



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE DIREITO**

JOSÉ BALBINO DE MELO NETO

**TODO CAMBURÃO TEM UM POUCO DE NAVIO NEGREIRO: LEI DE DROGAS
E SELETIVIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CAMPINA GRANDE
2020**

JOSÉ BALBINO DE MELO NETO

**TODO CAMBURÃO TEM UM POUCO DE NAVIO NEGREIRO: LEI DE DROGAS
E SELETIVIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia)
apresentado ao Departamento do Curso de
Direito da Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Alice Ramos Tejo Salgado

**CAMPINA GRANDE
2020**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M528t Melo Neto, Jose Balbino de.
Todo camburão tem um pouco de navio negreiro
[manuscrito] : Lei de Drogas e seletividade penal no
ordenamento jurídico brasileiro / Jose Balbino de Melo Neto. -
2020.
70 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas , 2020.
"Orientação : Prof. Dr. Ana Alice Ramos Tejo Salgado ,
Departamento de Direito Público - CCJ."
1. Labeling approach. 2. Direito penal. 3. Ordenamento
jurídico brasileiro. I. Título
21. ed. CDD 345

JOSÉ BALBINO DE MELO NETO

TODO CAMBURÃO TEM UM POUCO DE NAVIO NEGREIRO: LEI DE DROGAS
E SELETIVIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado ao
Departamento do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito
Penal.

Aprovado em: 27/11/2020.

BANCA EXAMINADORA

Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Prof. Dr^a. Ana Alice Ramos Tejo Salgado (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

[Assinatura]

Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Rosimeire Ventura Leite

ProP. DI^A. Rosimeire Ventura Leite
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus pais. Sem o esforço, a paciência e o apoio de vocês eu nada seria. O caminho não foi e nunca será fácil, mas a confiança e o estímulo que tanto sinto emanar de vossas companhias me determina e me inspira na constante busca de minha evolução pessoal, que certamente me auxiliará nos mais diversos âmbitos de minha vida.

Em piso de igualdade, agradeço aos meus irmãos. Das (in)delicadas técnicas de ensino de Gustavo e do infindável estímulo de Jéssica, atribuo toda a importância que, ao longo de meu crescimento, pude atribuir aos estudos. Quisera eu ter metade da competência que vocês dois possuem.

Agradeço, também, ao companheirismo de Diego Nóbrega. Estamos juntos nessa jornada desde o primeiro período e a conclusão dessa fase não seria a mesma sem a sua presença. Esse trabalho é, sem dúvidas, reflexo de todo o encorajamento que você tão genuinamente me direciona. A trilha mal está começando, mas estou ansioso, desde já, para ver os voos que ainda alçaremos. Sempre torcerei por você.

Agradeço, ainda, a todos os amigos que, independentemente da distância, sempre estiveram comigo. Lays, Beathriz, Isabella, Eduarda, Leonardo, Matheus, Rúbia e dentre tantos outros que me ensinam, diariamente, o valor de uma verdadeira amizade. Inspiro-me em suas pessoas e igualmente torço pelo sucesso de cada uma.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à prof^ª. Ana Alice pelo tempo e pela orientação que a mim foram destinados ao longo desse último período. Vejo na senhora um exemplo de profissional a ser seguido.

É PRECISO AGIR

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro
Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário
Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável
Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei
Agora estão me levando
Mas já é tarde
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

(Bertold Brecht, 1898-1956)

RESUMO

O estudo aqui proposto perpassa a problemática que reside na distinção entre usuário e traficante estabelecida pela Lei nº. 11.343 de 2006 (Lei de Drogas) que, embora tenha surgido, dentre outras razões, com a intenção de diferenciar de modo definitivo as condutas típicas de usuário e de traficante, na intenção de assegurar um tratamento particular aos indivíduos enquadrados em tais perfis, apenas trouxe à baila elementos subjetivos e insuficientes para tanto. Nesta senda, o trabalho que aqui se concretiza é norteado pelo objetivo central de analisar a referida lei à luz da teoria do *labeling approach*, responsável por trazer à baila questionamentos que permitiram identificar, nos processos de criminalização, uma seletividade penal que, no Brasil, volta-se à população negra, visto que as políticas adotadas no Brasil pós abolição da escravatura seguem produzindo reflexos nos dias atuais. Seguiu-se, para tanto, o método indutivo, tendo como meio o referencial bibliográfico, sobretudo os escritos de Eduardo Viana, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta e Salo de Carvalho, possuindo o fim de uma investigação explicativa. Demais disso, cumpre ressaltar que a pesquisa aqui desenvolvida mostra-se relevante, a um, no âmbito científico, por aliar teorias clássicas e modernas da Criminologia e do Direito Penal, e a dois, no âmbito social, por buscar popularizar essa discussão que, embora jurídica, revela-se como sendo de interesse de toda a sociedade. Destaca-se, por fim, que a temática deste trabalho fora escolhida pela gritante necessidade de propagar, no meio acadêmico, materiais que analisem a legislação brasileira sob um olhar crítico, atentando-se para sua aplicação na prática e buscando reconhecer eventuais atuações que possam implicar insegurança jurídica, violações à legalidade e desrespeitos aos princípios constitucionais, bem como pela necessidade de propagar materiais que discutam o fracasso das políticas voltadas ao combate às drogas, analisando alternativas ante o sistema vigente.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Seletividade. *Labeling approach*.

ABSTRACT

The study here proposed runs through the problem that lies in the distinction between user and dealer established by the Law no. 11.343 of 2006 (Drug Law) that, although it has arisen, among other reasons, on the intention of definitively differentiating the typical behaviors of users and drug dealers, with the intention of ensuring a particular treatment to individuals framed in such profiles, it only brought up subjective and insufficient elements for that. In this way, the study that is carried out here is guided by the central objective of analyzing the referred law in the light of the theory of the labeling approach, responsible for bringing up questions that allowed to identify, in the criminalization processes, one selectivity that, in Brazil, turns to the black population, since the policies adopted in Brazil after the abolition of slavery continue to produce reflexes today. Therefore, the inductive method was followed, using the bibliographic reference as a means, especially the writings of Eduardo Viana, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta and Salo de Carvalho, having the guide of an explanatory investigation. Furthermore, it should be emphasized that the research developed here is relevant, at first, in the scientific field, for combining classic and modern theories of Criminology and Criminal Law, and at second, in the social field, for seeking to popularize this discussion that, although belongs to the legal field, is in the interest of the whole society. Finally, it is noteworthy that the theme of this work was chosen due to the overwhelming need to propagate, in the academic environment, materials that analyze Brazilian legislation under a critical eye, paying attention to its application in practice and seeking to recognize any actions that may imply legal insecurity, violations of legality and disrespect for constitutional principles, as well as the need to propagate materials that discuss the failure of policies aimed at combating drugs, analyzing alternatives before the current system.

Keywords: Drug Law. Selectivity. Labeling approach.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	FUNÇÕES DECLARADAS E OCULTAS DO DIREITO PENAL – A UTÓPICA APLICAÇÃO ISONÔMICA DOS PRECEITOS PENAIIS.....	10
3	ESCOLAS PENAIIS – O SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA	15
3.1	Escola Clássica	16
3.2	Escola Positiva.....	19
4	A SOCIEDADE COMO FATOR CRIMINÓGENO – VERTENTES SOCIOLÓGICAS DA CRIMINOLOGIA.....	23
4.1	Teoria do <i>labeling approach</i>.....	24
5	TEORIA DO <i>LABELING APPROACH</i> E O COMBATE ÀS DROGAS.....	30
5.1	Criminalização primária das drogas.....	31
5.1.1	Da gênese estadunidense	32
5.1.2	Da importação do modelo ianque: o proibicionismo brasileiro.....	38
5.2	Criminalização secundária das drogas.....	46
5.2.1	A figura do usuário na Lei de Drogas	47
5.2.2	A figura do traficante na Lei de Drogas	50
5.2.3	A frágil distinção entre usuário e traficante: o solo fértil para a perpetuação da hierarquia racial no processo de criminalização secundária.....	53
6	ALTERNATIVAS ANTE O SISTEMA VIGENTE – A QUANTIFICAÇÃO E O DOLO ESPECÍFICO COMO POSSÍVEIS SOLUÇÕES	60
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

A utilização de substâncias com efeitos psicotrópicos não é característica dos tempos modernos, existindo registros ao longo de toda a história da humanidade que permitem identificar o seu uso como sendo algo trivial no âmbito de diversas sociedades.

Seja para o fim de curar doenças (medicinal), de afastar espíritos maus (religioso) ou até mesmo de criar uma sensação de maior força para batalhas (militar), variadas plantas psicotrópicas, por exemplo, fizeram-se presentes em culturas de inúmeras civilizações antigas, tendo sido seu uso naturalizado ao longo de milhares de anos.

Todavia, em notória oposição ao cenário liberal que até então vigorava, surgiu, nos Estados Unidos do início do século XX, um forte movimento proibicionista no que tange às drogas, tendo sido seu uso, sob a premissa de proteção à saúde, criminalizado.

Essa política proibicionista que, em verdade, fora formulada com o objetivo de legitimar o controle e a perseguição de determinados grupos sociais, facilmente exportou-se e consolidou-se nas demais potências globais, incluindo, nesse rol, o Brasil.

De tal maneira, no transcorrer do século passado a legislação pátria aprovou e revogou inúmeros dispositivos legais na tentativa de resolver o infortúnio do combate às drogas. Neste contexto, a última atualização legislativa referente ao assunto emergiu com o advento da Lei nº. 11.343/2006, anunciando, falsamente, o início de uma nova era de estabilidade jurídica e social.

Diz-se “falsamente” pois, alimentada por vácuos de legalidade e critérios amplamente subjetivos de diferenciação entre as figuras do usuário e do traficante, a referida legislação desponta como uma das engrenagens que favorecem a manutenção da hierarquia racial no Brasil, perpetuando as raízes da segregação e da perseguição que se consolidaram em terras tupiniquins no contexto social pós abolição da escravidão.

Nesse diapasão, visa-se desenvolver uma análise acerca da real eficácia da Lei de Drogas, sendo o presente trabalho norteado pelo objetivo central de compreender a referida lei à luz da teoria do *labeling approach*, responsável por trazer à baila questionamentos que permitem identificar, nos processos de criminalização, uma seletividade penal que, no Brasil, atinge maiormente a população negra.

Para atingir tal objetivo, o trabalho divide-se em dois eixos: o primeiro deles busca trazer o arcabouço teórico necessário ao estudo do tema, tratando, de tal forma, a respeito do conceito e das funções declaradas e veladas do Direito Penal, da origem da Criminologia, das Escolas Clássica e Positiva, das teorias sociológicas e, por fim, da teoria que serve de motor para a

discussão aqui proposta: *labeling approach*; o segundo eixo, por sua vez, foca na criminalização das drogas à luz da referida teoria, notadamente no que tange aos processos de criminalização primária e secundária, momentos nos quais a seletividade emerge.

A pesquisa seguiu, para tanto, o método indutivo, cuja aproximação dos fenômenos caminha para planos mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às leis e teorias. Ademais, adotou-se, quanto aos meios, a pesquisa bibliográfica e, quanto aos fins, a investigação explicativa.

O desenvolvimento metodológico foi guiado pela leitura e debate de textos teóricos sobre Direito Penal e Criminologia – destacando-se as obras de Eduardo Viana, Salo de Carvalho, Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta – buscando, nesse intuito, a obtenção de informações detalhadas acerca da distinção entre o que se considera usuário e traficante na perspectiva da Lei nº. 11.343/06, enfatizando, por via de consequência, a questão da seletividade penal e da manutenção da hierarquia racial.

Destaca-se, noutro giro, que a temática do trabalho fora escolhida pela gritante necessidade de se propagar, no meio acadêmico e em sede de Legislação Penal, materiais que discutam acerca do fracasso das políticas voltadas ao combate às drogas, analisando alternativas ante o sistema vigente.

De tal forma, sendo indiscutível que a ineficácia instituída pela Lei de Drogas está fomentando o crescimento exacerbado dos processos criminais referentes ao tráfico e aumentando sobremaneira a população carcerária brasileira, urge a necessidade de analisá-la sob um olhar crítico, atentando-se para sua aplicação na prática e buscando reconhecer eventuais atuações que possam implicar insegurança jurídica, violações à legalidade e desrespeitos aos princípios constitucionais.

Assim, a pesquisa mostra-se relevante, a um, no âmbito científico, por aliar teorias clássicas e modernas da Criminologia e do Direito Penal, e a dois, no âmbito social, por buscar popularizar essa discussão que, embora jurídica, revela-se como sendo de interesse de toda a sociedade, beneficiando o público alvo ao colocá-lo a par de seus direitos e garantias fundamentais, valendo-se de tal conhecimento frente à situações de desrespeito.

2 FUNÇÕES DECLARADAS E OCULTAS DO DIREITO PENAL – A UTÓPICA APLICAÇÃO ISONÔMICA DOS PRECEITOS PENAIIS

Com o fito de entender, a fundo, a problemática relacionada à seletividade penal incrustrada na Lei de Drogas, salutar é, de início, compreender e analisar de forma crítica as funções do Direito Penal tal como concebidas atualmente pela doutrina majoritária.

Sabe-se, nessa senda, que a vida em sociedade, notadamente marcada pelo pluralismo de seres individuais, demanda a existência de normas que sejam capazes de regular o convívio social, possibilitando as condições mínimas de existência, organização e desenvolvimento.

Nesse sentido, Prado (2019) defende que o Direito é um conjunto de regras jurídicas vigentes em determinado espaço e tempo, responsável por propor ao indivíduo uma diretiva para o seu comportamento para com os outros integrantes de uma sociedade ao mesmo passo que confirma sua confiança no comportamento dos outros, ou seja, não constitui apenas obrigações, mas também legitima e autoriza o exercício de garantias, revelando-se, de tal forma, como uma verdadeira via de mão dupla.

Dada a sua notória importância no que tange à manutenção da sociedade, o conjunto dessas normas, que devem ser obedecidas e cumpridas por todos os indivíduos que estejam inseridos em determinado grupo social, prevê as consequências e as sanções aos que eventualmente violarem seus preceitos (MIRABETE, 2001).

Corroborando nessa linha de pensamento, Sanches (2016, p. 32) afirma:

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que, impostas aos indivíduos, determinam ou proíbem determinados comportamentos. Quando violadas as regras de condutas, surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis e/ou penais.

É nesse contexto, qual seja, de exercício do controle social através de normas sancionadoras, que o Direito Penal emerge como sendo a parte do ordenamento jurídico responsável por determinar as ações ou omissões delitivas cuja concretização ensejaria a cominação de determinada sanção penal, atuando, por óbvio, norteadado pela função básica de proteção dos bens jurídicos relevantes¹, isto é, dos valores ou dos interesses essenciais ao indivíduo e à sociedade.

¹ Em que pese a existência de amplas análises voltadas à temática do funcionalismo penal, responsável por trazer à baila discussões que enveredam, em síntese, aos ensinamentos de Claus Roxin (funcionalismo teleológico) ou de Günther Jakobs (funcionalismo radical), o presente trabalho ateve-se ao pensamento doutrinário dominante, o qual enxerga no Direito Penal a função primordial de defesa dos bens jurídicos.

Sendo certo que apenas os bens mais relevantes são promovidos à categoria dos “bens jurídicos penais”, cumpre ao legislador realizar tal seleção, valendo-se, para tanto, da emissão de um juízo de valor positivo acerca de determinando interesse para a vida social.

Assim, pode-se afirmar que a proteção dos bens jurídicos é a missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal. Este, por outro lado, vale-se de suas leis e correspondentes sanções para coibir e reprimir condutas que possam ser lesivas aos referidos bens (MASSON, 2019).

Destaca-se, a essa altura, que a diferença existente entre as normais penais e as demais normas impostas pelo Estado reside justamente na espécie de consequência jurídica por ela causada: ao passo que a normal penal deságua na imposição de uma pena ou de uma medida de segurança, as consequências impostas pelos demais ramos do Direito revelam medidas de caráter menos rigoroso e limitador.

Por assim ser, embora nessa missão de proteção o Direito Penal não atue de modo exclusivo, mas sim em conjunto com outras instituições sociais e estatais de diversas áreas do Direito, o que especialmente o caracteriza é a forma como leva a cabo sua função protetora de bens jurídicos, notadamente mais severa, visto que age no intuito de evitar que o agente cometa novo delito (PRADO, 2016).

É precisamente em razão dessa característica, é dizer, da possibilidade de aplicação de medidas sancionatórias mais graves, que Sanches (2016) defende a atuação do Direito Penal como sendo a última trincheira no combate aos comportamentos tidos como malquistos em determinada sociedade, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens caracterizados por maior relevância.

Em que pese o fato de a atuação do Direito Penal ser subsidiária, certo é que sua aplicação há de ser indistinta, revelando-se enquanto uma resposta lógica do Estado a todos aqueles que não respeitarem suas normas.

Tal aplicação indistinta, todavia, não encontra guarida na realidade social. Através de uma análise crítica, a ser melhor esmiuçada em partes futuras do presente trabalho, chega-se a constatação de que, em verdade, o Direito Penal, em sua própria essência, não busca atingir a todos igualmente, visto que seleciona ações e classes sociais específicas, consolidando o que parte da doutrina crítica reconhece como sendo “a clientela do Direito Penal”.

Observa-se, de tal forma, que existe uma dissonância entre o teórico ideal e a vivência prática: ao passo que a doutrina majoritária preocupa-se apenas em ensinar a função típica do Direito Penal, ou seja, a defesa dos bens jurídicos essenciais à sociedade que não podem ser protegidos por outros ramos do Direito, uma parcela minoritária permite ultrapassar o

entendimento dominante e trazer à baila questionamentos que evidenciam o porquê das sanções penais serem aplicadas, em sua maioria, a determinadas pessoas integrantes da sociedade e não a todos aqueles que cometem uma infração penal (MACHADO, 2010).

Fala-se, nesse ponto, a respeito do que convencionou-se chamar de “funções não declaradas” do Direito Penal, segundo lições de Zaffaroni; Pierangeli (2011). Conforme esses autores, o referido ramo do Direito, para além de sua função típica, atua de modo a preencher uma outra não declarada, sendo esta voltada à proteção dos interesses sociais das classes dominantes, de modo que contribua para a perpetuação desse status.

Impregnado por tais interesses, o Direito Penal acaba sendo movido por engrenagens que em nada suscitam e respeitam a aplicação isonômica de suas regras e sanções, posto que o fito de assegurar a perpetuação de determinadas classes no poder afasta sobremaneira a aplicação indistinta de seus preceitos. Em uma excelente síntese, Batista (2007, p. 116) pontua:

Podemos, assim, dizer que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais” ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações.

Nessa mesma linha de pensamento encontra-se Andrade (2012), criminóloga que cirurgicamente traça uma distinção entre o que chamou de “funções declaradas” e “funções latentes” do Direito Penal, afirmando que este, tal como concebido atualmente, não é e sequer poderá ser apto a cumprir o seu discurso oficial.

A razão de ser das funções declaradas, ainda conforme a autora, seria apenas a de legitimar o sistema, muito embora seus efeitos práticos sejam completamente inversos, ou seja, desiguais, reprodutores de violência social e inaptos a garantir a segurança jurídica.

Esquematizando seu pensamento, Andrade (2012, p. 136), formula a ideia de eficácia invertida, responsável por identificar a disparidade existente entre o ideal teórico e a vivência prática do Direito Penal:

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente e, neste processo, reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, raça e gênero).

Nota-se, de tal forma, que existe um abismo entre as funções declaradas e as latentes, visto que estas últimas, muito embora estejam por detrás da função declarada e efetivamente se concretizem na realidade, são mantidas ocultas, atuando nas entrelinhas e objetivando, dentre

outras coisas, a manutenção das estruturas dominantes em determinada sociedade, é dizer, favorecendo uma aplicação que alcança apenas as classes marginalizadas, fazendo cair por terra a concepção igualitária do Direito Penal.

Traçando críticas à concepção do Direito Penal como o Direito igual por excelência, Baratta (2002) traz à tona o que denominou de “mito da igualdade”. Segundo o autor, muito embora esta, tal como concebida formalmente, revele duas premissas básicas, quais sejam, a ideia de que o Direito Penal protegeria igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais e a de que lei penal é igual para todos, de modo que todos aqueles que forem autores de atitudes delituosas têm iguais chances de serem sujeitos ao processo de criminalização, as proposições que sintetizam os resultados de uma análise crítica são exatamente opostas ao concebido no plano ideal.

De tal forma, Baratta (2002, p. 162) resume sua crítica em três proposições:

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

Assim, conforme lições do autor, o Direito Penal, ao contrário do que tenta transparecer, não é menos desigual que os outros ramos do Direito, sendo, inclusive, um Direito desigual por natureza. Nesse mesmo sentido militam diversos outros pensadores, a exemplo de Batista (2007, p. 25 – 26) que afirma:

[...] o direito penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário). O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de von Liszt, “só a pena necessária é justa” –, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana – a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamento de impostos –, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.

A constatação de que a aplicação isonômica do Direito Penal encontra percalços quando confrontada de modo crítico, revelando, de tal maneira, rachaduras em seu alicerce prático, tem sua origem atribuída às teorias do conflito, que compõem a chamada fase macrossociológica da Criminologia, responsáveis por desconstruir a argumentação positivista e questionar os princípios basilares da ideologia da defesa social, discutindo veemente as finalidades que o Direito Penal possui (SANTANA, 2012).

Com efeito, tendo sido iniciada a discussão relacionada à problemática da aplicação não isonômica das regras penais, atentando-se à existência das finalidades ocultas do Direito Penal, faz-se relevante, agora, analisar tal contexto sobre o viés da Criminologia, analisando a origem desta, bem como seu desenvolvimento, que notadamente deságua na teoria que serve de motor para o presente trabalho – *labeling approach*².

² É válido esclarecer, desde logo, que inexistem, nas doutrinas, uma alocação unânime acerca da posição que a teoria do *labeling approach* conquista na linha de desenvolvimento da Criminologia, sendo esta não raramente confundida ou fortemente associada à Criminologia Crítica. Todavia, adota-se, aqui, o entendimento segundo o qual ela fora a responsável por pavimentar o caminho que posteriormente serviria de ponto de partida para os teóricos da Criminologia Crítica, a exemplo de Alessandro Baratta (2002, p. 159), que explicitamente esclarece em sua obra que “com as teorias da criminalidade e da reação social penal baseadas sobre o *labeling approach* e com as teorias conflituais tem lugar, no âmbito da sociologia criminal contemporânea, a passagem da criminologia liberal à criminologia crítica”. Sendo certo que a Criminologia Crítica, independente da visão adotada pelo autor, de certo muito beberá da fonte do *labeling approach*, a pesquisa aqui desenvolvida centrará sua análise nesta última, aqui compreendida como a verdadeira responsável pelo rompimento do pensamento positivista, conforme será exposto.

3 ESCOLAS PENAIS – O SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA

Conforme exposto alhures, um estudo para além da superfície do Direito Penal permite ao espectador adentrar em questões mais complexas e levantar, por conseguinte, questionamentos que perpassam o mero discurso formal.

Assim, imperioso é valer-se dos motores da Criminologia para melhor compreender a construção do pensamento responsável por enxergar os engasgos contemporâneos do Direito Penal, construindo, de tal forma, o arcabouço teórico que tornará possível a análise crítica da Lei de Drogas vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta senda, convém, inicialmente, reconhecer que à Criminologia, ao contrário do Direito Penal, interessa não tanto o enquadramento correto de um acontecimento penalmente relevante à norma típica, mas sim a compreensão da realidade de determinada sociedade, para explicá-la e compreender eventuais problemas criminais (SHECAIRA, 2014).

De tal maneira, observa-se que, se de um lado o Direito Penal se revela enquanto uma ciência jurídica e normativa, valendo-se de um método dedutivo-sistemático para a apreciação de um delito, a Criminologia, por sua vez, é uma ciência empírica, valendo-se do método indutivo para sua análise. Nesse ponto, relevante é o ensinamento de Shecaira (2014, p. 43):

O direito penal e a criminologia aparecem assim como duas disciplinas que têm o mesmo objetivo com meios diversos: a criminologia com o conhecimento da realidade, e o direito penal com a valoração interessada dessa mesma realidade.

Explicitada, portanto, os pontos de convergência e divergência existentes entre o Direito Penal e a Criminologia, cabe reconhecer esta última como sendo uma ciência empírica e interdisciplinar, cujo objeto não é outro senão, pura e simplesmente, o estudo do comportamento delitivo e as reações sociais decorrentes deste (GRECO, 2009).

Certo é que tal definição revela uma simplicidade exacerbada, posto que a Criminologia é hoje um campo fértil de pesquisa para profissionais das mais diversas áreas, razão pela qual trazer à tona uma definição geral seria extremamente ambicioso, visto que o seu conceito certamente há de variar conforme a perspectiva de quem conduz o estudo.

Valendo-se dessa linha de pensamento, Shecaira (2014) afirma ser a Criminologia um termo genérico utilizado para tratar de um grupo de temas estreitamente ligados, dentre os quais destaca o estudo e a explicação da infração legal, os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e, ainda, a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade.

Embora inexista uma determinação conceitual preferencial no que tange à Criminologia, doutrinas recentes aparentam convergir no que diz respeito à natureza do saber criminológico, afirmando ser a Criminologia uma ciência empírica, bem como apresentam consonância ao reconhecer as quatro principais áreas de estudo dessa ciência, quais sejam, o delito, o delinquente, a vítima e o controle social. Assim resume Oliveira (2019, p. 19):

A criminologia é a ciência autônoma, empírica e interdisciplinar, que tem por objeto o estudo do crime, do criminoso, da vítima e do controle social da conduta criminosa, com o escopo de prevenção e controle da criminalidade.

As formas de abordar e interpretar as referidas áreas de estudo, todavia, certamente não foram as mesmas durante todo o transcorrer da história da humanidade. Isso pois, ao longo dos anos, diversas teorias surgiram com a finalidade de tratar questões como o delito, o direito de punir do Estado, a função das penas e diversos outros assuntos correlatos.

Acerca desse ponto, convém esclarecer que não raramente a doutrina recorta a história do pensamento criminológico em dois momentos: fase pré-científica e fase científica.

A primeira fase caracteriza-se pela presença de teorias que se valiam de pseudociências para tentar explicar a gênese do crime, ao passo que a segunda fase, com um método de pesquisa, situa os precursores científicos da Criminologia.

Infere-se, por assim ser, que a segunda fase revela o berço das correntes de pensamentos que tinham o objetivo de converter o estudo do fenômeno criminal em uma ciência, sendo essas correntes denominadas, genericamente, de Escolas Penais ou Criminológicas. Estas, conforme defende Viana (2018), sintetizam correntes de pensamento sobre os problemas relacionados ao fenômeno do crime e da criminalidade, bem como os fundamentos e os objetivos de todo o sistema penal, correspondendo, em maior ou menos grau, às fases de evolução do pensamento metodológico penal.

As discussões e as construções científicas ocorridas na referida fase histórica da Criminologia centram-se, sobretudo, em duas principais Escolas a serem aqui destrinchadas: a Clássica e a Positiva.

3.1 Escola Clássica

A análise da Escola Clássica demanda, de antemão, a compreensão do contexto histórico no qual ela surgiu. Isso pois, não somente ela, mas todas as Escolas e teorias a serem abordadas

no presente tópico representam um arquétipo temporal. É dizer, em outras palavras, que as Escolas se revelam enquanto produtos de determinado momento da história.

É nesse sentido que Viana (2018) afirma ser um equívoco metodológico tentar entender as teorias do passado com o olhar crítico típico da modernidade, posto que a compreensão substancial dos ditames exige, em maior ou menor grau, uma abstração de nossa atual realidade e um mergulho nos condicionamentos temporais e contextuais sobre as quais foram construídas e assentadas as propostas aqui analisadas.

Dito isso, destaca-se que a Escola Clássica remonta ao século XVIII, na Europa, período notadamente marcado pelos regimes absolutistas, nos quais as liberdades individuais eram sacrificadas e a estrutura social fincava-se nas figuras da igreja e do rei. Sobre o assunto, preleciona Bitencourt (2018, p. 149):

A crueldade que comandava as sanções criminais em meados do século XVIII exigia uma verdadeira revolução no sistema punitivo então reinante. A partir da segunda metade desse século, os filósofos, moralistas e juristas, dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.

É nesta senda que a Escola Clássica, inspirada pelos ideais do iluminismo, irrompe como uma corrente de pensamento voltada à concretização dos direitos básicos dos indivíduos, em resposta aos regimes absolutistas que pactuavam com a aplicação de penas graves e dolorosas para o agente tido com criminoso. De tal forma, conforme explica Gonzaga (2018), percebe-se que a preocupação dos estudiosos da época era a de impor um caráter mais humanista e proporcional àquele que cometesse um crime, afastando-se as propostas de tormento para o criminoso – o que estava em ascendência ante o período da Inquisição.

Do ideal de humanização das ciências penais nasce a produção mais relevante dessa Escola, o histórico livreto de Cesare Beccaria, intitulado “Dos delitos e das penas”. Para além deste, a doutrina predominante destaca também como grandes intelectos dessa corrente os autores Francesco Carrara e Giovanni Carmignani.

De maneira geral, pode-se afirmar que os autores dessa Escola partiram de duas teorias distintas: a do jusnaturalismo, de Grócio, cuja ideia principal abarcava um direito natural, superior e resultante da própria natureza humana; e a do contratualismo, de Rousseau, através de sua concepção de que o Estado é resultado de um grande acordo entre os indivíduos, que abrem mão de parte dos seus direitos e de suas liberdades em prol da ordem e da segurança comuns.

Em que pese o fato de tais teorias possuírem nortes opostos, visto que para o jusnaturalismo o Direito decorria da eterna razão e, para o contratualismo, ele tinha como fundamento o acordo de vontades, certo é que elas acabavam por convergir em um ponto essencial: a necessidade de existência de normas anteriores e superiores ao Estado, contestando-se, de tal forma, a legitimidade da tirania estatal e militando em prol da dignidade dos homens (BITENCOURT, 2018).

A partir dessa premissa, Penteado Filho (2020, p. 32) resume os princípios fundamentais da Escola Clássica como sendo os seguintes:

- a) o crime é um ente jurídico; não é uma ação, mas sim uma infração (Carrara);
- b) a punibilidade deve ser baseada no livre-arbítrio;
- c) a pena deve ter nítido caráter de retribuição pela culpa moral do delinquente (maldade), de modo a prevenir o delito com certeza, rapidez e severidade e a restaurar a ordem externa social;
- d) método e raciocínio lógico-dedutivo.

Embora a intenção do presente trabalho não seja a de esmiuçar totalmente o aporte teórico da Escola, imperioso é, para a linha de pensamento que aqui visa-se construir, destacar que para esta corrente de pensamento a responsabilidade criminal do agente criminoso levava em consideração sua responsabilidade moral e se fundamentava no livre-arbítrio.

Quer se dizer, de tal maneira, que segundo a concepção da Escola Clássica, todos os homens são livres e racionais para realizarem as suas escolhas de vida, de modo que alguns optem pelo comportamento em conformidade com a lei penal e outros, todavia, pela prática de crime.

Não por outra razão Viana (2018) afirma que o afoalho filosófico e postulado-guia da Escola Clássica é justamente o livre arbítrio que enxerga nos homens, sendo estes livres em suas escolhas e, por isso, moralmente culpados e legalmente responsáveis por seus atos.

Foi nesse diapasão que se consolidaram as teorias da pena – matéria de Direito Penal – de cunho absolutista: tal como elencado alhures, a pena, para os clássicos, deve ter caráter de retribuição ao mal causado pelo agente criminoso, atuando com o objetivo de restabelecer a ordem externa que fora violada pela ação daquele.

Nota-se, ante o exposto, que a Escola Clássica, em verdade, contribui sobremaneira no desenvolvimento e aparecimento da ciência penal. Essa constatação, conforme discute Viana (2018), apresenta tanto um viés positivo quanto um negativo: se de um lado a Escola contribuiu para a construção de importantes categorias da dogmática penal, por um outro lado agiu fortemente a isolar o Direito Penal da realidade.

Nessa linha de pensamento, valioso é o entendimento de Gonzaga (2018) ao reconhecer que o estudo tão somente da lei e de seus corolários jurídicos, alocando em segundo plano o estudo do criminoso e dos motivos pelos quais ele pratica crimes, é o que centraliza as críticas tecidas à Escola Clássica.

É em razão dessa realidade que parcela da doutrina sequer enxerga a existência de um viés criminológico na Escola Clássica, resumindo-a às suas contribuições notórias apenas ao campo do Direito Penal. Entende Viana (2018, p. 45):

Em breve notícia da Escola Clássica, em especial do seu método, se não compreendo erradamente, impede de reconhecer a típica Criminologia da escola clássica. Com efeito, o método empírico, marca indelével da ciência, é totalmente distante e avesso à estruturação clássica.

À parte das divergências doutrinárias que possam existir a respeito do assunto, inquestionável é que natureza sistemática da Escola Clássica permitiu, ao menos, identificar o início de uma nova ciência, a Criminologia, a ser melhor desenvolvida na Escola Positiva.

3.2 Escola Positiva

Fruto de uma evidente contraposição à Escola Clássica, a Escola Positiva, fortemente influenciada pelos avanços científicos ocorridos no século XIX, foi essencial para o desenvolvimento de uma nova orientação aos estudos criminológicos, focando sobremaneira nas lacunas explicativas deixadas pelos clássicos.

De tal forma, ao passo que a Escola Clássica deixou em segundo plano o estudo do homem criminoso e dos motivos pelos quais ele resolve encaminhar-se para a vida criminosa, a Escola Positiva coloca em holofote tal problemática e, em harmonia ao dito por Gonzaga (2018), percebe-se claramente a guinada do método dedutivo ou lógico-abstrato para o método indutivo ou empírico, visto que a busca passou a ser pelas causas da criminalidade, afastando-se da análise puramente legalista promovida pela Escola Clássica.

Com efeito, a atenção, nessa Escola, não mais se volta para o crime em abstrato, mas sim para o seu protagonista, o criminoso, sendo exatamente esse modo de enxergar o fenômeno criminal que converteu a Escola Positiva na responsável pela real independência da Criminologia (VIANA, 2018).

É através desse estudo centralizado na figura do criminoso que a Escola Positiva lança o que, em linhas gerais, pode ser compreendida como a sua tese central: o rechaço ao livre arbítrio e a liberdade humana como fundamento da responsabilidade.

Traçado tal panorama geral acerca da Escola em análise, cumpre ressaltar que a doutrina majoritária costuma dividi-la em três fases distintas: a antropológica (Cesare Lombroso), a sociológica (Enrico Ferri) e a jurídica (Rafael Garofalo).

A fase antropológica reflete os ensinamentos da figura mais relevante da Escola e, possivelmente, de toda a história da Criminologia, quem seja, Cesare Lombroso. Este, não raramente definido como sendo “o pai da Criminologia”, ganhou destaque com sua obra intitulada “O homem delinquente”, na qual defendeu que os fatores biológicos deveriam ser compreendidos como relevantes para a identificação da figura do criminoso.

Atribuir, todavia, a criação de uma nova teoria a Lombroso seria incorrer em um típico exagero, posto que parcela significativa da doutrina reconhece que, em verdade, a sua obra destaca-se não pela originalidade do conteúdo – até mesmo na fase pré-científica da Criminologia questões relacionadas à fisionomia do criminoso eram tidas como relevantes – mas sim por sua capacidade de reunir uma série de ideias esparsas de modo articulado. Nesse sentido, Penteadado Filho (2020, p. 34) é enfático ao afirmar que:

Na verdade, Lombroso não criou uma teoria moderna, mas sistematizou uma série de conhecimentos esparsos e os reuniu de forma articulada e inteligível. Considerado o pai da “Antropologia Criminal”, Lombroso retirou algumas ideias dos fisionomistas para traçar um perfil dos criminosos.

Em que pese tal observação, inquestionável segue sendo a divisão de águas operada em razão da obra “O homem delinquente”, visto que, em razão do método utilizado em suas investigações, vale dizer, o método empírico-indutivo, Lombroso fora capaz de causar uma ruptura no padrão estabelecido pela Escola Clássica, elevando a Criminologia, ciência cuja paternidade lhe que é atribuída, a um novo patamar. Corrobora Calhau (2012, p. 19):

A contribuição principal de Lombroso para a Criminologia não reside tanto em sua famosa tipologia (onde destaca a categoria ‘delinquente nato’) ou em sua teoria criminológica, senão no método que utilizou em suas investigações: o método empírico.

Como dito inicialmente, Lombroso dedicou-se a identificar aspectos biológicos que fossem determinantes na construção do homem criminoso. De tal forma, utilizando-se de pesquisas realizadas em prisões e manicômios, fixou as premissas básicas de sua teoria afirmando que o homem criminoso poderia ser identificado, dentre outras coisas, pelos lábios finos, por ser canhoto, por ter um olhar errante, por ser cruel e por ter um crânio assimétrico.

Nota-se, por assim o ser, que a teoria de Lombroso funda-se em um notório determinismo biológico, no qual o livre arbítrio do ser humano, conforme defendido pelos

clássicos, nada mais é que uma utopia: o homem não é livre de sua carga genética e não consegue fugir de sua natureza criminosa (GONZAGA, 2018).

Noutro giro, a segunda fase da Escola Positiva, qual seja, a sociológica, tem como principal figura Enrico Ferri, genro e discípulo de Lombroso.

A particularidade da visão de Ferri reside no fato de que este, dando ênfase a uma abordagem sociológica do criminoso, não atribui à formação deste, de forma exclusiva, o fator biológico, mas também um conjunto de fatores físicos e sociais.

Nessa linha de pensamento, Ferri desenvolveu a chamada “Lei da Saturação Criminal”, segundo a qual, conforme Prado (2019, p. 155):

[...] o nível da criminalidade é determinado pelas diferentes condições do meio físico e social, combinados com as tendências congênitas e os impulsos ocasionais dos indivíduos, segundo uma lei, tal como se observa em química. Assim, em dado meio social, com as condições individuais e físicas presentes, pratica-se certo número de crimes, nem um a mais, nem um a menos.

À luz dessa sua teoria, que fora inclusive alvo de diversas críticas pelos pensadores da época, Ferri apresentou sua tipologia criminal centrada na identificação de cinco espécies de criminosos: nato (acentuada debilidade do senso moral), louco (enfermidade mental), habitual (progresso na prática de crimes), ocasional (influência das circunstâncias ambientais) e passional (movido por uma paixão social).

A contribuição mais relevante de Ferri, reitera-se, relaciona-se à atribuição de um viés sociológico ao estudo da Criminologia, significando dizer, conforme já mencionado, que o estudo do crime não poderia escantear outros fatores relevantes para a análise da gênese do delito.

Essa virada no pensamento, por óbvio, acabou por influenciar sobremaneira a política criminal, trazendo um modelo de enfrentamento do crime baseado em medidas preventivas de defesa social, sendo esse cenário o responsável por trazer aquilo que pode ser tido como a maior aportação do pensamento ferriano: a sua teoria dos substitutivos penais.

Nessa linha de pensamento, Ferri entendia que a reação punitiva do Estado não deveria fundar-se em uma mera retribuição, conforme compreensão dos clássicos, mas sim em uma exigência de defesa social. De tal maneira, a responsabilidade, no âmbito penal, passa a ser vista como social: vivendo o homem em sociedade, natural é que ele seja responsável por seus atos.

Sintetizando o que aqui fora clarificado, Penteadado Filho (2020, p. 37) é preciso ao resumir as contribuições da fase sociológica:

Ferri negou com veemência o livre-arbítrio (mera ficção) como base da imputabilidade; entendeu que a responsabilidade moral deveria ser substituída pela responsabilidade social e que a razão de punir é a defesa social (a prevenção geral é mais eficaz que a repressão).

Por fim, a fase jurídica, encabeçada por Rafael Garofalo, destaca-se, como o próprio nome sugere, pela sistematização jurídica que fora conferida à Escola Positiva, é dizer, pela normatização das ideias da Escola e pela transformação dos ideais em fórmulas jurídicas.

Garofalo fora responsável, dentre outras coisas, pelo desenvolvimento do critério da periculosidade como base da responsabilidade do criminoso, pela ideia da prevenção especial como fim da pena e, mais importante, pela definição de delito natural – o crime seria a violação dos sentimentos altruístas fundamentais: a piedade e a probidade.

Do enquadro das contribuições dos principais autores da Escola Positiva, afirma-se, em conclusão e em correspondência ao defendido por Bitencourt (2018, p. 161 – 162), que são tais os seus principais aspectos:

a) o Direito Penal é um produto social, obra humana; b) a responsabilidade social deriva do determinismo (vida em sociedade); c) o delito é um fenômeno natural e social (fatores individuais, físicos e sociais); d) a pena é um meio de defesa social, com função preventiva; e) o método é o indutivo ou experimental; e f) os objetos de estudo do Direito Penal são o crime, o delinquente, a pena e o processo.

Cumprе enfatizar, tal como dito de passagem, que a Escola Positiva é fruto do seu recorte histórico, ou seja, nada mais é que o reflexo do momento científico e cultural que vigorava no século XIX, notadamente marcado pela forte influência dos estudos da biologia e da sociologia.

Assim, com o surgimento de novas realidades históricas e sociais, natural é que a Criminologia se reinvente e passe a lidar com novos questionamentos e reflexões. É desse processo evolutivo que, em meados de 1960, podemos destacar a “virada sociológica” que mudou sobremaneira a forma de compreender as ciências penais, conforme se verá a seguir.

4 A SOCIEDADE COMO FATOR CRIMINÓGENO – VERTENTES SOCIOLOGICAS DA CRIMINOLOGIA

Conforme debatido quando do momento de análise das Escolas Penais, a Criminologia, respeitadas as divergências doutrinárias existentes a respeito do assunto, pode ter sua origem identificada em meados do século XIX, por intermédio da obra “O Homem Delinquente” de Cesare Lombroso.

Tal atribuição, que notadamente “favorece” a contribuição promovida pela Escola Positiva, de certo não ofusca a relevância da Escola Clássica, responsável por trazer uma nova perspectiva ao estudo de diversos assuntos correlatos ao âmbito criminal.

Prova de tal relevância é a falta de brilho conferido às Escolas subsequentes à Clássica e à Positiva, visto que aquelas não encontraram espaço para solidificação do seu aporte teórico em um contexto que nunca deixou de favorecer o monopólio da produção científica decorrente das direções propostas pelas Escolas iniciais.

Contudo, pode-se afirmar que os avanços ocorridos no âmbito da Criminologia fizeram com que esta desenvolvesse um olhar cada vez mais crítico ao ideal do determinismo decorrente da Escola Positiva que por tanto tempo perdurou, ainda que com maior ou menor intensidade, a variar de acordo com o recorte histórico eventualmente analisado.

Fala-se, nesse ponto, a respeito da vertente sociológica que fora conferida à Criminologia.

De tal maneira, se as teorias tradicionais centralizavam os seus estudos em aspectos biológicos do agente criminoso, a chamada “virada sociológica” traz à baila teorias cuja estruturação não têm como paradigma etiológico fatores patológicos individuais, mas que elevam a sociedade ao patamar de fator criminógeno (VIANA, 2018).

As teorias que integram essa abordagem sociológica da Criminologia podem ser agrupadas, considerando-se a discussão e os questionamentos que realizam acerca dos valores existentes em uma sociedade, em dois diferentes grupos: as teorias do consenso e as teorias do conflito.

As teorias do consenso partem do pressuposto de que existe um arsenal de valores fundamentais que são comuns a todos os membros de uma determinada sociedade, de modo que a ordem social trabalhe sempre com base nestes e, ainda, com o objetivo de sempre promovê-los e reafirmá-los.

Tem-se, aqui, uma concepção de sociedade aos moldes do “comercial de margarina”: existindo uma harmonia entre as instituições, compartilhando todos os indivíduos dos mesmos

valores e sendo o poder exercido em nome, interesse e apoio de todos, chegar-se-ia à finalidade da sociedade. Shecaira (2014, p. 129) elenca as premissas norteadoras das teorias do consenso:

[...] toda sociedade é uma estrutura de elementos relativamente persistente e estável; toda sociedade é uma estrutura de elementos bem integrada; todo elemento em uma sociedade tem uma função, isto é, contribui para sua manutenção como sistema; toda estrutura social em funcionamento é baseada em um consenso entre seus membros sobre valores.

Nesse grupo, pode-se identificar a presença da Teoria da Anomia, Teoria da Associação Diferencial, Teoria da Subcultura Delinquente e a Teoria da Escola de Chicago.

Em contramão, as teorias do conflito partem do pressuposto de que a harmonia social é decorrente da força e da coesão, de modo que a sociedade se mantém em razão de uma relação entre dominantes e dominados.

Inexiste, de tal maneira, um ideal em comum partilhado pelos membros integrantes da sociedade, sendo o conflito uma decorrência natural e até mesmo desejada, posto que, através dele, seria possível revitalizar as normas existentes ou favorecer a criação de outras.

No grupo das teorias do conflito, tem-se a teoria do *labeling approach*, ponto cerne do presente trabalho, bem como a teoria crítica.

Discorrendo acerca das teorias do consenso e do conflito, Shecaira (2014, p. 128) perfeitamente esclarece o ponto de sustentação de cada uma delas:

Para a perspectiva das teorias consensuais a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos compartilham os mesmos objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes. Para a teoria do conflito, no entanto, a coesão e a ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção, na dominação por alguns e sujeição de outros; ignora-se a existência de acordos em torno de valores de que depende o próprio estabelecimento da força.

Traçadas as coordenadas gerais e introdutórias a respeito das vertentes sociológicas da criminologia, responsáveis por enxergar o criminoso dentro de contextos sociais específicos, cumpre, enfim, pormenorizar a teoria do *labeling approach*.

4.1 Teoria do *labeling approach*

O movimento criminológico da teoria do *labeling approach*, também chamada de teoria da reação social, rotulação, seletividade ou etiquetamento, representa uma verdadeira guinada não somente nas teorias sociológicas, mas também na Criminologia como um todo.

De antemão, cumpre destacar que os defensores dessa teoria preconizavam o sistema penal como sendo um instrumento de dominação social, fundamentando sua visão na ideia de que, em verdade, as normas penais não seriam fruto de um consenso da sociedade, mas sim uma forma de promover a manutenção dos interesses das classes dominantes (VIANA, 2018).

Todavia, a compreensão dessa teoria exige, como de praxe, uma análise do contexto histórico do qual ela emerge, sendo esse estudo substancial para o entendimento dos seus desdobramentos.

Destaca-se, então, que o clima político dos anos sessenta nos Estados Unidos, país do qual a teoria é originária, era bastante controverso: o crescimento econômico que se ali se concretizou após a Segunda Guerra Mundial, muito embora tenha favorecido parcela substancial dos estadunidenses, não fora capaz de acalantar o sentimento de rebeldia e aversão compartilhados pela população mais jovem.

Observa-se, de tal maneira, que nem todos daquela época estavam confortáveis com os papéis comumente atribuídos pela sociedade, visto que o *american way of life* passou a ser visto sob um viés mais crítico, razão pela qual a população mais nova buscou caminhos mais livres e desvinculados das amarras que em muito prejudicavam as minorias sociais.

Com efeito, diversas lutas foram travadas naqueles anos, destacando Shecaira (2014, p. 243) que:

Essa década é marcada por um culto “científico” às drogas, pelo psicodelismo do *rock and roll*, por uma enfática resistência pacifista à Guerra do Vietnã, por uma campanha abrangente pelos direitos civis, pela luta das minorias negras, pelo fim das discriminações sexuais, pelo despertar da consciência estudantil que passa a conhecer seu próprio poder, por transformações existenciais que permitem aos jovens encontrarem seu próprio eu, enfim, por um fermento de ruptura potencializador da sociologia do conflito.

O ponto crucial da teoria do *labeling approach* deriva da resposta conferida pela sociedade a tais movimentos, que não foi outra senão a de criminalização destes. Essa resposta acabou por expressar que o fator terminante para identificar uma conduta criminosa estava na reação social àqueles novos modelos comportamentais e, se o determinante para enquadrar certa conduta como crime é a reação social, restou-se claro que ele não possuía uma natureza ontológica, conforme defendido pela teorias tradicionais da Criminologia, mas apenas definitiva (VIANA, 2018).

Corroborando com tal linha de pensamento, Anitua (2008) é preciso ao afirmar que o advento dessas constatações fez com que as definições legais de crime deixassem de ser assumidas como algo natural, de modo que a ênfase foi colocada justamente nessas definições

com o intento de melhor compreender as instâncias que verdadeiramente criam e administram a delinquência.

É em razão dessa percepção que os teóricos do *labeling approach* foram capazes de alterar sobremaneira o enfoque da Criminologia, visto que, a partir desse contexto, os estudos não mais se centralizavam no crime e no criminoso, mas sim no sistema de controle social. Valiosa, nesse ponto, é a lição de Baratta (2002, p. 86):

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não se adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.

Reitera-se, por assim ser, a mudança que se observou no questionamento realizado pelos criminólogos nesse período: discutia-se, agora, o porquê de algumas pessoas serem tidas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e quais seriam as suas fontes de legitimidade (SHECAIRA, 2008).

A pesquisa dos teóricos adeptos ao *labeling approach*, conforme enuncia a doutrina majoritária, pode ser dividida em duas direções que, embora distintas, são complementares.

A primeira delas se relaciona à formação da identidade desviante, ao passo que a segunda conduz ao problema da definição do crime, atentando-se, conseqüentemente, aos problemas de distribuição do poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social (BARATA, 2002).

Em que pesem as discussões que podem florescer da análise dessa primeira linha de pesquisa, sobretudo no que diz respeito à crítica levantada contra o caráter reeducativo da pena, faz-se preciso ressaltar que, em verdade, a teoria do *labeling approach* vivencia seu ápice com a figura de Howard Saul Becker, responsável por capitanear a segunda linha de pesquisa.

Com efeito, ante a mudança do objeto de estudo da Criminologia e, conseqüentemente, das perguntas formuladas, chegou-se à conclusão de que são os grupos sociais dominantes que criam o crime ao aplicar regras e colocar etiquetas em algumas pessoas, notadamente as integrantes de classes inferiores (ANITUA, 2008).

De tal maneira, o criminoso pode ser identificado a partir da prática de um ato indesejado do qual lhe resultou uma etiqueta social. Imperioso é notar que a simples prática de um ato contrário às normas vigentes não enseja, de imediato, o sofrimento das sanções

correspondentes, sendo imprescindível o recebimento de uma etiqueta, é dizer, de uma reação social negativa, que, inclusive, varia de acordo com as características físicas do autor do fato – ora, a reação direcionada a um negro de periferia de certeza diferirá daquela tida por um branco de classe média.

Nessa linha de pensamento, ensina Viana (2018, p. 301):

[...] a desviação é produto de um processo exitoso de aplicação de etiqueta: alguns são rotulados; outros, embora tenham cometido desvios, nunca são descobertos. Deste ponto de vista, a desviação não é um predicado do comportamento da pessoa, mas uma consequência da aplicação (por outros) das normas e sanções a um ofensor. Bem sintetiza sua ideia a seguinte frase: “a sociedade tem os criminosos que quer”.

Indiscutível é, de tal forma, que as definições dos atos e, conseqüentemente, dos criminosos, é extremamente relativa e variável, sendo certo que a mesma conduta que possibilita mandar algum homem à prisão pode ser a mesma que autoriza um outro a ser qualificado como honesto, a depender das circunstâncias em que ela se realiza e do temperamento e apreciação da audiência que a testemunhou (SHECAIRA, 2004).

É nesse ínterim que a teoria do *labeling approach*, ainda que indiretamente, acaba por questionar premissas essenciais do Direito Penal.

Como discutido inicialmente no presente trabalho, é cediço que as normas penais preconizam um tratamento igualitário a todos os cidadãos. Todavia, a teoria ora em análise acaba por trazer à superfície compreensões que permitem enxergar no Direito Penal uma volatilidade que em nada favorece as camadas sociais mais baixas, notadamente mais desfavorecidas no processo de seleção e etiquetamento, visto que o poder das classes dominantes faz-se presente desde a criação das normas à atuação das instâncias oficiais.

É nessa perspectiva que reside a principal tese do presente trabalho: a variável do poder nos processos de criminalização, notadamente caracterizados por uma seletividade voltada à manutenção de hierarquias raciais e sociais.

Assim, faz-se preciso compreender que, segundo defendido pelos teóricos do *labeling approach*, é possível destacar dois momentos em que se opera a seletividade: na elaboração das leis (criminalização primária) e na efetivação dessas normas (criminalização secundária). Sobre o tema, Anitua (2008, p. 592):

Em ambos selecionam-se comportamentos em abstrato e pessoas em concreto para impor-lhes etiquetas que implicarão uma recusa mais geral, além de configurar uma “carreira deliquencial”.

Com efeito, a criminalização primária é o ato de criar uma lei penal material que incrimine determinada conduta, abrindo espaço, por óbvio, para a punição de seus transgressores. Conforme ensinamentos de Viana (2018) esse primeiro momento já traz à baila a importante variável do poder, haja vista que o processo de criação e definição de uma conduta criminosa é consequência de uma luta de interesses.

Nesse mesmo sentido, Ganem e Lemos (2017) ressaltam que é neste momento que se dará início ao processo de seletividade do sistema penal, revelando, por derradeiro, o interesse das classes dominantes de cada período.

Assim, reitera-se um dos corolários da teoria do *labeling approach*, qual seja, a concepção de que a norma penal já não é concebida como fruto do consenso coletivo, mas sim como fruto dos interesses de uma classe dominante que atua de modo a criminalizar condutas que sejam de sua vontade.

É nesse diapasão que Becker introduziu, em sua teoria, o conceito de “empresários morais”, ou seja, indivíduos que assumem relevante papel nesse processo seletivo ao impor sua moral a todos, visto que, ao se considerarem portadores da razão e dos bons costumes, convictos estavam de que suas regras e convicções tornariam a vida em sociedade melhor.

Resta-se evidenciado, portanto, que a criminalização primária, ao definir como crime não as condutas tidas como de interesse geral, mas sim as de interesse de uma parcela dominante da sociedade, acaba por fornecer o aparato jurídico para a concretização da seletividade que, todavia, opera-se de modo mais perceptível na criminalização secundária – aqui compreendida como sendo a ação punitiva exercida pelas agências de controle formal contra pessoas que transgredirem as normas penais resultantes da criminalização primária.

Isso porque a lei, ao prever os crimes por si só, opera apenas no campo abstrato, dependendo dos citados agentes do controle formal para ser aplicada e interpretada nos casos concretos.

É nessa senda que determinados comportamentos poderão ser interpretados como criminosos e outros, apesar de também possuírem aspectos aptos a ensejar o seu enquadramento, não o serão.

A discussão, nesse ponto, encaminha-se, enfim, para a observação da influência da etiquetagem no processo de reconhecimento ou não de determinado indivíduo como um criminoso.

Assim, acredita-se que a investigação se volta, tal como enxerga Viana (2018), para a identificação de fatores, como, por exemplo, a classe social, a família, raça e as vestimentas do

indivíduo, os quais, não obstante a infração à lei, devem se fazer presente para que um fato seja alvo da atuação das instâncias de controle.

Observa-se, incontestavelmente, que a teoria do *labeling approach* clarifica a utopia existente em conceber as normas do Direito Penal como feitas para todos e em nome de todos, visto que, em verdade, sua aplicação parece, de berço, ser destinada às classes mais numerosas e menos esclarecidas que não participam do poder.

A par dessa constatação, oportuno é destacar que a recepção alemã da teoria *do labeling approach* trouxe consigo uma larga crítica à ideia de aplicação igualitária do Direito Penal, baseando-se, para tanto, nos estudos que se desenvolveram a respeito da cifra oculta e dos crimes de colarinho branco.

A cifra oculta, conforme ensina Aniyar de Castro (1983), é a diferença entre a criminalidade real (quantidade real de crimes cometidos em determinado momento) e a criminalidade aparente (quantidade de crimes que é conhecida pelos órgãos de controle social).

É dizer, de tal maneira, que o resultado da subtração entre os crimes que são conhecidos pelas autoridades e os que verdadeiramente ocorrem há de ser negativo, considerando-se que o número real de delitos é consideravelmente maior que aqueles que se tornam conhecidos.

Essa constatação subsidia sobremaneira a teoria do *labeling approach* tal como concebida originalmente pelos estadunidenses, visto que permite reconhecer que nem todo delito cometido é perseguido e tampouco registrado, sendo essa realidade explicada, por óbvio, pela ausência de uma reação social negativa destinada a indivíduos que, praticando condutas criminosas, passam despercebidos ante a ausência de um juízo de valor nesse sentido.

A cifra oculta pode ser observada de modo claro quando da análise dos crimes de colarinho branco – aqui compreendidos como aqueles de natureza econômica comumente concretizado por pessoas integrantes de parcelas mais ricas da sociedade. Estes crimes, muito embora abstratamente tipificados pela norma penal e constantemente praticados, poucos são perseguidos pelas agências de controle.

Esta realidade, por si só, evidencia o porquê do Direito Penal não ser visto, para a teoria do *labeling approach*, como igual para todos, sendo certo que os processos de criminalização geram um fenômeno de seletividade de modo a levar a cabo a segregação presente na sociedade livre (ZAFFARONI; et al., 2011).

Infere-se, à guisa de conclusão, que é mediante a utilização dessa perspectiva que discussões contemporâneas, como a problemática relacionada à proibição de drogas, torna-se relevante, sendo possível, uma vez vencida a análise de todo o arcabouço teórico relacionado ao tema, mergulhar na aplicação deste àquela.

5 TEORIA DO *LABELING APPROACH* E O COMBATE ÀS DROGAS

O presente trabalho, até então, desenvolveu-se de modo a fornecer os subsídios teóricos e históricos da Criminologia necessários à compreensão da problemática relacionada às drogas na atualidade.

É dizer, em outras palavras, que o percurso aqui trilhado não teve outro objetivo senão o de trazer à baila o aporte teórico que serve de substrato para a crítica do modelo proibicionista atualmente adotado no Brasil por intermédio da Lei de Drogas ora vigente.

Para tanto, viu-se que a “virada sociológica” da Criminologia fez com que despontassem, nessa ciência, teorias que questionavam a influência da sociedade na definição do que vem a ser um crime e, conseqüentemente, um criminoso.

Abandonou-se, de tal forma, a concepção de que o crime seria algo natural, adotando-se, em contrapartida, a ideia de que este seria fruto apenas de uma construção da sociedade e, mais precisamente, de uma parcela dominante desta, que define o crime ao aplicar regras e colocar etiquetas em determinadas pessoas.

É nesse ínterim que as condutas tipificadas em códigos penais podem ser destacadas não por serem comportamentos intrinsecamente criminosos, mas sim porque lhes foram socialmente impostos o status de crime.

De modo mesmo pode-se compreender, nessa linha de pensamento, que inexitem substâncias inerentemente ilícitas, ou seja, que a proibição de certas substâncias é igualmente uma construção social e política, sendo notadamente variável e incerta a depender dos interesses vigentes em determinada sociedade e época.

Assim, partindo-se do pressuposto de que os processos de criminalização operam de maneira a fomentar uma seletividade penal, visto que o ramo penal do Direito trabalha com o objetivo velado de preservar as estruturas e os papéis sociais na sociedade, torna-se possível trazer tais premissas ao ordenamento jurídico pátrio e questionar, com afinco, a Lei de Drogas tal como estruturada atualmente.

Fala-se, de tal forma, que a nova perspectiva desenvolvida pela Criminologia a partir da teoria do *labeling approach* permite enxergar as variáveis da política criminal brasileira de combate às drogas, confrontando o discurso oficial com as funções efetivamente exercidas e os efeitos produzidos pela atuação das agências de punição (CARVALHO, 2016).

Com esse objetivo, o trabalho passará a analisar o processo de criminalização das drogas na ordem jurídica brasileira, buscando compreender a origem do proibicionismo (criminalização primária) em terras tupiniquins e a maneira pela qual a legislação, marcada por

critérios subjetivos de distinção, concorre para uma seleção desigual de supostos criminosos na prática (criminalização secundária).

5.1 Criminalização primária das drogas

Conforme exposto outrora, a criminalização primária, em apertada síntese, é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou que permite a punição de determinadas condutas em um ordenamento jurídico.

É nessa seleção de bens jurídicos a serem protegidos e de comportamentos a serem tidos como criminosos que o caráter igualitário do Direito Penal, conforme lições da discutida teoria do *labeling approach*, começa a sucumbir: sendo certo que este ramo do Direito atua, em verdade, valendo-se de etiquetas, fácil é perceber que o processo de criminalização primária desaguará na seleção de bens que apenas favorecem a parcela dominante da sociedade, razão pela qual seus valores morais e éticos fortemente influenciarão nas escolhas tomadas pelas agências responsáveis.

É dizer, então, que a criminalização primária se concentra nas mãos de uma pequena parcela privilegiada que trabalhará de modo a conservar seu status de domínio, atuando, para tanto, com o objetivo de criminalizar condutas que certamente prejudicarão e perpetuarão o status dos indivíduos pertencentes à parcela mais fraca do meio social.

Assim, não incorre em erro quem, valendo-se das teorias aqui analisadas, cria a associação de que grande parte dos delitos previstos no Código Penal somente ali estão por serem condutas normalmente atribuídas aos mais frágeis socialmente, a exemplo das questões que envolvem patrimônio e condutas tidas como imorais, como o uso de drogas.

Corroborando nessa linha de pensamento Baratta (2002) ao reconhecer que o Direito Penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e imunizar do processo de criminalização primária os comportamentos socialmente danosos e típicos de indivíduos a ela pertencentes, inclinando-se a dirigir o processo de criminalização para as formas de desvio das classes subalternas.

Imperioso é reconhecer, ainda no que tange ao processo de criminalização primária, que este transparece uma seletividade prejudicial aos pertencentes das classes dominadas não apenas em razão da escolha de condutas que os desfavorecem, mas igualmente através de um desproporcional tratamento que lhes é conferido por intermédio da própria formulação técnica dos tipos legais.

Explica Baratta (2002) que, em se tratando dos crimes que são atribuídos aos indivíduos pertencentes às classes subalternas, o Direito Penal age minuciosamente, criando uma linha extremamente fina e com poucas lacunas – salvo as que são de seu próprio interesse.

Em outra mão, ainda conforme o autor, a rede é demasiadamente larga quando os tipos legais têm por objeto condutas tipicamente cometidas pelos indivíduos pertencentes à classe no poder: penas menores, embora tratando-se de crimes igualmente ou até mais graves, bem como tipos penais abertos, com ampla interpretação e lacunas que favorecem seus infratores.

É nesse contexto que Santana (2012) acertadamente conclui que inexiste, no Direito Penal, uma seleção de bens, mas sim uma seleção de indivíduos a serem etiquetados e perseguidos penalmente por um sistema criado e orientado justamente nessa intenção, revelando o que pode ser compreendido como um interminável jogo de cartas marcadas.

Enveredando-se, enfim, à compreensão do processo de criminalização primária das drogas, faz-se extremamente relevante buscar entender a razão por detrás da proibição de tais substâncias, buscando-se esclarecer o porquê da mudança responsável por transformar o uso destas, outrora consideradas lícitas, no foco da política criminal de parcela significativa dos Estados modernos.

5.1.1 Da gênese estadunidense

A utilização de substâncias com efeitos psicotrópicos não é característica dos tempos modernos. Em verdade, existem registros ao longo de toda a história da humanidade que permitem identificar o seu uso como sendo algo trivial no âmbito de diversas sociedades.

Seja para o fim de curar doenças (medicinal), de afastar espíritos maus (religioso) ou até mesmo de criar uma sensação de maior força para batalhas (militar), variadas plantas psicotrópicas, por exemplo, fizeram-se presentes em culturas de inúmeras civilizações antigas, tendo sido seu uso naturalizado ao longo de milhares de anos.

Curioso é notar, nesse ponto, que a comercialização das drogas chegou inclusive a ser alvo de conflito internacional, por intermédio da Guerra do Ópio, na qual a Inglaterra e a China disputaram pela comercialização da substância que intitulou tal confronto – droga derivada da flor de papoula, caracterizada por seus efeitos (analgésico, narcótico e hipnótico) que largamente impulsionaram seu consumo na Europa e na América durante o século XIX.

Reitera-se, de tal maneira, que a utilização de drogas nem sempre fora ilícita. Importante destacar, todavia, que com tal afirmação não se pretende afirmar que o uso de tais substâncias sempre foi amplamente permitido em todas as culturas – de certo existiram, inclusive no Brasil,

diversas legislações e momentos históricos que buscaram coibi-lo – mas sim que inexistia um modelo proibicionista rígido tal como o vigente em âmbito nacional e internacional.

Da simples constatação dessa realidade, qual seja, a da existência de um grandioso lapso temporal marcado pela ausência de uma importância criminal conferida às drogas, pode-se perceber a incidência da teoria do *labeling approach* como alicerce capaz de esclarecer a virada que elevou o consumo das drogas à atenção penal.

Ora, conforme visto anteriormente no presente trabalho, a referida teoria fundamenta-se, dentre outras coisas, na concepção de que o crime é algo socialmente definido e não naturalmente existente.

Quer se dizer, de tal maneira, que o *labeling approach* coloca em holofote a ideia de que as drogas, largamente utilizadas por um considerável período de tempo, apenas tornaram-se relevantes ao Direito Penal em razão da construção de um pensamento resultante de determinada época e sociedade, sendo esse conjunto responsável por elevá-la ao status de “mal a ser combatido”.

É nesse íterim que o estudo do contexto do qual surgem as ideias proibicionistas torna-se relevante: compreendendo-se o recorte histórico, a sociedade e as forças dominantes vigentes, pode-se desmistificar o discurso fundante do combate às drogas e esclarecer, com eficácia, os reais motivos que incentivaram o surgimento dessa luta que perdura até os dias atuais sem, todavia, produzir frutos que ensejem sua manutenção.

Com efeito, muito embora não se possa datar com precisão a origem da criminalização das drogas, é possível reconhecer o regime proibicionista como sendo um fenômeno cuja consolidação se inicia no século XX, em notória oposição ao cenário liberal que até então vigorava e que assim pode ser contextualizado por Escohotado (2004, p. 91):

Por volta de 1900, todas as drogas conhecidas se encontram disponíveis nas farmácias e drogarias, podendo-se também comprá-las ao fabricante pelo correio. Isto acontece a nível planetário, tanto na América como na Ásia e Europa. A propaganda que acompanha esses produtos é igualmente livre, e tão intensa como a que apoia outros artigos de comércio, para não irmos mais longe. Há sem dúvida dependentes do ópio, morfina e heroína, mas o fenômeno no seu conjunto – os consumidores moderados e imoderados – mal chama atenção de jornais ou revistas, e nada a juízes e polícias. Não é um assunto jurídico, político ou de ética social.

Esse referido contexto liberal passou a ser fortemente combatido nos Estados Unidos, país considerado berço do proibicionismo, sobretudo em razão de três grandes influências: a um, pela Igreja e seus dogmas puritanos avessos à busca do prazer em vida, a dois pelas associações médicas e farmacêuticas e a três pela xenofobia e pelo preconceito racial contra determinados grupos sociais.

Ao buscar uma origem para a criminalização das drogas, Fiore (2012, *online*) corrobora com a linha de pensamento aqui defendida ao afirmar que:

Sua realização se deu numa conjunção de fatores, que incluem a radicalização política do puritanismo norte-americano, o interesse da nascente indústria médico-farmacêutica pela monopolização da produção de drogas, os novos conflitos geopolíticos do século xx e o clamor das elites assustadas com a desordem urbana.

Conforme lições de Brandão (2017), o mais ferrenho inimigo do paradigma liberal das drogas foi a Igreja puritana. Esta, com seus dogmas e a fim de desqualificar os infiéis, fortemente condenava o uso de drogas e diversos outros vícios, a exemplo dos jogos de azar, valendo-se de tal rechaço para etiquetar determinadas pessoas como impuras ou não merecedoras de graças e bênçãos divinas.

Simultaneamente, ainda conforme o autor, existia um outro discurso antiliberal capitaneado pelas associações de médicos e farmacêuticos, que agiam motivados pelo objetivo de eliminar os curandeiros e obter o monopólio das drogas que, por óbvio, era – e segue sendo – extremamente lucrativo.

Esses dois interesses ainda receberam o aval de uma crescente onda de xenofobia e preconceito que se instalava nos Estados Unidos, de modo que grupos sociais foram relacionados a determinadas drogas: os chineses foram associados ao ópio, os negros foram associados à cocaína, os mexicanos foram associados à maconha e os irlandeses foram associados ao álcool. Nesse sentido, Batista (2003, p. 81):

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

A perseguição de tais grupos sociais fundava-se em duas razões: pela reprovação de suas presenças nos Estados Unidos, visto que os estadunidenses passaram a vê-los como disputa no mercado de trabalho, bem como pela negação dos hábitos e das culturas dos referidos grupos, que eram considerados ameaças aos valores defendidos pela majoritária população estadunidense branca e protestante (BORGES, 2016).

Do casamento desses três fatores, sobretudo o responsável por escancarar a associação preconceituosa de determinadas minorias raciais às substâncias a serem controladas ou

proibidas, criou-se um contexto legalmente justificável para que tais grupos fossem perseguidos pelo aparato repressor do Estado (RODRIGUES, 2003).

É dizer, em outras palavras, que sob a premissa de combate às drogas, tidas como prejudiciais à saúde (função declarada), seria possível instalar uma política que, em verdade, buscava apenas a manutenção dos interesses da Igreja, da predominante população estadunidense e dos detentores de poderes econômicos, qual fosse, o controle dos grupos e das substâncias indesejadas a eles associadas (função oculta).

Foi precisamente nessa linha de pensamento que o governo estadunidense começou a agir com o objetivo de instalar uma política proibicionista de drogas não apenas no seu âmbito interno, mas também no externo, visto que se valeu de uma atuação diplomática para conquistar a aplicação internacional de sua política através de diversas convenções.

Assim, a postura proibicionista dos Estados Unidos foi se consolidando internacionalmente ainda no início do século XX quando, conforme ensina Borges (2016), foram promovidas duas conferências visando a restrição da circulação e do uso de derivados do ópio, tendo sido a primeira realizada em Xangai no ano de 1909 e a segunda em Haia no ano de 1912.

Muito embora a conferência de 1909 tenha restado infrutífera, ante a falta de interesse na consolidação de uma política restritiva ao ópio manifestada pelos outros onze países participantes, a de 1912 foi mais bem recebida, resultando dela a assinatura do seu texto pelos então membros da Liga das Nações (BRANDÃO, 2017).

Motivado por tal contexto, os Estados Unidos tomaram medidas internas para intensificar o controle do ópio, visando servir de exemplo para as normas que buscava estabelecer em um nível internacional.

Foi desse processo que derivou o *Harrison Narcotic Act* de 1914, responsável por exigir a inscrição em um órgão especial para produzir, comercializar ou até mesmo possuir o ópio, a morfina ou a cocaína – esta lei, por óbvio, contou com o apoio massivo das associações médicas e farmacêuticas que pretendiam o controle de tais substâncias para monopolizar o lucro delas decorrente (BRANDÃO, 2017).

A legislação mais emblemática desse momento, todavia, foi a *Volstead Act*, ou seja, a Lei Seca estadunidense, cuja entrada em vigor no ano de 1920, pretendendo multar e encarcerar quem vendesse ou fabricasse bebidas alcoólicas, acabou por trazer consigo uma prévia do que viria a ser a guerra às drogas tal como caracterizada atualmente: prosperidade de grupos criminosos voltados à circulação do álcool e o fortalecimento das agências estatais encarregadas de combatê-los (BORGES, 2016).

Discorrendo sobre o assunto, Rodrigues (2003, p. 33 – 34) faz uma excelente síntese ao afirmar que:

Era a conquista da mais antiga reivindicação dos movimentos proibicionistas do país e, ao mesmo tempo, a abertura de um campo fértil no qual brotaram inúmeras organizações ilegais que se dedicaram a suprir o mercado ilícito criado em consequências da Lei Seca. Floresceram as máfias, como a chefiada pelo lendário Al Capone, e as agências governamentais elaboradas para perseguir o tráfico de álcool. Não houve diminuição no consumo, mas, ao contrário, aconteceu a transferência da prática de beber às claras para os bares e pubs clandestinos. Até ser revogada em 1933, a Lei Seca foi responsável pelo fortalecimento do crime nos Estados Unidos e pelo agigantamento das agências e da burocracia estatal. O consumo, alvo primeiro das associações abstêmias, não recuou e, ademais, os estadunidenses foram expostos a bebidas muito mais nocivas à saúde, uma vez que eram fabricadas sem cuidados mínimos de higiene e escolha de matérias-primas.

Agindo conforme seus próprios interesses numa luta que dizia ser de interesse internacional, os Estados Unidos conseguem, na Conferência de Genebra em 1931, dar o seu primeiro passo significativo na internacionalização do proibicionismo conforme seus próprios critérios, visto que foi capaz de compelir os Estados signatários a adotarem uma repressão ao tráfico nos moldes que achavam corretos (RODRIGUES, 2003).

As disposições penais do modelo repressivo vieram à tona, todavia, apenas na Conferência de Genebra de 1936, oportunidade na qual editou-se as disposições penais que incitavam, dentre outras coisas, a criação de serviços especializados de polícia e penas de prisão a serem adotadas pelos países signatários na luta contra as drogas (ESCOHOTADO, 2004).

Sendo certo que a luta que se travava com as drogas continuou crescendo em solo estadunidense, imperioso é lembrar, conforme dito em passagem anterior do presente trabalho, que os anos 60, nos Estados Unidos, foram marcados pela emergência de diversos movimentos que remavam contra a maré do *american way of life*, preconizando, de tal forma, uma vida desregrada e fortemente marcada por uma liberdade boêmia.

Não é difícil pressupor, de tal forma, que esse contexto fortemente favoreceu o uso de drogas como um corolário da rebeldia caracterizadora das manifestações políticas e culturais que eclodiam com frequência cada vez maior. Assim, os movimentos hippies, feministas, pacifistas e antirracistas se associaram aos psicoativos ilegais, como a mescalina e o LSD, como uma forma de exteriorizar o seu ideal liberal e voluptuoso.

Conforme igualmente já exposto no trabalho, a resposta a tais movimentos não foi outro senão a criminalização e, conseqüentemente, a propagação ainda maior de uma política contrária às drogas – sendo esse, reitera-se, o “cair da ficha” que serviu de motor para os questionamentos que fundamentam a teoria do *labeling approach*.

Todo esse contexto ensejou, ainda, uma reação do movimento moralista repressivo em âmbito internacional, que culminou na aprovação da Convenção Única Sobre Entorpecentes em Nova Iorque no ano de 1961. Sobre o tema, valiosa é a lição de Carvalho (2016, p. 59):

Contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando o pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. A Convenção Única sobre Estupefacientes, aprovada em Nova Iorque em 1961, é reflexo imediato desta realidade.

A partir desse marco legislativo internacional, o combate às drogas passa a ser um projeto praticamente global, de modo que se concretizasse uma diminuição das fronteiras nacionais para combater esse inimigo tido como comum (BRANDÃO, 2017).

De tal forma, pode-se afirmar que enfim os Estados Unidos conseguiram levar seu modelo proibicionista para além de suas fronteiras, pressionando para que as demais potências globais aderissem seu ideal e atuassem de maneira ativa, repressiva e intolerante no combate às drogas.

Todavia, é de suma importância reconhecer que a importação do modelo estadunidense não pode ser compreendida de forma simples, como se os países adeptos simplesmente se submetessem aos interesses estadunidenses (BORGES, 2016). Quer se dizer, de tal forma, que a boa recepção da política de combate às drogas não raramente revela uma aproximação dos interesses da parcela dominante da sociedade estadunidense com a parcela dominante da sociedade do Estado receptor.

Assim, o que se observa, em verdade, é que a proposta estadunidense encontrou guarida em diversos países, dentre outros fatores, pelo comum interesse de se valer do combate às drogas como uma forma de fomentar as perseguições repressoras em desfavor seletivo de grupos minoritários em seus países.

Contudente, nesse ponto, é a visão de Rodrigues (2004), que perfeitamente reconhece a adoção do modelo proibicionista como uma possibilidade atraente aos Estados modernos, visto que aquele proporcionava um agigantamento estatal com a expansão de ferramentas burocráticas e repressivas.

Sendo certo, então, que os Estados Unidos apenas forneceram o pontapé inicial no modelo proibicionista, agindo com o intento de internacionalizar seus interesses internos, faz-se necessário, enfim, deslocar o debate especificamente para o terreno brasileiro, buscando

entender o porquê e como ocorreu, aqui, a recepção do modelo ianque de criminalização das drogas.

5.1.2 Da importação do modelo ianque: o proibicionismo brasileiro

Muito embora seja possível encontrar, na história da legislação brasileira, resquícios de criminalização do que até então era entendido como “materiais venenosos”, a exemplo do que ocorreu nas Ordenações Filipinas e até mesmo no Código Penal de 1890, certo é que somente a partir da década de 1940 pode-se identificar, em solos brasileiros, o surgimento de uma política proibicionista sistematizada (CARVALHO, 2016).

Todavia, como já de praxe é defendido no presente trabalho, salutar é compreender o recorte histórico brasileiro no qual despontou a necessidade de criminalização do uso de drogas, sendo esta análise substancial para o estudo da Lei de Drogas atualmente vigente.

Pois bem, conforme exposto no último tópico vencido, os Estados Unidos, valendo-se da preconceituosa associação de grupos minoritários a determinadas substâncias, criou um contexto legalmente justificável para que tais grupos fossem perseguidos pelo aparato repressor do Estado, buscando, posteriormente, exportar o seu modelo proibicionista para as demais potências globais.

Ainda em consonância ao discutido, a exportação desse modelo fora bem sucedida, dentre outros diversos fatores, pela igual vontade dos Estados receptores de se valerem dessa guerra às drogas para criminalizar minorias conforme sua própria realidade e dentro de sua própria conjuntura societária.

Em se tratando especificamente da realidade brasileira, pode-se afirmar que a consolidação do projeto estadunidense caiu como uma luva em uma sociedade que, desde o início do século XX, vinha assumindo uma faceta racista e religiosamente intolerante.

Explica-se.

Com a abolição da escravidão, em 1888, e com a proclamação da República, em 1889, iniciou-se, no Brasil, um movimento encabeçado pela população rica buscando transformar o país em uma nação exemplar e civilizada aos moldes europeus.

Com efeito, a elite brasileira, atuando com o objetivo de consolidar medidas capazes de tornar o território higienizado e fértil para o surgimento de uma nova raça capaz de garantir o avanço do Brasil, forjou uma superioridade intelectual e social dos brancos sobre os recém libertos escravos, ignorando completamente o gigantesco contingente de negros e seus descendentes que estavam dispersos em uma nova realidade social movediça (SAAD, 2016).

É preciso destacar, nesse ponto, que embora tenha apoiado o movimento de proclamação da República, a elite brasileira não desejava romper com os moldes da sociedade colonial, buscando manter, de tal forma, as estruturas que certamente lhes favoreciam (BARROS; PERES, 2011).

Essa reprovável intenção pode ser comprovada, sobretudo, em razão de duas práticas adotadas no contexto social brasileiro pós-abolição.

A primeira delas foi a falta de inclusão dos negros nos projetos socioeconômicos nacionais após a abolição da escravatura, tornando claro o intuito da elite em exportar uma imagem progressista do Brasil sem, contudo, revelar o alicerce dessa prosperidade, que não foi outro senão o árduo trabalho escravo da população negra (CUNHA, 2016).

É dizer, em outras palavras, que a postura do Estado para com a situação do negro “liberto” foi caracterizada por uma voluntária omissão, de modo que todos os martírios sofridos pelos negros foram reduzidos à culpa deles mesmos, haja vista a concretização de uma manobra ideológica que elevou o que era da esfera das relações do poder ao status de algo natural, ou seja, intrínseco à raça negra que seguia sendo vista como inferior (NUNES, 2006).

Noutro giro, a segunda prática voltada à conservação do status de dominante da população branca e de dominado da população negra foi a implantação e o incentivo de um projeto de imigração social europeia, é dizer, branca, visando apanhar mão de obra assalariada e, maiormente, visando a maior captação de pessoas não negras para o Brasil, fomentando, conseqüentemente, o processo de branqueamento que acreditavam ser essencial para o país naquela época. Nesse ponto, complementam Barros e Peres (2016, p. 10):

No final do século XIX, o desemprego e as más-condições de vida no campo consistiam em problemas seríssimos na Europa, de modo que governo brasileiro e fazendeiros paulistas aproveitaram para promover uma política de estímulo à imigração, no intuito de “embranquecer” o Brasil. Defensores da imigração européia achavam que, assim, “aprimorariam” a sociedade.

O referido processo de branqueamento é fruto, por óbvio, da ideologia republicana que clamava por um projeto de nação que pudesse firmar o Brasil dentre as potências globais, sendo necessário, para tanto, repensar a figura do homem brasileiro a ser assumida e exportada como a face oficial do Brasil.

De tal forma, visando apagar completamente qualquer resquício da identidade negra, acreditou-se, com base em uma perspectiva eugenista, ser possível branquear a população em uma espécie de darwinismo social que acreditava na possibilidade de uma seleção natural em prol da purificação étnica, ou seja, na vitória do povo branco sobre o negro (CUNHA, 2016).

De suma importância é notar que essas duas práticas foram subsidiadas pela importação, por parte da elite brasileira, dos ideais defendidos por Cesare Lombroso. Este, conforme já discutido no presente trabalho, é considerado o pai da Criminologia e, por intermédio de sua obra intitulada “O homem delinquente”, defendeu a ideia de que os aspectos biológicos dos indivíduos eram determinantes na construção do homem criminoso.

Relembra-se, por assim o ser, que a teoria de Lombroso fundava-se em um notório determinismo biológico ao defender que o homem não era livre de sua carga genética e que não conseguia fugir de sua natureza criminosa (GONZAGA, 2018).

Considerando que tal pensamento foi importado ao Brasil na época pós abolição da escravidão, período no qual a elite – incomodada e se sentindo ameaçada pela população de negros e descendentes recém libertos – buscava fortemente reafirmar as hierarquias sociais através de políticas racistas, não é difícil imaginar que esse aparato científico justificou a criação do estereótipo criminoso ao reflexo da figura negra, permitindo-se, de tal maneira, a criminalização de muitos elementos da cultura brasileira de raiz africana (SAAD, 2016).

Assim, a importação da teoria lombrosiana, com seu discurso científico, serviu de combustível para a construção da imagem do negro como sendo o típico criminoso, criando-se uma política que se pautava no medo direcionado a população negra e que justificava, dessa forma, intervenções estatais mais violentas com o intuito de reprimir a raça que era tida como a criminosa por excelência (CUNHA, 2016).

Essa realidade, por si só, fora responsável por consolidar, na população negra, imensuráveis prejuízos sociais, psicológicos e econômicos que certamente dificultaram – e seguem dificultando – a sua ascensão social no Brasil, visto que estes, ao serem criminalizados e ao terem sua cultura e sua religião perseguidas por um Estado racista, não tiveram outro caminho a ser tomado senão o da exclusão e da miséria, completamente afastados da sociedade que em nada visava a sua inclusão e prosperidade.

É nesse contexto, qual seja, de adoção de políticas racistas de perseguição – no sentido mais amplo da palavra – da figura negra e de tudo que a ela pudesse ser relacionado, que o consumo de drogas e, mais especificamente, a maconha, torna-se pauta.

Sendo certo que a esta altura, na recém consolidada República brasileira, todo viés cultural e religioso de origem africana era demonizado, não tardou para que a maconha, trazida da África pelos escravos, tivesse seu consumo questionado pela elite brasileira que acreditava existir na referida planta elementos capazes de impulsionar a prática de crimes por parte de seus consumidores.

Discorrendo sobre a construção do pensamento que elevou a maconha ao status de substância a ser combatida no Brasil republicano, Carneiro (2019, p. 4) é pontual ao esclarecer que:

Apesar do uso médico tradicional, a presença da maconha entre comunidades negras e mestiças levou a sua estigmatização pela ciência médica oficial como um elemento degenerativo da saúde, da moralidade e da pureza racial, devendo ser combatido por argumentos de um racismo “higienista” e “eugenista”.

Elucida-se, assim, que emergiu uma corrente médica, fortemente adepta às teorias lombrosianas, que identificava na maconha um vício de origem africana capaz de ameaçar a saúde pública do Brasil, defendendo-se, em razão desta visão, que ela deveria ser fortemente combatida e reprimida sob pena de multiplicação dos criminosos em solos brasileiros.

Dentre os médicos que encabeçaram a corrente racista e mal intencionada de identificação da maconha como uma herança afrodescendente perigosa ao bem estar brasileiro, destaca-se a figura de Rodrigues Dória, médico psiquiatra e ex-presidente do Estado de Sergipe entre os anos de 1908 e 1911, a quem é atribuída a criação da tese no sentido de que a maconha seria uma espécie de vingança dos escravos que voluntariamente trouxeram da África a planta que escravizaria os brancos (CARNEIRO, 2019).

Rodrigues Dória destaca-se, ademais, por suas diversas participações em conferências internacionais voltadas à discussão do consumo de drogas, a exemplo do 2º Congresso Científico Panamericano, realizado em Washington, nos Estados Unidos, no ano de 1915.

Nesta oportunidade, conforme ensina Carneiro (2019), Dória identificou o ópio como a vingança asiática ao seu dominador europeu e, em uma analogia, aproximou-o da maconha: ao passo que o ópio refletia a vingança asiática, a maconha era uma nefasta herança africana que igualmente poderia ser definida como um instrumento de vingança.

Interessante, nesse ponto, é transcrever as próprias palavras de Dória (1958, p. 13), que assim militou quando do momento de defesa de seus ideais no supracitado congresso:

A raça preta, selvagem e ignorante, resistente, mas intemperante, se em determinadas circunstâncias prestou grande serviço aos brancos, seus irmãos mais adiantados em civilização, dando-lhes, pelo seu trabalho corporal, fortuna e comodidades, estragando o robusto organismo no vício de fumar a erva maravilhosa, que, nos êxtases fantásticos, lhe fazia rever talvez as areias ardentes e os desertos sem fim de sua adorada e saudosa pátria, inoculou também o mal nos que a afastaram da sua terra querida, lhe roubaram a liberdade preciosa, e lhe sugaram a seiva reconstitutiva; e, na expressão incomparável do grande e genial poeta americano, o maviioso Longfellow, a raça expoliada, como o Sansão da Bíblia: “*the poor, blind slave, the scoff and jest of all, expired, and thousands perished in the fall*”.

Sendo certo que a visão de Rodrigues Dória era corroborada por parcela significativa da classe médica, igualmente racista e segregadora, que fazia da maconha um análogo do ópio com potencial de desmorronar o modelo civilizatório brasileiro que se pretendia construir, não é difícil perceber que esta visão influenciou sobremaneira o ordenamento jurídico desse período.

A discussão envereda-se, nesse ponto, à legislação penal referente às drogas no Brasil que, conforme previamente exposto, pode ter sua origem identificada, sob um olhar genérico, até mesmo quando da instituição das Ordenações Filipinas, dispositivo responsável por punir o ato de ter em casa ou vender materiais venenosos.

Muito embora a temática tenha sido retomada na edição do Código Penal de 1890, já fortemente influenciado pelos pensamentos racistas que encontravam solo na sociedade brasileira da época, certo é que somente a partir da década de 1940 pode-se verificar o surgimento de uma política verdadeiramente sistematizada. Esclarecedores, nesse ponto, são os ensinamentos de Carvalho (2016, p. 56):

Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.

Assim, ainda valendo-se das lições do supracitado autor, compreende-se que a formação do sistema repressivo às drogas no Brasil deu os seus primeiros efetivos passos com a autonomização das leis criminalizadoras (Decretos nº. 780/36 e 2.953/38) e com a primeira familiaridade do país ao modelo internacional de controle (leia-se modelo estadunidense) por intermédio do Decreto-Lei nº. 891/38 – elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, já discutida no tópico anterior.

Ato contínuo, o ano de 1940 trouxe consigo a promulgação do Código Penal ora vigente, o qual previa, no seu artigo 281, o crime de “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”, assim definido em sua redação original:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, 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 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

O Brasil, assim como os Estados Unidos, vivenciou nas décadas de 50 e 60 um expressivo crescimento do discurso proibicionista, fundamentando-se, para tanto, em razões de cunhos preconceituosas e intolerantes utilizados para enfatizar a necessidade de controlar determinados grupos que seguiam sendo associados ao uso das drogas.

De tal forma, se os Estados Unidos se valeram da associação ópio-chineses, maconha-latinos, cocaína-negros e álcool-irlandeses, o Brasil, país com raiz histórica fincada no racismo, viu na associação negro-maconha, conforme trabalhado anteriormente, a perfeita legitimação para a perseguição criminal de tal grupo étnico no país.

Clarifica-se, de tal forma, o porquê de o Brasil ter facilmente acatado o modelo ianque de combate às drogas, posto que o objetivo oculto que lá se concretizou aqui poderia igualmente ser evidenciado: sob a premissa de combate dos males decorrentes da utilização de substâncias entorpecentes (função declarada), foi possível instalar uma política que, em verdade, buscava apenas o controle dos grupos identificados como entraves para o desenvolvimento do Brasil (função oculta).

Nesse ínterim, a Convenção Única sobre Entorpecentes, marco legislativo internacional no combate às drogas realizado em Nova Iorque no ano de 1961, foi aprovada e promulgada no Brasil através do Decreto nº. 54.216/64, menos de cinco meses após o golpe militar, marcando o ingresso definitivo do país no cenário internacional (BRANDÃO, 2017).

A consolidação do regime ditatorial no Brasil trouxe um notório recrudescimento na política de drogas que pode facilmente ser atestado pela publicação do Decreto-Lei nº. 385/68. Este, nadando em sentido contrário ao da orientação internacional vigente, rompeu com o discurso que permitia diferenciar o usuário (doente, sobre o qual deveria recair um tratamento) do traficante (delinquente, sobre o qual deveria recair o discurso jurídico-penal) ao modificar o artigo 281 do Código Penal e equiparar as duas figuras, sendo-lhes atribuídas penas idênticas.

A ausência de critérios distintivos, todavia, não encontrou guarida na população científica e jurídica, razão pela qual, em 1971, promulgou-se a Lei nº. 5.726/71 adequando o sistema brasileiro às orientações internacionais sem, todavia, deixar de impor uma pena ao usuário. Segundo Carvalho (2016, p. 64):

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de 1960 com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68,

iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a matéria deveria ser tratada em sede de legislação especial, em 1976 nasceu, no mundo jurídico, a Lei nº. 6.368/76, revogando por completo o art. 281 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº. 5.726/71, e inaugurando um modelo inédito de controle no Brasil.

A Lei nº. 6.368/76, de importância histórica inestimável, trouxe em seu bojo uma dicotomização entre usuário e traficante proporcionada pelos discursos médico-jurídico e jurídico-político.

A consolidação do pensamento que associava o uso ao tratamento e o tráfico à repressão desaguou na edição de um estatuto repressivo que distinguia as penas aplicadas para cada uma dessas hipóteses, de modo que, apesar de ambas serem reprimidas, fosse possível existir uma dosagem diferenciadora conforme a gravidade do ilícito.

De tal forma, ao passo que o artigo 12 da referida legislação tratava do tráfico, prevendo uma pena consideravelmente mais alta, o artigo 16 se referia à posse de entorpecentes para uso e trazia consigo uma pena mais branda:

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. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Embora tenha representado um marco na política de drogas adotada no Brasil, a Lei nº. 6.368/76, nos anos 90, passou a ser alvo de diversas críticas que alegavam uma defasagem conceitual e operacional do estatuto, sendo essa realidade suficiente para justificar a necessidade de uma reforma integral no texto da lei (CARVALHO, 2016).

Corroborando nessa linha de pensamento, Brandão (2017) enfatiza que os anseios de reforma da Lei nº 6.386/76, que variavam da descriminalização ao aumento da punitividade, desembocaram, vinte e seis anos após sua entrada em vigor, no surgimento da Lei nº. 10.409/02. A nova legislação, todavia, foi parcialmente vetada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, tendo sido prejudicada a parte da lei que se destinava a definir os crimes e as penas.

O veto da matéria penal ensejou, na prática, uma situação *sui generis* e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidade diversas. Assim, em se tratando dos dispositivos que tratavam da parte processual, a Lei nº. 10.409/02 obteve plena vigência, restando a estrutura material do direito penal atrelada à antiga Lei nº. 6.368/76 (CARVALHO, 2016).

Essa anomalia legal fez pairar sobre o universo jurídico um forte clima de instabilidade que perdurou até o advento da Lei nº. 11.343, de agosto de 2006, sendo esta a última mudança legislativa referente ao combate às drogas no Brasil.

Diante da confusão legislativa instaurada pela vigência simultânea de duas leis, a de nº. 11.343/06 foi recepcionada como um grande avanço social, objetivando sanar a incontrolável propagação de entorpecentes e instaurar, em território nacional, uma nova política de combate ao tráfico.

Embora fundada na mesma base ideológica da lei antecessora, a Lei nº. 11.343/06 foi capaz de criar dois tratamentos extremamente diferentes, com respostas punitivas de natureza distinta, às figuras do traficante e do usuário: no atual modelo, o uso de drogas é crime do qual não resulta prisão, ao passo que o tráfico é altamente reprimido e elevado ao status de crime hediondo por equiparação.

Ocorre que, apesar de trazer inovações significativas, a Lei de Drogas, como popularmente ficou conhecida, nunca foi socialmente eficaz por possuir uma redação marcada por um déficit expressivo de coerência jurídica que favorece a manutenção da hierarquia racial no Brasil.

Isso porque, em que pese o fato de ter aprimorado o sistema de diferenciação entre as duas figuras, conferindo tratamentos extremamente díspares a variar conforme o enquadramento do indivíduo, a Lei de Drogas, ao se utilizar de critérios amplamente subjetivos para promover a distinção entre usuários e traficantes, acabou gerando vácuos de ilegalidade que, quando do momento de sua aplicação na prática, em uma sociedade que segue sendo racista, servem de motor para a perpetuação do estereótipo que maiormente enquadrará pessoas negras como traficantes.

Ante esta realidade, faz-se preciso adentrar em determinados dispositivos legais da referida lei no intento de compreender, a fundo, o que vem a ser um usuário e um traficante conforme o diploma em vigência, visando, posteriormente, a elucidação da problemática à luz das ideias de criminalização secundária segundo preconizada pela teoria do *labeling approach*.

5.2 Criminalização secundária das drogas

Viu-se, no tópico anterior, que o contexto social brasileiro no período pós abolição era marcado pela adoção de práticas, por parte da elite brasileira, que em nada buscavam inserir os negros e seus descendentes recém libertos na sociedade.

Em verdade, o que se buscava, naquela época, era um completo esquecimento de toda e qualquer referência negra da história brasileira, razão pela qual se iniciou um processo de branqueamento em uma tentativa vã de consolidar uma estrutura social aos moldes europeus.

A linha de pensamento que se consolidava em terras tupiniquins encontrou fortes fundamentos nas teorias de Cesare Lombroso, decorrendo, de tal influência, um incentivo ainda maior para a concretização de políticas racistas, visto que a tese do determinismo biológico de Lombroso, por óbvio, fora associada aos negros, sendo eles, ao lado de sua cultura e religião, elevados ao status de “mal a ser combatido”.

Sendo certo que essa perspectiva fez com que a classe médica passasse a rechaçar veemente o uso da maconha, planta oriunda da África e trazida pelos escravos, foi possível identificar a razão não declarada existente por detrás de sua criminalização, que não foi outra senão a de justificar a repressão e a exclusão do grupo que a ela esteja vinculado – os negros.

Partindo-se desse ponto, traçou-se um breve arcabouço histórico das legislações brasileiras voltadas ao combate do uso de drogas, destacando-se, por óbvio, a influência do modelo ianque na política brasileira.

Desembocando no último estatuto repressivo da matéria, qual seja, a Lei nº. 11.343 de 2006, popularmente chamada de Lei de Drogas, discorreu-se brevemente acerca de sua falha tentativa de consolidar uma política segura e eficiente no Brasil.

Isso pois, conforme exposto, a referida lei trouxe consigo critérios subjetivos para a distinção de usuários e traficantes, abrindo espaço para a perpetuação, em sede de criminalização secundária, do ideal racista conforme preconizado no Brasil recém republicano.

Com o fito de descortinar a enorme problemática decorrente dessa matéria, a análise dos dispositivos legais voltados à identificação do que vem a ser um traficante ou um usuário faz-se extremamente precisa, visto que é dos citados critérios subjetivos que as agências oficiais de controle se valem, quando do momento de sua atuação, para perpetuar a figura do negro como sendo o criminoso por excelência.

5.2.1 A figura do usuário na Lei de Drogas

Segundo o artigo 28, caput, da Lei nº. 11.343/2006, usuário é aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal sem autorização ou acordo com a determinação legal.

Da literalidade do supracitado artigo observa-se a presença de cinco condutas que, segundo doutrina de Gonçalves e Júnior (2017), podem assim serem explicadas: adquirir (obter a propriedade, a título oneroso ou gratuito), guardar (reter a droga pertencente a terceiro), ter em depósito (reter a droga que lhe pertence), transportar (conduzir de um local para outro em algum meio de transporte) e trazer consigo (conduzir pessoalmente a droga).

As referidas ações são reconhecidas unicamente em sua forma dolosa, é dizer, o indivíduo deve saber e querer ter a posse da droga, razão pela qual, ausente o dolo, pode-se observar a configuração do erro de tipo (indivíduo que porta a droga sem saber do que se trata) ou erro de proibição (indivíduo que porta a droga sem saber que esta é ilícita e proibida).

Para além disso, imperioso é notar que, em se tratando do crime de uso de drogas, imprescindível é a observação do que a doutrina convencionou chamar de “dolo específico”, ou seja, quando o indivíduo atua com uma especial finalidade de agir. De tal forma, segundo Godoy (2003, p. 1):

Somente quem tem o objetivo de consumir a droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal é que pode ser sujeito ativo desta conduta, ou seja, a intenção especial do agente em possuir a droga para consumo pessoal. Assim, se o sujeito tem a posse da droga para destiná-las a terceiro, a tipificação será conduta prevista no artigo 33, não incidindo mais o artigo 28.

Destaca-se, ademais, que o crime ora analisado se consuma pela simples realização das condutas previstas no tipo penal em razão do potencial risco à saúde pública e à coletividade que delas decorrem, posto que se classifica como crime de perigo abstrato – aqui compreendido como aquele que não exige a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto.

No que diz respeito, enfim, às sanções previstas aos usuários, determinam os incisos do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Da análise do supracitado dispositivo legal, quatro observações fazem-se pertinentes e necessárias.

A primeira delas, por óbvio, é a de que o legislador conferiu um tratamento mais brando ao crime de uso de drogas: as sanções não têm um viés determinantemente punitivo, mas sim educativo, na medida em que busca tratar do usuário e reinseri-lo na sociedade. Nesta senda, Nascimento (2012, p. 1), ao discorrer sobre o tema, afirma que:

A mudança de perspectiva permitiu a busca de vias alternativas encontrando na política de prevenção ao uso de drogas ilegais um meio para atingir um objetivo até então inalcançado: atender às necessidades do usuário, tirá-lo do vício e a ele garantir a possibilidade real de autodeterminação consciente e responsável de sua própria vida, o que é evidente expressão de defesa do princípio da dignidade humana, expressamente trazido pela Constituição Federal em seu art. 1º, inciso II.

Posto isto, nota-se que a advertência se revela, segundo Rosa (2008), não como uma repressão moral ou religiosa, mas sim jurídica, buscando-se, dentre outras coisas, abordar os efeitos prejudiciais da droga para o próprio usuário e para a sua família.

No que tange à prestação de serviços à comunidade, determina a lei que:

Art. 28, § 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.

O período de cumprimento da prestação de serviços à comunidade em razão do crime de uso de drogas será no máximo de cinco meses, em se tratando de réu não reincidente, ou de dez meses, em se tratando de réu reincidente (artigo 28, §§ 3º e 4º). Segue-se, ademais, os mesmos comandos do artigo 46, §3º do Código Penal, é dizer: a prestação de serviços deverá atender a duração de uma hora de tarefa por dia de condenação.

A medida de comparecimento à programa ou curso educativo, por sua vez, tem como fim promover uma abordagem interdisciplinar e didática da problemática ao usuário de drogas, fornecendo informações que sejam adequadas ao seu nível de compreensão, vocabulário, interesses, dificuldades e indagações (NASCIMENTO, 2012).

Tal como ocorre na prestação de serviços à comunidade, o prazo de aplicação da medida é de cinco meses, em se tratando de réu não reincidente, ou de dez meses, em se tratando de réu reincidente (artigo 28, §§ 3º e 4º da Lei nº. 11.343/2006).

Noutro giro, a segunda observação a ser feita no contexto das sanções diz respeito ao fato de, segundo preceitos da Lei nº. 11.343/2006, não ser possível proceder-se à aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, ainda que se trate de flagrante delito. Assim dispõe:

Art. 48, § 2º. Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

O intuito foi o de evitar 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 (MENDONÇA; CARVALHO, 2008).

A terceira observação decorre da necessidade de diferenciar a figura do usuário do dependente químico. Isso porque concede-se, a cada uma delas, um tratamento diferente.

Assim, o usuário é aqui compreendido como o indivíduo que faz uso esporádico das drogas, detendo controle emocional e físico sobre o desejo de usar a substância ilícita. As sanções impostas, como delineado anteriormente, são três: advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a curso educativo.

O dependente, por sua vez, revela-se enquanto incapaz de controlar a sua vontade de consumo, saindo do eixo da segurança emocional e física e desaguando em um uso repetitivo e impensado das substâncias. Em se tratando do tratamento conferido ao dependente, a Lei nº. 11.343/2006 prevê a possibilidade de sua absolvição imprópria, afastando a aplicação da pena e prevendo em seu lugar a medida de segurança:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

A quarta e última observação, por fim, decorre do fato de que o mesmo tratamento conferido ao usuário, segundo o artigo 28, §1º, da Lei nº. 11.343/2006, deve ser dado àquele que 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.

Segundo ensinamentos de Gonçalves e Júnior (2017), o dispositivo é aplicado para pessoas que plantam algumas poucas mudas de maconha em sua própria residência para consumo pessoal, de modo que, se a intenção do agente for a venda ou a entrega ao consumo de terceiro, a conduta não será mais configurada como uso de droga.

5.2.2 A figura do traficante na Lei de Drogas

A Lei nº. 11.343/06, a partir do seu artigo 33, inicia uma série de crimes decorrentes da necessidade de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Todavia, sendo certo que a discussão aqui proposta se centraliza no crime de tráfico simples, mormente a necessidade de traçar um paralelo na figura do usuário e do traficante, faz-se preciso esclarecer que os demais tipos penais não serão objeto de análise.

Pois bem, segundo o artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, traficante é aquele que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, estando sujeito à pena de reclusão, de cinco a quinze anos.

Da literalidade do supracitado artigo observa-se a presença de dezoito condutas que, segundo doutrina de Gonçalves e Júnior (2017), podem assim serem explicadas: importar (fazer entrar o entorpecente no país, por via aérea, marítima ou por terra), exportar (fazer sair o entorpecente do país, por via aérea, marítima ou por terra), remeter (deslocar a droga de um local para outro do território nacional), preparar (combinar substâncias não entorpecentes, formando uma tóxica pronta para o uso), produzir (preparação com capacidade criativa), fabricação (produção por meio industrial), adquirir (obter a propriedade, a título oneroso ou gratuito), vender (alienar mediante contraprestação em dinheiro ou outro valor econômico), expor à venda (exibir a mercadoria aos interessados na aquisição), oferecer (abordar eventuais compradores e fazê-los saber que possui a droga para venda), ter em depósito (reter a droga que lhe pertence), transportar (conduzir de um local para outro em um meio de transporte), trazer consigo (conduzir pessoalmente a droga), guardar (reter a droga pertencente a terceiro), prescrever (sinônimo de receitar), ministrar (aplicar, inocular, introduzir a substância entorpecente no organismo da vítima), fornecer (pressupõe intenção de entrega continuada do tóxico ao comprador).

Relevante reconhecer que, segundo a Lei nº. 11.343/2006, incorrerá na mesma pena do tráfico quem:

Art. 33, §1º. [...]

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.

A respeito da figura do traficante, algumas observações fazem-se necessárias e pertinentes para a completa compreensão da figura.

A primeira delas remete à constatação de que o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla, ou seja, possui várias condutas típicas separadas pela conjunção alternativa “ou”. Por assim o ser, a prática de variadas condutas voltadas para o mesmo objeto material deságua em um crime único. Situação diferente ocorre, por óbvio, quando as condutas forem relacionadas à diferentes drogas sem qualquer ligação fática.

A segunda observação reside no fato de que todas as figuras relacionadas ao tráfico de drogas são dolosas, não se exigindo, tal como ocorre no crime de uso de drogas, um dolo específico. Por assim ser, basta, aqui, a ocorrência do dolo genérico, consubstanciado na vontade e na livre consciência de praticar uma ou algumas condutas do tipo penal.

A terceira e, talvez, mais importante observação, é a de que o tráfico de drogas se equipara, em regra, aos crimes hediondos, conforme o artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990. A consequência, por óbvio, é um tratamento diferenciado e mais gravoso, justificado pelo maior grau de reprovação conferido ao crime. Diz-se em regra pois, conforme ensinamentos de Godoy (2014, p. 2):

A legislação só não equiparou a hediondo os crimes dos arts. 28, e §1º (posse para consumo), art. 33, §§2º e 3º (auxílio ao uso e uso compartilhado), art. 38 (prescrição culposa de droga) e art. 39 (conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de droga). Portanto, em regra ocorre a equiparação à hediondo; a não-equiparação é a exceção.

Em que pese o correto posicionamento da referida autora, frente às mudanças jurisprudenciais e à guisa de complementação, faz-se preciso incluir no rol dos crimes não equiparados aos hediondos o chamado tráfico privilegiado³. Isso porque, no julgamento do HC

³ Artigo 33, § 4º, Lei nº. 11.343/2006. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

118.533, Rel. Min. Cármen Lúcia, em 23/06/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o tráfico privilegiado de drogas não possui tal natureza. Discorrendo sobre o tema, Gonçalves e Júnior (2017) esclarecem que a decisão da Corte Suprema se sobrepõe ao que havia decidido o Superior Tribunal de Justiça, que entendia ter natureza hedionda o tráfico privilegiado.

Válido reconhecer que o pensamento defendido pelo Supremo foi consolidado na Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84) por intermédio da mudança promovida pelo Pacote Anticrime (Lei nº. 13.964/19) que, ao inserir o § 5º no artigo 112 da Lei de Execuções, expressamente previu que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”.

Superado esse ponto, relevante é reconhecer que o tratamento conferido pela Lei nº. 8.072/1990, quando somado àquele conferido pela própria Lei nº. 11.343/2006, indiscutivelmente impõem ao traficante medidas mais duras a serem aplicadas pelo Estado.

De tal forma, a progressão para regime mais brando em hipótese de tráfico de drogas pressupõe o cumprimento, conforme recentemente uniformizado pelo citado Pacote Anticrime, da porcentagem de pena definida pelo artigo 112 da igualmente citada Lei de Execuções Penais:

[...]

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Ato contínuo, é proibida a concessão de indulto, graça, anistia e fiança aos condenados por tráfico de drogas (artigo 2º da Lei nº. 8.072/90 e artigo 44 da Lei 11.343/2006). Não obstante, segundo disposto no artigo 44, caput, bem como no seu parágrafo único, da Lei nº. 11.343/2006, o crime de tráfico de drogas e seus equiparados são insuscetíveis de sursis, sendo concedido o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico – nos delitos comuns, o livramento pode ser obtido após o cumprimento de 1/3 da pena, se o sentenciado for primário, e de 1/2 se reincidente em crime doloso.

A quarta e última observação, por fim, remete ao fato de que a Lei nº. 11.343/2006 equipara ao tráfico, no seu art. 34, as condutas que consistem em fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O mesmo ocorre com os tipos penais previstos no art. 35 (associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas), art. 36, (financiamento ou custeio da prática do crime de tráfico), art. 37 (colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de crime de tráfico), todos da Lei 11.343/2006.

5.2.3 A frágil distinção entre usuário e traficante: o solo fértil para a perpetuação da hierarquia racial no processo de criminalização secundária

Conforme fora exposto, embora a figura do usuário possa ser retirada a partir da leitura do artigo 28 e a figura do traficante da leitura do artigo 33, ambos da Lei nº. 11.343/2006, o que se observa é uma grande aproximação – sobretudo em razão das condutas que são idênticas – que acaba por dificultar a diferenciação entre uma figura e outra.

Curioso é reparar, ainda, que muito embora as condutas sejam iguais, as consequências, conforme fora igualmente exposto, são extremamente opostas e diferenciadas no que tange ao grau de repressão: ao usuário, penas alternativas, ao traficante, pena privativa de liberdade aos moldes dos crimes hediondos.

Tal realidade deveria exigir, por óbvio, um extremo cuidado por parte do legislador quando do momento de estabelecimento de critérios que serviriam para efetivamente diferenciar as figuras ora analisadas.

Isso porque, trazer à baila uma legislação que não ofereça critérios concretos de diferenciação acaba por abrir lacunas que inevitavelmente desaguarão em enquadramentos errôneos e, conseqüentemente, em injustiças perpetradas contra aquele que, embora usuário, viu-se definido como traficante, sofrendo penas que não lhe fazem jus.

Nesta senda, faz-se preciso esclarecer que segundo Gomes (2007) existem dois sistemas legais utilizados para diferenciar o usuário do traficante. O primeiro deles é o sistema de quantificação legal. Segundo o referido autor, nesse caso, fixa-se um quantum diário para o consumo pessoal, de modo que, não ultrapassado esse limite, não há que se falar em tráfico.

O segundo sistema, por sua vez, é o do reconhecimento judicial ou policial. Neste, cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar o caso concreto e decidir, de modo subjetivo, sobre o correto enquadramento a ser utilizado.

O legislador brasileiro, através do artigo 28, § 2º, da Lei nº. 11.343/2006, optou pelo sistema do reconhecimento judicial, assim dispendo:

Art. 28, § 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.

Da literalidade do supracitado artigo observa-se a presença de quatro circunstâncias que deverão ser analisadas pelo magistrado para aferir o consumo pessoal ou não das drogas.

A primeira das circunstâncias volta-se para a análise da natureza e da quantidade da substância apreendida. A natureza diz respeito ao tipo da droga e a sua composição. Assim, não há que se falar em uso de drogas se o material apreendido não constitui uma. A análise da quantidade, por outro lado, reflete um dos engasgos acerca dos critérios utilizados para definição de usuário adotada pela Lei nº. 11.343/2006.

Isso porque, como se nota, inexistente um parâmetro numérico voltado para identificação do agente enquanto mero usuário ou traficante, razão pela qual, não raramente, na prática, observa-se a ocorrência de erros grosseiros que implicam diretamente na restrição do direito à liberdade do indivíduo.

É fato que determinados casos não abrem margem para dúvidas a respeito do correto enquadramento, como ocorre, por exemplo, na hipótese de indivíduo apreendido com vinte quilos de maconha.

Tolice é imaginar, todavia, que toda abordagem contará com uma quantidade facilmente “classificável”: muitas vezes as quantidades apreendidas são razoáveis tanto para a venda como para o consumo, abrindo-se margem para que a autoridade responsável emita um juízo de valor que nem sempre será justo e louvável.

No que tange à segunda circunstância, qual seja, a arguição quanto ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, o magistrado, segundo Godoy (2014, p. 3), deverá levar em consideração:

[...] a forma de armazenamento da droga, se se encontra ou não em invólucros destinados à mercancia; ao local em que se encontra tanto a droga, como o agente no momento da flagrância, se o local em questão era local suspeito, se era conhecido por haver tráfico ou reuniões de usuários; se as condições em que foi feita a apreensão do

agente era suspeita ou não, à exemplo deste se encontrar na porta de uma escola, no interior de uma festa.

A terceira circunstância, por sua vez, faz referência às condições sociais e pessoais do indivíduo, revelando-se, de tal forma, enquanto fomentadora de estereótipos sociais marginalizadores.

Ora, o entendimento acerca da referida circunstância não há de ser outro: a autoridade, quando da apreensão da droga, deverá analisar as condições econômica do agente, como este estava vestido, se transparece ser de boa ou má índole, se o agente possui emprego e renda fixa ou se trata de um desempregado (GODOY, 2014).

É dizer, em outras palavras, que uma pessoa aparentemente rica está mais propensa a ser enquadrada como usuário, ao passo que o indivíduo aparentemente pobre está mais propenso a ser definido como traficante, fundando-se tal enquadramento unicamente em razão de suas condições sociais e pessoais. Discorrendo sobre tal problemática, Campos (2018, p. 45):

Nesse esteio, a pobreza, o desemprego, a falta de uma profissão, ou de ensino superior, são fatores que estão associados a circunstâncias de traficância, de maneira que, não raro a única “prova” do tráfico é o desemprego ou o subemprego daquele que se encontra com posse de drogas, por se supor que, estando desempregado ou subempregado, não teria condições de comprar a droga para o uso pessoal.

A quarta e última circunstância, por fim, volta-se à conduta e aos antecedentes do agente, ou seja, a autoridade deve atentar-se ao modo que o indivíduo estava praticando a ação no momento em que fora flagrado e, ademais, atentar-se ao fato do agente ter ou não condenações penais anteriores pela prática dos crimes dispostos na Lei nº. 11.343/2006.

Percebe-se, ante o destrinchar do supracitado dispositivo, que a legislação brasileira se utilizou de critérios revestidos de uma carga amplamente subjetiva e valorativa para a distinção entre traficantes e usuários.

Esse contexto acaba por manifestar, no usuário, um sentimento de insegurança jurídica e de incerteza quanto à restrição do seu direito à liberdade, haja vista que se encontra submetido às avaliações extremamente subjetivas a respeito de sua conduta.

Tal situação agrava-se, sobretudo, no que tange aos usuários negros, haja vista ser possível afirmar que os critérios subjetivos previstos na legislação de drogas pendem de modo negativo, na maioria quase absoluta das vezes, para este grupo que é alvo de perseguições desde o início do século XX.

Relembra-se, nesse ponto, que a teoria do *labeling approach*, conforme exaustivamente exposto ao longo do presente trabalho, destaca dois momentos em que se opera a seletividade

penal: na elaboração das leis (criminalização primária) e na efetivação dessas normas (criminalização secundária).

Em sede da Lei de Drogas, a criminalização primária faz-se notória, para além da questão discutida nos tópicos anteriores, qual tenha sido, a de que o combate às drogas no Brasil fundamenta-se, desde sua origem, sob um viés racista e controlador, quando da análise das circunstâncias que, em tese, serviriam para diferenciar o usuário do traficante.

Diz-se em tese porque a redação, em verdade, parece ter sido feita propositalmente com lacunas a fim de favorecer aqueles que compõem a elite, sendo certo que a subjetividade operará sempre em favor daquele que goza de condições sociais e econômicas melhores.

Tal constatação transporta o cerne do problema à criminalização secundária, aqui compreendida como sendo a ação punitiva exercida pelas agências de controle formal contra pessoas que transgredirem as normas penais resultantes da criminalização primária.

Isso porque a lei, ao prever os crimes por si só, opera apenas no campo abstrato, dependendo dos agentes do controle formal para ser aplicada nos casos concretos. É nessa perspectiva que determinados comportamentos poderão ser interpretados como criminosos e outros, apesar de também possuírem aspectos aptos a ensejar o seu enquadramento, não o serão. Nesse sentido, a lição de Zaffaroni et al (2011, p. 44):

Apesar de a criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária.

Considerando-se, nesse ponto, que o racismo ainda é latente no Brasil e que, consciente ou inconscientemente, ele é reproduzido pelos atores do sistema de justiça criminal, não é difícil imaginar que as autoridades, sobretudo as policiais, fazendo-se valer dos critérios subjetivos elencados pelo legislador para verificar o enquadramento no caso concreto, não identificará, nessa proposta, o indivíduo branco, aparentemente de classe média abordado em um bairro igualmente de classe média, como um traficante, mas sim o indivíduo preto, de vestes tidas como pobres que perambula pelas periferias.

O racismo do sistema penal brasileiro, visivelmente presente na criminalização das drogas, passa, então, a se revelar não apenas na elaboração, mas sobretudo na aplicação da norma incriminadora, visto que a atuação policial, crucial para a realização filtro que separa os traficantes dos usuários, não raramente se vale de abordagens ilegais contra jovens negros que,

de acordo com seus critérios, reitera-se, racistas, estariam em uma atitude suspeita (RIBEIRO JÚNIOR, 2016).

Essa realidade contribui, dentre outras coisas, para o enquadramento apenas da figura do microtraficante, ou seja, indivíduos que realizam a função popularmente conhecida como “aviãozinho”, transportando drogas em nome dos reais traficantes que permanecem inalcançáveis.

De extrema valia, nesse ponto, é a discussão trazida à tona por Batista (2003, p. 103) no que tange a identificação de uma atitude suspeita. Segundo a autora:

[...] a “atitude suspeita” não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do “fazer algo suspeito”, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol.

Afirma-se, assim, que o sistema penal brasileiro, em se tratando do crime de tráfico de drogas, faz uma seleção preferencial por determinados indivíduos, etiquetando-os e consolidando na prática um jogo de cartas marcadas que atua sempre em seu desfavor, sendo essa prática, inclusive, apoiada pela mídia que fomenta esse perfil construído socialmente. Não por outro motivo Godoy (2014, p. 4) afirma que:

[...] os jovens negros e aqueles cuja aparência corresponde ao estereótipo do delinquente são mais frequentemente abordados e interrogados, muitas vezes mesmo sem quaisquer indícios de prática de crime. A polícia justifica o seu tratamento seletivo em termos epidemiológicos, concentrando a sua atenção sobre aqueles jovens que, segundo ela acredita, mais provavelmente cometeriam crimes.

Eis, então, a razão pela qual enxerga-se a Lei nº. 11.343/2006 ainda como fomentadora da hierarquia racial no Brasil: aos estabelecer critérios ineficientes para diferenciação da figura do usuário e do traficante, o referido diploma legal manifesta uma clara seletividade penal que se revela desde sua edição à sua aplicação, atingindo majoritariamente a população negra e periférica.

Tal entendimento prova-se quando da análise dos dados fornecidos pela Pública – agência de jornalismo investigativo – que analisaram as sentenças de primeiro grau de tráfico de drogas proferidas em 2017 no estado de São Paulo.

De tal forma, ao longo de quatro meses as sentenças foram analisadas e classificadas por raça e cor nas seguintes categorias: absolvição, condenação, condenação em parte e

desclassificação, ou seja, quando o réu é acusado de tráfico mas é reconhecido e condenado, em verdade, pelo crime de porte de drogas para seu consumo pessoal⁴.

A análise da referida investigação realizada pela Pública permitiu a formulação de duas teses.

A primeira delas é a de que os negros são mais condenados e em maior proporção: setenta e um por cento dos negros julgados foram condenados por todas as acusações feitas pelo Ministério Público no processo – um total de 2.043 réus. Entre os brancos, a frequência é menor: 67%, ou 1.097 condenados.

Para além disso, ainda segundo os dados fornecidos pela referida agência, embora a frequência de absolvição não seja tão discrepante – 11% para negros e 10,8% para brancos –, a diferença é de quase 50% a favor dos brancos nas desclassificações para “posse de drogas para consumo pessoal”: 7,7% entre os brancos e 5,3% entre os negros.

A segunda tese, por sua vez, reside na constatação, de modo geral, que os negros são processados por tráfico de drogas ainda que com menos quantidade de maconha, cocaína e crack do que os brancos: entre os réus brancos foram apreendidas, em média, 85 gramas de maconha, 27 gramas de cocaína e 10,1 gramas de crack. Por outro lado, em se tratando de réu negro, a medida é inferior nas três substâncias: 65 gramas de maconha, 22 gramas de cocaína e 9,5 gramas de crack.

Os dados da Pública seguem e informam, para além disso, que nos casos de apreensão de somente um tipo de droga, os negros foram proporcionalmente mais condenados portando quantidades inferiores de entorpecentes: 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.

Não obstante, a diferença ocorre também nos casos em que a acusação é desclassificada para “porte de drogas para consumo pessoal”: 9,3% dos negros foram considerados usuários e a mediana das apreensões nesses casos foi de 39,4 gramas. Já entre os brancos, 15,2% foram considerados usuários, com apreensão mediana de 42,8 gramas de maconha.

Nas ocorrências envolvendo somente crack, a mediana das apreensões nos processos que levaram à condenação é semelhante entre as cores: 11,1 gramas para os brancos e 10,2

⁴ Salienta-se, conforme exposto, que a pesquisa realizada pela Pública utilizou como variável unicamente a raça, não analisando questões como, por exemplo, a classe social e a presença ou não de advogado particular na defesa do condenado. Em que pese a possibilidade de mudança do resultado com a inclusão de tais perspectivas, considerando a atual conjuntura brasileira de distribuição de renda e de concentração de pessoas negras em periferias, acredita-se que a pesquisa, tal como formulada, serve de substrato suficiente para a tese que aqui se defende.

gramas para os negros. No entanto, as frequências de condenação são bem diferentes: 67% entre os negros e 50% entre os brancos.

A exposição dos resultados frutos da análise desenvolvida pela Pública acaba por explicar, de uma maneira quase recíproca, o porquê de o contingente carcerário brasileiro ter aumentado significativamente com a entrada em vigor da Lei de Drogas.

Conforme os números divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), relativa ao ano de 2019, o número de encarcerados no Brasil chegou ao impressionante montante de 748.009 pessoas, sendo 20.28% desse total decorrente unicamente do crime de tráfico e, em se tratando especificamente deste, estima-se que cerca de 64% dos condenados sejam negros, dentre os quais menos de 1% possuem ensino superior.

Nota-se, portanto, que a exposição de todos esses dados serve como reforço para a tese aqui defendida: o sistema penal brasileiro atual, embora tente travestir suas intenções, segue vinculado à política racista consequente da escravidão, atualizada, nos dias de hoje, no vago combate às drogas, visto que através dela pode reiterar o alvo, qual seja, o negro, a quem nunca foi retirada a mira brasileira elitista que aponta ao seu peito.

Urge, nesse contexto, a necessidade de trabalhar e analisar alternativas aptas a estabelecer critérios de diferenciação mais seguros, fornecendo, de tal forma, a consolidação de maior segurança e estabilidade àqueles perseguidos pelo sistema penal brasileiro, sendo certo que estes, independentemente de qualquer enquadramento, seguem sendo cidadãos portadores de direitos e deveres.

6 ALTERNATIVAS ANTE O SISTEMA VIGENTE – A QUANTIFICAÇÃO E O DOLO ESPECÍFICO COMO POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Conforme exposto, a aparente generalidade e abstração da lei penal torna-se eminentemente mitigada frente aos critérios subjetivos de diferenciação presentes na Lei de Drogas, visto que estes, capazes de legitimar a discriminação sob os panos quentes da lei, contribui sobremaneira, dentre outras coisas, para o aumento da população carcerária e do estigma sofrido pela população negra.

Nessa perspectiva, a omissão do legislador frente a tais parâmetros, segundo o Min. do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, em julgamento do Recurso Extraordinário nº. 635.659⁵, “gera um vácuo normativo inconstitucional, ainda que oculto, dentro do qual o intérprete trabalha a partir de suas próprias concepções a respeito do que caracteriza o delito de tráfico e, principalmente, o próprio traficante”.

Desta feita, torna-se cediço, sob pena de recair no hábito da velha contestação sem argumentos, a exposição de alternativas ao sistema positivo vigente. Assim, em prejuízo ao tipo aberto do artigo 28, § 2º, da Lei nº. 11.343/06, passa-se a análise de outras medidas e critérios que poderiam ensejar, na prática, uma aplicação mais isonômica e justa dos ditames penais⁶.

Nessa senda, observa-se, em primeiro lugar, a possibilidade de quantificação determinada e objetiva de cada substância ilícita, de maneira a enquadrar o agente, como usuário ou traficante, de acordo com o montante de entorpecentes que este possuir (BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010).

Corroborando nessa linha de pensamento Nucci (2007) ao entender que a adoção do critério quantitativo para distinguir o usuário do traficante pode salvaguardar a sociedade de eventuais arbitrariedades, visto que, segundo o autor, tal critério afastaria a possibilidade de emissão de um juízo de valor preconceituoso ligado às condições econômicas e sociais do indivíduo.

Nesse sentido, insta trazer à baila o já citado julgamento, perante a Corte Suprema, do Recurso Extraordinário nº. 635.659 que, embora ainda não conclusivo, tem o condão de discutir acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

⁵ Ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº. 635.659, com repercussão geral reconhecida, foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e centraliza sua análise na (in)compatibilidade do artigo 28 da Lei de Drogas às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

⁶ Sendo certo que a proposta do presente trabalho não é a de esgotar todas as possíveis medidas alternativas, cumpre destacar que a análise aqui desenvolvida caminha apenas sobre as principais opções que promovem alterações no próprio texto da Lei de Drogas, não incluindo, por assim ser, discussões decorrentes da corrente antiproibicionista, a exemplo da hipótese da legalização, que ensejaria um estudo demasiadamente mais profundo e detalhado.

Sob tal perspectiva, o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto já proferido, aludiu a possibilidade de aplicação de critérios objetivos de quantificação, a depender do entorpecente, de forma que aquele que fosse surpreendido pela polícia com 25 gramas de maconha deveria responder pelo porte de drogas para consumo e não por tráfico.

Desdobramento interessante da adoção da quantidade como critério diferenciador foi adotado na Espanha, visto que o país, aprimorando tal sistema, criou um modelo “progressivo” de enquadre variável conforme a quantidade de substância apreendida com o indivíduo. Desse modo, conforme ensina Carvalho (2016, p. 329), os critérios foram estabelecidos nos seguintes termos:

- (1) posse de quantidade mínima que induz à presunção de autoconsumo (fato atípico);
- (2) posse de quantidade moderada que indicia tráfico de entorpecentes – art. 368, Código Penal;
- (3) posse de quantidade de notória importância, que ocasiona punição agravada – art. 369, 6º, Código Penal;
- (4) posse de quantidade expressiva de droga (*extrema cantidad*) a qual, agregada a outros elementos e circunstâncias, define condutas qualificadas – art. 370, 3º, Código Penal.

O autor, à guisa de exemplificação, ainda traz as quantidades adotadas como critério no caso do haxixe, droga cujo efeito entorpecente deriva da preparação com a resina segregada pelas inflorescências femininas da maconha, ressaltando, todavia, que tais quantias variam conforme a droga. Assim, Carvalho (2016, p. 330):

[...] em relação ao haxixe, p. ex., as quantidades ficam determinadas da seguinte forma: (a) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal); (b) entre 50 gramas e 1 quilo, considera -se posse moderada, recaindo a figura do tráfico simples; (c) de 1 quilo a 2,5 quilos, a quantidade é de notória importância, incidindo as penas agravadas; (d) acima de 2,5 quilos, a posse passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se as sanções do tráfico qualificado.

Em que pese o fato de eventual adoção dessa alternativa poder concretizar, na realidade brasileira, uma significativa melhora, certo é que ela não será capaz de resolver o imbróglio presente na Lei de Drogas, visto que o tráfico facilmente adaptar-se-ia ao novo modelo, captando novos “recrutados” e passando a traficar apenas em pequenas quantidades, agindo sempre dentro do limite legal e aumentando consideravelmente o número de pessoas envolvidas no crime.

É nessa perspectiva que a segunda alternativa, qual seja, a de adoção de um especial fim de agir a ser implementado no artigo 33 da Lei de Drogas, faz-se relevante e mais atraente à realidade brasileira.

Conforme exposto anteriormente, em se tratando do crime de uso de drogas, previsto no artigo 28, a doutrina convencionou a exigência do dolo específico, entendendo, segundo lições de Godoy (2003), que somente quem tem o objetivo de consumir a droga é que pode ser sujeito ativo desta conduta.

Sendo certo que a figura do traficante prevista no artigo 33 caracteriza-se, em contramão, pelo dolo genérico, ou seja, ausente a presença de um dolo específico também para a figura do traficante, a consequência, na prática, é tenebrosa: qualquer outra intenção, independente da destinação, implica no enquadramento automático do artigo 33, visto que este traz consigo uma ampla carga genérica.

Essa realidade acaba por criar, conforme ensina Carvalho (2016), uma espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador, através da qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa, fato este que contribui, inclusive, para a inversão do ônus da prova, haja vista que o acusado acaba assumindo o encargo de elucidar suas intenções.

Do exposto, alude-se a importância de se considerar, além da prática dos vários verbos descritos no artigo 33 da legislação em comento, dois requisitos adicionais quanto à caracterização do delito, aproximando-se do modelo de dolo específico estabelecido pelo artigo 28, quais sejam, a habitualidade e o propósito de lucro. Nessa linha de pensamento, tais são as lições de Greco (2003, p. 06):

(...) talvez seja possível enumerar dois elementos que devem estar presentes para que se possa falar em um traficante. Em primeiro lugar, o sujeito deve praticar os atos não esporadicamente, mas com certa frequência: este requisito objetivo é a habitualidade. Com isso, todos aqueles que praticaram um dos verbos capitulados (...) uma única vez ficam excluídos do alcance deste dispositivo. Mas se exigirmos unicamente a habitualidade, a mãe que sempre compra a droga para depois entregá-la ao filho nele estaria abrangida. Daí porque é preciso um segundo elemento, de índole subjetiva: o intuito de auferir vantagem econômica. Traficante é só quem pratica, com habitualidade e intuito de auferir vantagem econômica, as condutas descritas (...). A habitualidade, é claro, deverá ser comprovada, não se presumindo unicamente pela realização de uma das ações. Sem este elemento objetivo (habitualidade) e este outro subjetivo (intuito de auferir vantagem econômica), não há como chamar alguém de traficante.

Assim, a prática esporádica da conduta criminosa coadunada com o não desejo de auferir lucro seria condição fundamental para a descaracterização do delito de tráfico de entorpecentes, sendo essa alternativa talvez a mais viável ao contexto brasileiro atual, visto que, em sendo possível auferir tais variáveis, colocar-se-ia à disposição do magistrado condições minimamente mais favoráveis para a prolação de sua decisão.

Superado esse ponto, é preciso reconhecer, sem prejuízo ao conteúdo já mencionado, que diante da gravidade da problemática algumas medidas estão sendo tomadas com o desígnio

de atenuar tamanha seletividade discriminatória e segregadora proporcionada pela legislação atual.

Muito embora a medida mais drástica e significativa, qual seja, a legalização, seja uma realidade extremamente distante no contexto brasileiro, tem-se, em solos tupiniquins, discussões que apesar de imaturas possuem forte potencial de provocar concretas mudanças elogiáveis no ordenamento jurídico.

A principal possibilidade de alteração reside no Recurso Extraordinário nº. 635.659 que, conforme já mencionado, ainda está em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Este, reitere-se, tem o condão de discutir acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, ou seja, possui força suficiente para promover uma descriminalização do uso de drogas no Brasil.

No recurso em comento, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada são colocadas em confronto com o porte de drogas para consumo pessoal, buscando-se elucidar a incompatibilidade ou não da legislação aos citados princípios constitucionais.

Três dos onze ministros do Supremo já emitiram seus votos e, surpreendentemente, todos foram favoráveis à descriminalização, variando, todavia, quanto ao alcance: Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso restringiram a descriminalização ao uso e porte exclusivamente da maconha, ao passo que Gilmar Mendes votou pela descriminalização sem restrições.

Em um outro giro, insta elucidar, ainda, que Comissão de Juristas para Reforma e Atualização da Lei de Drogas apresentou, em fevereiro de 2019, um relatório com proposições para significativas mudanças na legislação em comento, de modo a tornar claro que o usuário não é um criminoso, mas um cidadão capaz que opta por usar drogas de maneira não problemática, bem como a descriminalizar o uso em pequenas doses, estabelecendo um critério objetivo.

Independentemente do caminho a ser tomado, fundamental é, à guisa de conclusão, reiterar a necessidade de mudança da legislação de drogas brasileira, haja vista que o atual modelo de criminalização, para além de favorecer a injustiça social, carece de fundamentos constitucionais, sendo uma rica fonte de discriminação e segregação que elucida a clientela do cárcere por meio da raça e da classe social.

Em sendo assim, é elementar que a Lei de Drogas supere a tipicidade aberta do seu artigo 28, § 2º, passando-se a enxergar o crime não do âmbito pessoal do autor, mas do fato, a fim de que se diminua a insegurança jurídica ao preservar o princípio da legalidade com contornos constitucionais e, sobretudo, o da igualdade, como fundamento social e inviolável da nação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho que aqui se desenvolveu, norteado pelo objetivo de compreender a Lei nº. 11.343/06 à luz da teoria do *labeling approach*, permitiu identificar, nos processos de criminalização, uma seletividade penal que no Brasil atinge maiormente a população negra.

Com vistas a alcançar tal entendimento, o caminho trilhado dividiu-se em duas partes: a primeira delas trouxe o arcabouço teórico necessário ao estudo do tema e a segunda, por sua vez, focou na criminalização das drogas à luz da referida teoria, notadamente no que tange aos processos de criminalização primária e secundária, momentos nos quais a seletividade emerge.

Diante de todo o exposto, foi possível inferir que o Direito Penal, em sua própria essência, não busca atingir a todos igualmente, visto que seleciona ações e classes sociais específicas valendo-se da sua função declarada, qual seja, a de proteção dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, para legitimar e ocultar diversas outras funções latentes.

A teoria do *labeling approach*, responsável por iniciar as discussões acerca da referida aplicação não isonômica dos preceitos penais, desconstruiu a argumentação positivista quando, no auge dos movimentos revolucionários estadunidenses e ante a resposta do Estado para com estes, concluiu que o crime possuía apenas uma natureza definitiva variável.

Assim, a referida teoria, ao alterar sobremaneira o enfoque da Criminologia, visto que, a partir desse contexto, os estudos não mais se centralizavam no crime e no criminoso, mas sim no sistema de controle social, permitiu chegar à conclusão de que são os grupos sociais dominantes que criam o crime ao aplicar regras e colocar etiquetas em determinadas pessoas.

Essa constatação trouxe à baila a variável do poder nos processos de criminalização primária (elaboração das leis) e secundária (efetivação dessas normas), enfatizando-se quão seletivos e voltados à manutenção de hierarquias sociais e raciais ambos os processos são.

A aplicação de tais preceitos à problemática relacionada às drogas permitiu identificar, na origem do proibicionismo estadunidense, os reais motivos pelos quais buscava-se criminalizar o uso das drogas que, até então, eram desprovidas da atenção penal: sob a falsa alegação de atenção à saúde, buscava-se legitimar a instalação de políticas aptas a perseguir e crucificar grupos sociais minoritários que, em razão dos pensamentos xenofóbicos e preconceituosos, não eram bem quistos pela população estadunidense branca e protestante.

Em igual piso, foi possível identificar o porquê da exportação do modelo proibicionista estadunidense ter encontrado fortes adeptos em solos brasileiros. Sendo certo que a elite brasileira vinha assumindo uma faceta racista e excludente desde a proclamação da República, buscando apagar da história nacional resquícios da cultura e da participação do povo negro, a

política de combate violento às drogas caiu como uma luva quando considerada a não rara associação que ligava o povo negro à maconha.

Iniciou-se, assim, uma série de aprovações e revogações de inúmeros dispositivos legais que, sob o discurso de proteção à saúde, pretendiam o controle da população negra, compreendida como a criminosa por excelência, mediante o uso cada vez mais forte de medidas repressivas.

Dessa série de mudanças emergiu, em 2006, a Lei nº. 11.343, atual Lei de Drogas. Em que pese o fato desta legislação ter advindo ao ordenamento jurídico sob o fundamento primordial de abrandar a incidência do tráfico ilícito de entorpecentes, bem como com o fito de estabelecer mais justiça e efetividade quando da caracterização do sujeito ativo do delito, certo é que tais objetivos nunca foram socialmente eficazes.

Os vácuos de legalidade e a forte presença de critérios subjetivos de distinção entre usuário e traficante acabaram por desaguar, na prática, em uma notória manutenção da hierarquia racial aos moldes “antigos”: as agências oficiais de controle, impregnadas pelo racismo ainda latente no Brasil, levam a cabo a insuficiência dos critérios de modo a perseguir penalmente a figura socialmente construída como criminosa, ou seja, a negra.

Clarifica-se, assim, a clientela do Direito Penal, uma vez que ramo é utilizado como instrumento de poder na medida em que define o que será ou não crime para determinado ordenamento jurídico, assim como, na persecução penal, quando elucida os que efetivamente serão punidos pelo sistema repressivo estatal.

Essa realidade por si só expôs a necessidade de mudança, haja vista que o atual modelo de combate às drogas, para além de favorecer a injustiça social, mostra-se insustentável por ser um grande fomentador da discriminação e da segregação a partir de uma nítida seletividade que desfavorece a população negra.

A necessidade de mudança reside, substancialmente, na diferenciação do que se considera usuário e traficante, podendo ser concretizada, sem prejuízo de outras alternativas, a partir da quantificação objetiva ou da inserção de um dolo específico no artigo 33 da Lei de Drogas, exigindo-se a habitualidade e o propósito de lucro.

Visa-se, de tal forma, um abrandamento da excessiva violência causada pelo atual sistema, a diminuição da insegurança jurídica, a preservação do princípio da legalidade estrita e, sobretudo, a retirada do alvo que historicamente foi implantado no corpo negro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina. **Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal além da (des)ilusão**. Florianópolis: Editora Revan, 2012.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. **Revista Periferia**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BORGES, Samuel Silva da Fonseca. **A eficácia invertida da guerra às drogas: gestão diferencial das ilegalidades e dominações sociais**. 2016. Monografia (Bacharel em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- BRANDÃO, Guilherme Saraiva. A criminalização das drogas no Brasil: uma genealogia do proibicionismo. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 9, n. 02, p. 87-117, 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº. 635.659/SP. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 10 set. 2020.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.

CAMPOS, Vanessa Correia. **O usuário e o traficante na Lei 11.343/2006**: uma análise sobre os critérios distintivos. 2018. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

CARNEIRO, Henrique. Proibição da Maconha: racismo e violência no Brasil. **Cahiers des Amériques latines**, 92, p. 135-152, 2019.

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

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Vivane Martins. **Corpos condenáveis**: a interface entre a política de guerra às drogas e o racismo institucional. 2016. Monografia (Pós-Graduação em Saúde do Adolescente) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Como a Justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico. **Pública – Agência de Jornalismo Investigativo**. Disponível em:

<<https://apublica.org/2018/12/como-a-justica-paulista-sentenciou-negros-e-brancos-para-traffic/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

DÓRIA, Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício. IN: **Maconha**: coletânea de trabalhos brasileiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958.

ESCOHOTADO, Antonio. História elementar das drogas. Lisboa: Antígona, 2004.

FERRUGEM, Daniela. **Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia racial**. 2018. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação da PUCRS, Porto Alegre, 2018.

IORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n.º. 92, p. 9-21, mar. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008

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

GANEM, Pedro Magalhães; LEMOS, Carlos Eduardo. O perfil dos presos encaminhados à audiência de custódia no estado do espírito santo, os crimes praticados e a teoria da seletividade penal. **Anais do I Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/147>>. Acesso em: 15 set. 2020.

GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n.º. 3919, mar. 2014.

GOMES Luiz Flávio; et al. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação penal especial esquematizada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Luís. **Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente: uma lei autoritária**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12562-12563-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito penal**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Daniela Araújo dos Santos. O usuário e o traficante na Lei nº 11.343/2006: reflexões críticas sobre os aspectos diferenciadores. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, nº. 2775, fev. 2011.

NASCIMENTO, Pablo Everton Macêdo do. Considerações acerca das consequências penais do uso de drogas ilícitas no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, nº. 3251, maio. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Sylvia da Silveira. Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 17, nº. 1, p. 89-98, mar. 2006.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Isabela Augusta. **A seletividade do sistema penal na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)**. 2014. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

RIBEIRO JÚNIOR, Antônio Carlos. As drogas, os inimigos e a necropolítica. **Cadernos do CEAS**, Salvador, nº. 238, p. 595-610, 2016.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2003.

RODRIGUES, Thiago. **Política e Drogas nas Américas**. São Paulo: Educ, 2004.

ROSA, Rodrigo Silveira da. **O usuário de drogas ilícitas e a legislação vigente**: o novo entendimento dado aos usuários e dependentes de drogas ilícitas diante da legislação em vigor. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4097/O-usuario-de-drogas-ilicitas-e-a-legislacao-vigente>>. Acesso em: 17 set. 2020.

SAAD, Luísa Gonçalves. **“Fumo de negro”**: a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890-1932). 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

SANTANA, Ana Cecília Sousa. **A seletividade do sistema penal brasileiro nos crimes de roubo e furto**. 2012. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

SANTOS, Heloisa Matias dos. **Entre o consumo e o tráfico de drogas**: uma análise da utilização dos critérios de diferenciação entre as condutas previstas nos artigos 28 e 33 da lei 11.343/06. 2019. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n.º. 2934, jul. 2011.

SOBRAL, Morrara Tattiane de Lima. **Seletividade penal e crimes de drogas no Brasil**: diretrizes e perspectivas. 2017. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2017.

VENDRAMEL, Leonardo Coelho. **Ineficácia da Lei 11.343/06 em diferenciar usuário de traficante de drogas**. 2018. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2018.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

XIMENES, Débora Barros. **Espólios de guerra**: a expansão do encarceramento como consequência da guerra às drogas à luz da teoria do labelling approach. 2019. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; et al. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan: 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.