



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O usuário e o traficante de acordo com a Lei 11.343/2006

Roberto Jose de Goes Sobral Junior

Rio de Janeiro
2012

ROBERTO JOSE DE GOES SOBRAL JUNIOR

O usuário e o traficante de acordo com a Lei 11.343/2006

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE ACORDO COM A LEI 11.343/2006

Roberto Jose de Goes Sobral Junior

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

Resumo: O presente artigo busca comprovar como o Direito Penal brasileiro se mostra seletivo e como esse fato repercute na nova Lei de drogas em seu artigo 28, §2º, que traz um critério altamente subjetivo para a aferição do que seria “consumo pessoal”. Procurou-se demonstrar as finalidades do direito penal e o processo de criminalização, bem como o perfil do traficante e o perfil do usuário brasileiro.

Palavras-Chaves: Finalidades do direito penal. Seletividade. Criminalização da Pobreza. Usuário. Traficante. Lei 11.343/2006.

Sumário: Introdução. 1. A finalidade do direito penal. 2. A seletividade penal e a criminalização da pobreza. 3. Os usuários e os traficantes pela nova lei de drogas. Critério de aferição para a configuração do uso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei 11.343/2006 em seu artigo 28, §2º, ao tratar sobre o critério de aferição do que seria “consumo pessoal” de drogas, dispõe que: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

A idéia central deste trabalho é demonstrar como o direito penal é seletivo, criminalizando a pobreza e privilegiando os interesses das classes sociais dominantes.

Procurou-se demonstrar qual seria a finalidade declarada do Direito Penal para então se analisar a finalidade “não declarada”, e de onde vem tamanha desigualdade no direito penal brasileiro.

Por fim, analisou-se o perfil do usuário de drogas e o perfil do traficante no Brasil, e porque o usuário tem um tratamento brando enquanto o traficante um tratamento muito mais severo.

O cerne do presente trabalho, portanto, é a análise crítica sobre o Direito Penal brasileiro, mais precisamente sobre a Lei 11.343/2006, no qual se buscou demonstrar que o combate ao tráfico anseia muito mais uma forma de se controlar a pobreza, legitimando absurdos perpetrados contra comunidades carentes, do que a preservação de um bem maior que seria a segurança e a saúde pública.

Desta forma, o presente trabalho procurou apontar como é desigual o tratamento dado a quem integra o mercado das drogas.

1. A FINALIDADE DO DIREITO PENAL

Ao se iniciar o estudo do Direito Penal, a primeira conclusão a que se chega é que esse ramo do direito visa a proteger os bens jurídicos fundamentais.

Nas lições de Rogério Greco¹, “a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”. Mirabete e Fabbrini² por sua vez afirmam que “o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.)”.

¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 4.

² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 25. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3.

Isso significa que o direito penal pauta-se pelo princípio da fragmentariedade, ou seja, nem todas as lesões a bens jurídicos devem ser tuteladas pelo direito penal, mas somente aquelas tidas por mais graves e que realmente abalem a vida em sociedade, restando as demais lesões a tutela pelos outros ramos do direito.

Contudo, ao se colocar de lado tais conceitos, analisando os crimes tipificados na legislação penal e a quem de fato eles se aplicam, pode-se observar que estes são destinados, em sua esmagadora maioria, a um determinado grupo social.

O que se verifica é que por trás do discurso igualitário do direito penal, na realidade o que se pune são interesses sociais das classes dominantes. O direito penal não se destina a todos.

Zaffaroni e Pierangeli³ ao tratar do tema, afirmam que:

[...] Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. 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.

A partir dessas premissas, pode se afirmar que o sistema penal funciona de maneira desigual, selecionando aqueles grupos que sofrerão a incidência do poder punitivo do Estado.

2. A SELETIVIDADE PENAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 7. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

Conforme se observa da análise do inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição da Republica, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Extrai-se daí o princípio da legalidade, ou seja, só é considerado crime se o fato praticado pelo autor for previsto como tal em uma lei que esteja em vigor.

Se as leis existem para garantir a vida em sociedade, e se essas leis devem ser respeitadas por todos, como afirma a doutrina dominante, porque os presídios estariam lotados em sua esmagadora maioria por negros e miseráveis?

Juarez Cirino dos Santo⁴s defende que o direito penal possuiria objetivos declarados (ou manifestos), destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e objetivos reais (ou latentes), identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, que corresponderiam as dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas.

Desta forma, para o citado autor, o processo de criminalização se manifestaria em dois momentos distintos. Em um primeiro momento, haveria a criminalização primária realizada pelo Direito Penal, que se prestaria a definição legal de quais seriam os crimes e as penas. Em um segundo momento, então, existiria a criminalização secundária realizada pelo sistema de Justiça Criminal constituído pela polícia, justiça e prisão, o que garantiria a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas.

Assim, partindo-se dessas premissas, se a criminalização primária, se mostra neutra, tutelando a todos de forma igualitária, e a todos cabendo respeito a essas normas, a criminalização secundária é totalmente discriminatória, distinguindo os autores pela sua posição social.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.4.

Seja como for, até mesmo no processo de criminalização primária, é latente a diferença no tratamento dado a determinados crimes. Pune-se com muito mais rigor os crimes praticados com violência ou grave ameaça e em detrimento do patrimônio, ou seja, os crimes praticados pelos pobres. Enquanto isso, crimes contra a ordem tributária ou contra a ordem econômica, chegam a ser praticamente simbólicos.

Já no que tange ao processo de criminalização secundária, é aí que surgem as maiores desigualdades. Juarez Cirino dos Santos⁵ afirma que:

[...] Seja como for, é no processo de criminalização que a posição social dos sujeitos criminalizáveis revela sua função determinante do resultado de condenação/absolvição criminal: a variável decisiva da criminalização secundária é a posição social do autor, integrada por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos, preconceitos e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social – e não pela gravidade do crime ou pela extensão social do dano. A criminalidade sistêmica econômica e financeira de autores pertencentes aos grupos sociais hegemônicos não produz consequências penais: não gera processos de criminalização, ou os processos de criminalização não geram consequências penais; ao contrário, a criminalidade individual violenta ou fraudulenta de autores pertencentes aos segmentos sociais subalternos (especialmente dos contingentes marginalizados do mercado de trabalho) produz consequências penais: gera processos de criminalização, com consequências penais de rigor punitivo progressivo, na relação direta das variáveis de subocupação, desocupação e marginalização do mercado de trabalho.

O sistema repressivo diferencia bem os diversos tipos de crime. Ainda que determinados crimes sejam tipificados na legislação penal, não é do interesse da classe dominante que eles sejam investigados.

O professor Marcelo Araújo da Cunha⁶, ao analisar a diferença de tratamento dado aos diversos segmentos sociais, afirma que:

[...] enquanto os “crimes dos pobres” são completamente investigados (mesmo com deficiência de pessoal e meios), os dos ricos são, digamos, propositalmente

⁵ Ibidem, p. 13.

⁶ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Hora de repensar o Sistema Penal*. Jornal Estado de Minas – Caderno Direito & Justiça, Belo Horizonte, 24 set. 2007. Disponível em: <<http://www.marcelocunhadearaujo.blogspot.com>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

protegidos pelo “direito fundamental de intimidade”, ou coisa que o valha, principalmente no que se refere a dados bancários, fiscais ou telefônicos. Não há, na prática, qualquer controle prévio ou posterior e a administração pública é hoje uma verdadeira “terra de ninguém.

É fácil tornar rigoroso o Direito Penal quando se cria uma imaginária linha divisória da qual existe o lado certo e o lado errado, supondo que a criminalidade só é praticada pela figura do típico bandido, mas não pelas classes dominantes.

Todo o sistema é voltado para a criminalização das classes menos favorecidas.

Por exemplo, ao observar o Código Penal, podemos ver que o delito de furto pode ter a pena muito maior do que o homicídio culposo.

Ou seja, a propriedade é juridicamente mais importante do que a vida.

Na realidade, o homicídio culposo pode ser praticado por qualquer pessoa, em qualquer meio ou camada social, diferentemente do que ocorre com o delito de furto, no qual a esmagadora maioria que pratica o delito é pobre.

E assim se dá a seletividade do sistema penal, que acaba separando os tipos de criminalidade e o seu tratamento, fazendo com que muitos crimes não sejam investigados ou processados e, ainda, que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização enquanto outras, mais frágeis, se tornem o seu alvo.

O sociólogo Luiz Eduardo Soares⁷ aborda bem a questão da desigualdade de tratamento dado às diversas classes sociais, e afirma que:

No Brasil, a desigualdade na relação com as instituições da Segurança Pública e da Justiça criminal é tamanha e tão despuorada que se chegou ao cúmulo de aceitar a existência (durante décadas e até hoje) de uma lei que garante cela especial a quem fez faculdade, caso seja preso. Já pensou? Reflita sobre o significado desse privilégio: o que essa lei absurda sugere é que há cidadãos de duas categorias diferentes, que merecem receber tratamentos distintos por parte do Estado, mesmo que cometam o mesmo crime. Na verdade, o instituto da prisão especial confirma a suspeita de que o dinheiro faz a diferença perante a lei. É como se houvesse, no Brasil, dois tipos de ser humano diferentes. A distingui-los, o acesso ao ensino

⁷ SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 54.

superior. No fundo, o que os distingue é mesmo a riqueza, o patrimônio, o dinheiro ou a classe social. A faculdade, nesse caso, só um disfarce. Uma espécie de máscara para a classe social. Quando a lei foi aprovada, só chegava à universidade quem tivesse dinheiro – com raras exceções. Felizmente, esse filtro econômico tem mudado, na medida em que as desigualdades começam a se reduzir, ainda que devagar e timidamente.

Desta forma, fica claro que a etiqueta de criminoso e conseqüentemente a persecução penal não recairá sobre qualquer pessoa que venha a infringir uma norma penal, pelo contrário, a seletividade do sistema faz com que só recaia sobre aqueles indivíduos que são visados já quando da criação das normas.

Essa é a realidade brasileira, no país quase toda a população carcerária é pobre. De acordo com o último relatório divulgado pelo Ministério da Justiça⁸, a população carcerária em junho de 2012, era de aproximadamente 550 mil presos. Destes, aproximadamente 256 mil cumprem pena por crimes contra o patrimônio, em sua grande maioria furto e roubo; e aproximadamente 134 mil cumprem pena por tráfico de entorpecentes.

A partir dessa realidade, fica mais fácil entender quem é o traficante e quem é o usuário de drogas no Brasil.

3. OS USUÁRIOS E OS TRAFICANTES PELA NOVA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006). CRITÉRIO DE AFERIÇÃO PARA A CONFIGURAÇÃO DO USO

A Lei n. 11.343/2006 trouxe algumas mudanças significativas em relação à Lei n. 6.368/1976, que tratava do uso e do tráfico de drogas.

Na Lei n. 6.368/1976, a conduta do porte para consumo pessoal era considerada crime. No entanto, o dependente poderia ter um tratamento diferente, ficando isento de pena,

⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório Estatístico do Sistema Prisional no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

caso fosse reconhecida sua inimputabilidade. Portanto, a lei fazia nítida distinção entre o traficante, o usuário e o dependente.

Com a entrada em vigor da nova lei de drogas, a grande questão que começou a ser discutida foi se o uso de drogas continuava ou não a ser considerado crime.

De acordo com o artigo 28 da Lei n. 11.343 de 23 ago. 2006⁹, *in verbis*:

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.

Luiz Flávio Gomes¹⁰, ao escrever sobre a nova legislação de drogas, afirmou que "o legislador aboliu o caráter 'criminoso' da posse de drogas para consumo pessoal". De acordo com o doutrinador, as sanções trazidas para o usuário de drogas não se enquadrariam no conceito de crime trazido no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, que assim dispõe:

⁹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/111343.htm> Acesso em: 5 dez. 2012.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006, p. 109/110.

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

Contudo, esse não foi o entendimento a que chegou a maioria da doutrina, que se posicionou pelo reconhecimento de que o uso de drogas continua sendo considerado crime.

Sintetizando a controvérsia, sustenta Ricardo Antonio Andreucci¹¹, que:

Para mínima parcela da doutrina pátria, a nova redação descriminaliza o porte de droga para uso próprio, uma vez que não prevê mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, trazendo apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito.

Não houve, entretanto, a descriminalização da posse de droga para consumo próprio, mas apenas diminuição da carga punitiva, pois a nova lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe, dentre outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisa que não acontecia na legislação anterior, em que, ante a permissividade da Lei n. 9.099/95, poderia ele transacionar com o Ministério Público, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos.

Como se pode ver, a doutrina vem entendendo que ocorreu apenas o desencarceramento do usuário de drogas, ficando esse sujeito apenas as penas de advertência e restritivas de direito.

Para complementar, ensina Guilherme de Souza Nucci¹², que:

[...] existem as infrações de menor potencial ofensivo e muitas outras, igualmente insípidas, não gerando grande insatisfação social quando constatada a sua existência (ex.: vide o furto simples). Para estas infrações penais, desenvolveu-se um sistema de penas mais brandas, acompanhando tendência mundial, que possa significar punição, pois há o cerceamento de direitos, mas sem o ingresso no cárcere, fator de impulso ainda maior a criminalidade, muitas vezes. As penas restritivas de direitos e a multa inserem-se nesse cenário. O que houve, no caso do art. 28, foi fruto desse pensamento. Retirar o usuário de drogas do contexto da prisão pode contribuir para a sua melhor ressocialização. A ousadia legislativa arriscada [], foi a eliminação completa da possibilidade de se aplicar a pena privativa de liberdade[...].

¹¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 299.

Para a maioria da doutrina e a jurisprudência, o bem jurídico tutelado pelas normas de combate às drogas, inclusive no porte para consumo próprio, é a saúde pública, sob o argumento de que a deterioração por ela causada não se limita a saúde do usuário, pondo em risco, na verdade, a sociedade como um todo.

Alguns autores, contudo, entendem que na conduta de posse para uso de drogas não há expansibilidade do perigo, logo, não há como nela se identificar tipicidade material, na medida em que não importará em ofensa à saúde pública. Segundo essa corrente, a expansibilidade do perigo e a destinação individual seriam condutas antagônicas, uma vez que a destinação pessoal não se compatibilizaria com o perigo aos interesses jurídicos alheios. Sendo assim, enquanto houver destinação pessoal para a posse da droga e enquanto seu consumo se fizer de modo que não ultrapasse o âmbito individual, não haveria afetação da saúde pública.

Superada essa questão, e concluindo que o uso de drogas continua a ser crime apesar de não mais existir a pena de prisão, passaremos a analisar a figura do traficante.

Comparando o *caput* do revogado artigo 12 da Lei 6.368/1976 com o do artigo 33 da Lei 11343/2006, podemos ver que a situação do traficante, ao contrário da do usuário, foi agravada.

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

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.

Ou seja, a pena inicial do traficante que começava em 3 (três) anos, agora passa para 5 (cinco) anos.

Deve ser frisado ainda que, atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 7663/2010, que busca alterar dispositivos da Lei de Drogas, prevendo, entre essas modificações o aumento da pena para o traficante de drogas.

Mas como diferenciar o usuário do traficante de drogas? Qual seria o critério a ser adotado pela autoridade ou pelo magistrado na hora de capitular o crime cometido?

De acordo com o §2º, do artigo 28, da Lei n. 11.343/2006:

§ 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.

Como se pode ver, o citado artigo traz elementos subjetivos que vão orientar o julgador no momento da capitulação do delito.

Fernando Capez ao tratar do critério para aferição da finalidade de uso próprio afirma que:

A quantidade da droga é um fator importante, mas não exclusivo para a comprovação da finalidade de uso, devendo ser levadas em consideração todas as circunstâncias previstas no art. 28, §2º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, “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”. Houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Caberá ao juiz, dentro desse quadro, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade da droga, mas inúmeros outros fatores. Convém notar que, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a pequena quantidade de droga apreendida não descaracteriza o delito de tráfico de entorpecentes, se existentes outros elementos capazes de orientar a convicção do Julgador, no sentido da ocorrência do referido delito (5ª T., HC 17.384/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ, 3-6-2002).

Como se verifica, em que pese o citado §2º do artigo 28 determinar que cabe ao juiz diferenciar o usuário do traficante de drogas, o problema já começa muito antes.

Na prática, quem efetua a prisão são os policiais militares, e na maioria das vezes apenas a população pobre é levada a delegacia. Após o encaminhamento à delegacia, cabe ao delegado conduzir o inquérito ou lavrar o termo circunstanciado, se entender que é caso de consumo.

Sendo assim, pode-se verificar que a abordagem do sujeito que é encontrado com a droga e o tratamento que lhe é dado na delegacia de polícia não é o mesmo entre ricos e pobres, esse é o problema da criminalização secundária tratado no tópico anterior.

Como se sabe, o problema das drogas sempre existiu na sociedade, contudo, o tratamento dado a ele foi variando com o passar do tempo. A história nos mostra que as drogas chegaram a ser utilizadas com fins medicinais, religiosos, afrodisíacos, entre outros.

A maioria das drogas chegou a ser comercializada livremente, inclusive com a cobrança de impostos. Entretanto, o surgimento de novos interesses econômicos acabou fazendo com que o uso de determinadas drogas fosse criminalizado.

Ao contrário do que muitos pensam, a criminalização das drogas no mundo não se deu em virtude dos possíveis efeitos prejudiciais que essas poderiam causar a saúde de seus usuários, mas sim de interesses econômicos.

Vera Malaguti Batista¹³, afirma a existência de um “mito da droga”, disseminado pela mídia e acolhido pelo imaginário social, a partir de uma estratégia dos países capitalistas centrais, que são os responsáveis pela volumosa demanda por drogas no mercado internacional. A autora ensina ainda que:

Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram em conflitos sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão-de-obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No sul dos Estados

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. São Paulo: Revan, 2003, p. 81.

Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação. O medo do negro drogado coincidiu com o auge dos linchamentos e da segregação social legalizada. Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estados Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.

Ou seja, criam-se estereótipos e se associam as drogas a determinados grupos étnicos e classes sociais mais pobres.

Com o passar do tempo passou-se a atribuir ao usuário o papel do dependente, distanciando esses indivíduos do traficante.

A abordagem das duas figuras começou a ser feita de forma totalmente diferente, surgiu a figura do consumidor-doente e a figura do traficante-delinquente, uns merecendo tratamento e os outros merecendo o encarceramento. O traficante passa agora a ser visto com um inimigo, um mal social, que deve ser combatido.

E essa guerra ao tráfico perdura até os dias atuais, com a ideia de que o traficante é a razão dos problemas, e que deve ser combatido a todo o custo.

Salo de Carvalho¹⁴ ao analisar a Lei de Drogas afirma que:

Todavia, para além da implementação dos estereótipos tradicionais, os discursos presentes na Lei de Entorpecentes fomentam a construção político-criminal da categoria inimigo – não-sujeito (de direitos) identificado com as pessoas envolvidas com o tráfico. Deflagra-se, no senso comum dos juristas e do homem de rua (every day theories), a ideia de políticas públicas de segurança pautadas pela lógica beligerante da eliminação dos incômodos. A ação conjunta dos mecanismos de salvaguarda pública (agências de punitividade) adquire, neste contexto, legitimidade repressiva cujos limites são dificilmente verificáveis e facilmente ultrapassados. Assim, a demonização dos envolvidos com drogas ocasionada pelo discurso maniqueísta fundamenta modelo político-criminal autônomo, atualmente densificado pela teoria do direito penal do inimigo, que passa a ser o tipo ideal da repressão criminal.

Um dos pontos de maior relevância na Lei 11.343/2006 foi retirar a pena de prisão para o usuário e aumentar a pena de prisão para o traficante.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 284.

Isto poderia parecer até mesmo um grande avanço, pois muitas pessoas agora seriam tratadas ao invés de serem encaminhadas ao cárcere.

Mas em uma atenta análise do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se pode ver que poucas pessoas serão consideradas “usuárias de drogas”.

O uso de termos como “natureza e à quantidade da substância apreendida”, “local”, “condições em que se desenvolveu a ação”, “circunstâncias sociais e pessoais”, “conduta” e “antecedentes do agente”, dotados de alta subjetividade, é que vão definir quem irá ou não para o encarceramento.

O cotidiano mostra a grande diferença com que são tratados os ricos dos pobres. Se um garoto rico (circunstâncias sociais e pessoais) é pego por um policial na praia do Leblon (local) com um cigarro de maconha (natureza e quantidade), esse adolescente dificilmente chegará a ir para uma delegacia de polícia. Agora se esse garoto for pobre (circunstâncias sociais e pessoais), e estiver com a mesma quantidade de droga (natureza e quantidade), nas mediações de uma favela (local), possivelmente será levado a uma delegacia, e possivelmente será enquadrado como traficante.

Contudo, se o mesmo adolescente rico é pego com 1kg de maconha na mochila no caminho de casa, no bairro do Leblon, poderá até ser levado a delegacia, e possivelmente será liberado mediante assinatura de termo circunstanciado, por se tratar de usuário. Agora, se esta mesma quantidade estiver com o garoto pobre, esse adolescente certamente será preso por tráfico de drogas.

Ou seja, a quantidade não define o crime de tráfico de drogas, servindo como uma porta de fuga para as classes dominantes quando forem pegas nessa situação. Contudo, o pobre, o favelado, inegavelmente será acusado, condenado e encarcerado.

Até a fiscalização é diferenciada. A periferia e o entorno das favelas são muito mais fiscalizados do que regiões nobres, o que provoca enorme distorção nas abordagens e apreensões, por exemplo.

Ao se imaginar a figura do traficante de drogas, a maioria tem em mente exatamente esse perfil. Um jovem, pobre, morador de favela, negro, semi-analfabeto, de chinelos, boné, ouvindo e cantarolando funk, ou seja, o típico favelado brasileiro.

Junto com todas essas características, também se imagina esse sujeito armado, altamente violento e que controla uma facção criminosa. Esse sujeito não só vende drogas, ele trafica armas, ele pratica roubos, ele sequestra, ele pratica inúmeros tipos de crime. É um sujeito altamente perigoso. É essa a imagem do traficante vendida para a sociedade.

Mas deve se ter em mente, que o acesso às drogas é, em tese, relativamente complicado, por se tratar de uma substância ilícita.

Logo, em que lugar esses jovens ricos conseguem a droga, já que uma boa parte das classes dominantes faz uso de drogas?

Difícilmente, cada usuário vai buscar sua droga em uma “boca de fumo” no alto de um morro. É muito comum se deparar com situações em que um indivíduo vai até um fornecedor buscar e, posteriormente, reparte com os seus amigos e, em uma segunda vez, outro amigo vai no seu lugar, e por aí vai.

Ora, não se trata mais do usuário de drogas. Se esse menino rico pega para um amigo, porque não é preso como traficante? Mais uma vez entra aí a criminalização secundária. Esse fato dificilmente chegará na mão de um juiz. Para a sociedade, não é uma conduta preocupante essa realizada pelo jovem rico. A mídia não quer combater essa conduta. Os jornais não estão preocupados com isso. A população também não está. Logo, a polícia não demonstra grandes interesses.

É inegável dizer que o Brasil vive em uma sociedade com dois pólos sociais, que recebem tratamentos distintos.

Com o apoio da mídia, dos governantes e da população que vive em constante medo, mantêm-se a “guerra ao combate de drogas”. Envia-se um elevado efetivo militar às comunidades carentes, cometem-se inúmeros abusos, suprimem-se direitos e garantias, praticam-se chacinas. Mas tudo em nome da guerra ao tráfico.

Deve ser frisado ainda que, o fato de o Estado deslocar grande efetivo policial para as favelas, não resolverá o problema das drogas, sendo certo que na maioria dos casos apenas o pequeno traficante é detido. O que acaba gerando, na verdade, é uma grande massa de jovens com passagens pela polícia e registros criminais, recebendo desde cedo o rótulo de bandido por parte da sociedade.

Na prática, logo após serem detidos ou mortos pela polícia, os pequenos traficantes são prontamente substituídos, o que demonstra mais uma vez a ineficiência do modelo de combate às drogas.

Controla-se assim a pobreza, pois é muito mais fácil controlar do que dar oportunidades. O que se busca não é resolver os problemas e sim se livrar das obrigações com paliativos.

Aury Lopes Jr.¹⁵, afirma que:

Difícil é reconhecer o fracasso da política econômica, a ausência de programas sociais efetivos e o descaso com a educação. Ao que tudo indica, o futuro será pior, pois os meninos de rua que proliferam em qualquer cidade brasileira ingressam em massa nas faculdades do crime, chamadas de FEBEM. A pós-graduação é quase automática, basta completar 18 anos e escolher algum dos superlotados presídios brasileiros, verdadeiros mestrandos profissionalizantes do crime.

A situação atualmente se vê agravada pela manipulação discursiva em torno da sociologia do risco, revitalizando a (falsa) crença de que o Direito Penal pode restabelecer a (ilusão de) segurança.

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O que a realidade mostra é que na prática uma pequena parcela das pessoas presas por tráfico realmente representam a figura do traficante perigoso. Em sua grande maioria pretende-se o pobre e com uma pequena quantidade de drogas.

Por fim, mais uma vez me valho das palavras de Vera Malaguti Batista¹⁶, que brilhantemente afirma que:

O mito da droga” se estabelece nesse período de transição da ditadura, a partir dos anos setenta. Há uma determinação estrutural regulada por leis de oferta e de demanda concomitantemente a uma carga ideológica e emocional disseminada pela mídia e acolhida pelo imaginário social a partir de uma estratégia dos países capitalistas centrais.

A disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão-de-obra jovem para a sua venda ilegal e constituiu núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro. Aos jovens de classe média que a consumiam aplicou-se sempre o estereótipo médico, e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.

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”, a “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de status “que não se coaduna com a vida de salário mínimo.

Sendo assim, essa visão seletiva acaba mostrando que a luta contra as drogas visa primordialmente controlar a pobreza.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, conclui-se que o Direito Penal brasileiro é seletivo quando separa a figura do traficante de drogas da figura do usuário. Dando tratamento totalmente

¹⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. São Paulo: Revan, 2003, p. 134-135.

distinto a essas duas figuras, deixando a cargo do juiz diferenciar quem se enquadrará em cada categoria.

Inicialmente, realizou-se um breve estudo sobre as finalidades declaradas e não declaradas do direito penal, chegando-se à conclusão que o sistema penal atua de forma seletiva, privilegiando determinados grupos sociais.

Verificou-se também que a criminalização das drogas, ao contrário do que muitos pensam, ocorreu não em nome da preservação da saúde, mas sim como forma de se controlar interesses econômicos.

Por fim, demonstrou-se que o processo de criminalização de drogas e de “guerra ao tráfico” anseia muito mais uma forma de se controlar a pobreza, mantendo os miseráveis em seus devidos lugares.

O combate ao tráfico acaba por legitimar absurdos perpetrados contra comunidades carentes em nome da preservação de um bem maior que seria a segurança e a saúde pública. Como se o comércio de drogas fosse o causador de todos os problemas.

Desta forma, o presente trabalho procurou apontar como é desigual o tratamento dado a quem participa do mercado das drogas. E como as autoridades vêm se utilizando de um discurso repressivo para poder violar direitos humanos, praticar um verdadeiro genocídio nas comunidades carentes e encarcerar cada vez mais a pobreza.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Hora de repensar o Sistema Penal*. *Jornal Estado de Minas – Caderno Direito & Justiça*, Belo Horizonte, 24 set. 2007. Disponível em: <<http://www.marcelocunhadearaujo.blogspot.com>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. São Paulo: Revan, 2003, p. 134-135.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 5 dez. 2012.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório Estatístico do Sistema Prisional no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 4.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 25. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 4.

SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 54.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 7. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.