios para definir quem é traficante e quem é usuário, quando adotado como base a quantidade de droga portada pelo agente no momento da apreensão.

Ao apontar-se dados quanto aos parâmetros adotados, o Ministro traz dados da maconha, cocaína e ainda de crack. Em São Paulo capital, para ser considerado como usuário, o agente pode estar portando até 33g de cocaína, 17g de crack e 51g de maconha, já no interior, 20g de cocaína, 9g de crack e 32g de maconha. E já dentro da própria capital, a depender da Delegacia na qual a ocorrência é tratada, há uma variação entre 20g a 50g, o que faz com que o destino do agente seja uma “roleta russa”, na qual o seu futuro depende de sua sorte e não do que realmente estava praticando.

Não é possível que, dentro de um mesmo estado federativo, e principalmente dentro de uma mesma cidade, haja um desvirtuamento tão grande, pois existe uma diferença de quase 50% entre quem é traficante e quem é usuário.

Por tais fatos, seria importante fixar uma quantia para que se considere, ao menos de maneira objetiva, se com tal quantidade aquela pessoa é uma traficante, ou uma mera usuária. Devendo ainda se fixar uma quantia que não traga aos autos a inversão do ônus da prova, onde o réu deva provar a sua inocência e não mais o Ministério Público provar que aquela pessoa é um traficante.

Porém, não seria correto somente adotar a quantidade como critério para tal diferenciação. Deve-se manter o entendimento do § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06 principalmente quanto às condições e circunstâncias sociais e pessoais do agente – todavia, quando analisadas as condições pessoais deste, somente serem adotadas como objeto, àquelas relativas ao ato praticado, devendo ser deixado de lado quem é o cidadão e sim, o que este praticou – sendo até mesmo a análise de antecedentes premeditada e por vezes, perigosa de ser adotada, tendo em vista que um agente que anteriormente delinuiu para o tráfico pode ser pego enquanto usuário vindo a ser penalizado novamente na condição de traficante, quando não se encontra nesta:

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

O que se busca é a não condenação de um usuário a uma sanção maior do que aquela ao qual o sujeito mereceria; para tanto, devem ser adotados critérios subjetivos e objetivos. Pelo simples fato de uma pessoa ser detida com 10g sozinha, em lugar ermo, não é a mesma finalidade do que uma pessoa ser pega com 10g tentando adentrar em um presídio. A finalidade daquela droga presa na segunda hipótese presume-se diferente, pois há de se presumir que se destina ao tráfico dentro do sistema prisional.

Adentrando em critérios sociais, o supracitado estudo traz que a mediana para ser considerado traficante mostra um claro preconceito estrutural do sistema, pois existe uma diferença de cerca de 52% entre um analfabeto e um portador de diploma de ensino superior, que tenham sido presos com a mesma substância, nas mesmas condições, lugar e conduta:

- O analfabeto é considerado traficante com 32.275g;
- O que possui segundo grau completo 40g;
- O que possui diploma de curso superior 49g;



Isso demonstra ainda mais a natureza racial existente na sociedade brasileira, o qual, para a Teoria Crítica, a confiança absoluta de que o ser humano tem poder para mudar o mundo e construir uma sociedade perfeita é a base do pensamento fascista, origem das conseqüentes atitudes que um dia levaram ao holocausto (BOUNDS, 2012, p. 50).

Como trazido por Luís Carlos Valois, no livro O Direto Penal da Guerra às Drogas, em uma notória crítica ao Estado:

[...] ao separar as drogas em lícitas e ilícitas, sem qualquer critério científico, consegue tanto manter o poder sem razão, quanto manter a população anestesiada com a droga que ele, poder, arbitrariamente designa como permitida. Assim, a força do totalitarismo burguês alcança até o momento de fuga do oprimido. (Valois, 2021, p.543)

De mais a mais, mostra-se claro que a alegada guerra às drogas é, em suma, uma guerra ao pobre, ao preto, ficando claro que se trata de uma guerra do rico em face da população periférica, onde a população burguesa, por meio de sua força política escolhe o que é droga, as incluindo na Portaria Nº 344, de 12 de maio de 1998 da ANVISA.

Ou seja, a suposta guerra às drogas mostra-se cada vez mais ilógica, imoral e sem fundamentos lógicos, onde o Estado, além de decidir quem é o traficante, também decide o que é e o que não é droga ao realizar a listagem na Portaria nº 344/1998.

## **LEI DE DROGAS E SELETIVIDADE PENAL**

A Lei de Drogas e Seletividade Penal é um tema que suscita discussões e debates em todo o globo e, por óbvio, no Brasil não seria diferente. A Lei de Drogas (11.343/06), a qual estabelece normas que no mundo da imaginação e somente neste, servem para a prevenção do uso indevido, tratamento e repressão ao tráfico ilícito de drogas.

Ocorre que a forma como essa lei é aplicada levanta questões graves sobre a seletividade penal, como já expresso e de conhecimento público, um fenômeno que envolve a aplicação desigual da lei, e quando de sua aplicação, da perpetuação do

racismo estrutural, com penas desiguais, direcionando-se de maneira desproporcional contra certos grupos sociais.

A seletividade penal é evidenciada na forma como a Lei de Drogas é frequentemente aplicada. A maioria dos detentos por infrações relacionadas a drogas são pequenos traficantes e na sua maior parte, ainda não passam de meros usuários, os quais somente restaram enquadrados como traficantes devido à falta de critérios mínimos dos Tribunais para tal diferenciação.

Sendo tais prejudicados, comumente grupos de baixa renda e pertencentes a minorias étnicas. Isso revela o viés social e racial na aplicação da lei de drogas, uma vez que criminosos de colarinho branco, por exemplo, raramente são alvos de punições tão rigorosas, quanto aquelas aplicadas a pobres, negros e periféricos.

A política de drogas no Brasil também demonstra seletividade penal e o fracasso desta, quando se observa a falta de investimentos na prevenção à prática do tráfico, que seria simples, onde se possibilitando dignidade mínima e empregos aos que por necessidade adentraram em tais grupos, mas principalmente no tratamento dos dependentes químicos em comparação com a ênfase na repressão.

Isso perpetua um ciclo vicioso, onde é realizada uma abordagem mais rigorosa contra determinados grupos, a qual tem efeitos limitados na redução do tráfico e do consumo de drogas. Todavia, contribui para a superlotação das penitenciárias.

Além disso, a seletividade penal é evidenciada na discrepância das penas aplicadas a diferentes tipos de drogas. Não se desconhece o art. 42 da Lei 11.343/06:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Todavia, ainda que a natureza da droga apreendida deva corretamente influir na fixação da pena, a posse de pequenas quantidades de maconha, por exemplo, frequentemente resulta em penas mais brandas do que a posse de cocaína ou crack, onde ocorre que presos com 90g de maconha possam ter penas no mínimo legal, enquanto presos com 10g de cocaína venham a ter penas agravadas pela natureza e quantidade da droga, mesmo que gere o *bis in idem* do art. 42, onde o

pobre raramente terá condições de recorrer de tal arbitrariedade a qual mesmo que vedada pelo STF, continua a ser aplicada por alguns Tribunais.

Tal entendimento, de que a quantidade de variedade de drogas para a valoração negativa de pena gera *bis in idem* foi fixado no julgamento do ARE n. 666.334/AM sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixando repercussão geral pelo Tema 712.

[...] 4) Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014). Tal compreensão também restou cristalizada pelo s. Superior Tribunal de Justiça. Assim, a cisão da expressão 'natureza e quantidade da droga', trazida no artigo 42 da Lei de Drogas, com o objetivo de exasperação da pena-base e estabelecimento de óbice ou diminuição da fração redutora prevista no artigo 33, §4º da referida lei encerra burla a premissa acima fixada, na medida em que permite dupla penalização quando da dosimetria da pena. (grifei)

A seletividade penal também é observada nas consequências após o cárcere. Uma vez que uma pessoa tem uma condenação por drogas, enfrentará grandes dificuldades para retornar ao mercado de trabalho, o que acaba por perpetuar o ciclo de criminalidade e marginalização, fazendo com que “o carrossel nunca pare de girar”.

Em suma, a Lei de Drogas e a seletividade penal estão interligadas, andando de “mãos dadas”. Visto que a aplicação desigual da lei gerará graves impactos sobre grupos vulneráveis. Abordar a seletividade penal na aplicação da lei de drogas é um desafio contínuo e árduo, mas é algo fundamental para garantir um sistema de justiça criminal minimamente igual, para quem sabe no futuro alcançar-se a equidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, entende-se que foram atendidos os objetivos do presente trabalho, posto que com base em estudos utilizados para a elaboração do presente, principalmente o da Associação Brasileira de Jurimetria, verificou-se que existe sim

um forte descompasso dentro das políticas públicas e judiciais na análise das punições e enquadramentos da Lei 11.343/2006 (SISNAD).

Onde restou plenamente demonstrado que o Direito Penal não é igualitário. Não é equitativo. E tal falta de igualdade e de equidade gera reflexos para a sociedade, sendo a falta de igualdade observada quando observado a prática da seletividade penal em face dos povos menos favorecidos e mais historicamente perseguidos da sociedade brasileira – o preto, pobre e periférico –.

Ainda, restou comprovado com base nos estudos e pesquisas apresentados, que existe uma seletividade penal nas prisões e no Brasil, onde a polícia e parte do Poder Judiciário acaba por escolher quem será o traficante por seus critérios sociais, como escolaridade, local de residência e até mesmo por critérios fenotípicos.

Esta seletividade traz resultados negativos tanto diretos, com o encarceramento em massa, com o racismo direto que tais populações sofrem quanto indiretos, onde devido à perseguição da qual são vítimas, estas pessoas não tem possibilidade de prosperar na vida, tendo por vezes de se filiar a facções criminosas como meio de sobrevivência após terem sido injustamente inseridas no sistema penitenciário.

Ainda, em estudo divulgado pela Câmara dos Deputados em 2018, demonstra que entre os presos no Brasil, 61,70% são pretos ou pardos, sendo que somente 53,63% da população brasileira enquadra-se como preta ou parda segundo o IBGE. Já os brancos são somente 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral.

Além do mais, a baixa escolaridade dos detentos atesta que estes em sua maioria são pobres, posto que 75% dos que ali estão possuem somente o Ensino Fundamental, de acordo com relatório do Depen de 2014.

De mais a mais, a existência de um racismo estrutural, em que pese seja claro para quem veja, estude e conheça o sistema, precisa ser sobejamente comprovado, e estudos como aqueles os citados da Unicamp e principalmente o da Associação Brasileira de Jurimetria são tristes, mas extremamente importantes, pois relatam ao cidadão médio a real situação do brasileiro preto, pobre e periférico que é alvo de constantes buscas, prisões e de preconceitos perpetrados pela polícia,

sendo tal preconceito reafirmado e por vezes mantidos, pelos órgãos do poder judiciário.

Com base nestes, é possível verificar-se que o Estado é falho. O Estado é falho quando dentro de um mesmo ente federativo, não tem capacidade de adotar critérios sobre quem é um traficante e quem é um usuário, visto que, como sobejamente comprovado, até mesmo o simples fato de o agente ter ou não ensino fundamental completo altera os parâmetros quanto ao traficante e quanto ao usuário.

Devendo assim, serem fixados parâmetros mínimos seja em Lei, seja por meio de Tema, Súmula, para saber-se quem é traficante, quem é usuário sem que se dependa de indivíduos, com seus preconceitos próprios para definir o futuro das pessoas. E entende-se, que o julgamento no Recurso Extraordinário n. 635.659 em julgamento do Supremo Tribunal Federal busca, e ao que tudo indica, alcançará. Ainda que os critérios pontuados sejam parcos, já é um avanço contra o racismo, contra o preconceito e contra o encarceramento em massa da população pobre, preta e periférica.

Nesta senda, entende-se que seria necessário serem fixadas quantidades para que ocorra tal distinção, as quais deverão ser adotadas por todo o Poder Judiciário brasileiro, seja lá de qual instância estiver tramitando o referido processo. Verifica-se que as quantidades apontadas pelo STJ (na faixa de 50g de Maconha) são baixas. Devendo ser aplicada como uma quantidade mínima e razoável, algo em torno de 100g de Maconha para a descriminalização, e no caso, para diferenciação entre o usuário e o traficante.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**: feminismos plurais. São Paulo: Pólen, 2019.

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

BOUNDS, Philip. **Just say no:** Herbert Marcuse and the Politics of Negationism, 2012, p.50.

CARMICHAEL, Stokely; TURE, Kwame; HAMILTON, Charles V. **Black Power:** politics of liberation in america. Nova York: Vintage Books, 1992.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de Drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – Salo de Carvalho – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

CONJUR. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos.** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>. Acesso em: 30 abr. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

GRECO, Rogério. Direito Penal Estruturado. São Paulo: Grupo GEN, 2023. Ebook. ISBN 9786559647651. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647651/>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal esquematizado. Rio de Janeiro: Método, 2008.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645602.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>.  
Acesso em: 08 jun. 2023.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. 2ª ed., México: Cardenas, 1990. PIERANGELI, José Henrique. "O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal". In Revista dos Tribunais. Vol. 680, junho de 1992. São Paulo

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Instituições de Direito Penal – vol.1. Tomo I, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03.

NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando; TRECENTI, Julio; JESUS FILHO, José de (org.). **Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico: um estudo jurimétrico**. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2018. Disponível em: <https://abj.org.br/pesquisas/drogas-stf/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. "Teoria da pena. Curitiba: ICPC Lumen Juris (2005).

SÃO PAULO. Ronaldo Laranjeira. Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). **II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD)**. 2012. Disponível em: <https://inpad.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Lenad-II-Relatório.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.