



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO**

BRUNO JOSÉ CÔRTEZ DOS SANTOS

**SELETIVIDADE PENAL E LEI DE DROGAS: O ENCARCERAMENTO
DE PESSOAS NEGRAS NO BRASIL**

ARACAJU

S237s

SANTOS, Bruno José Côrtes dos

Seletividade penal e lei de drogas : o encarceramento de pessoas negras no brasil / Bruno José Côrtes dos Santos. - Aracaju, 2023. 19 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.
Coordenação de Direito.

Orientador(a): Prof. Dr. Eudes de Oliveira
Bomfim

1. Direito 2. Encarceramento 3. Lei:
11.343/2006 4. Negros I. Título

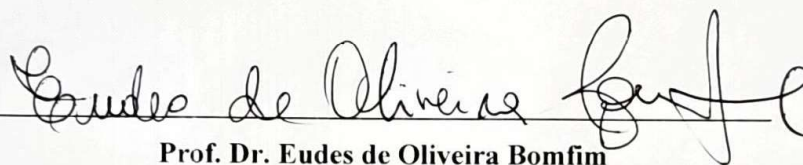
CDU 34 (045)

BRUNO JOSÉ CÔRTEZ DOS SANTOS

**SELETIVIDADE PENAL E LEI DE DROGAS: O ENCARCERAMENTO DE
PESSOAS NEGRAS NO BRASIL**

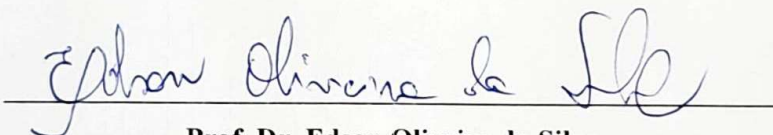
Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no período de 2023.2.

Aprovado com média: 10,0



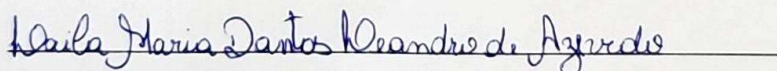
Prof. Dr. Eudes de Oliveira Bomfim

1º Examinador (Orientador)



Prof. Dr. Edson Oliveira da Silva

2º Examinador(a)



Profa. Esp. Laila Maria Dantas Leandro

3º Examinador(a)

Aracaju (SE), 21 de novembro de 2023

SELETIVIDADE PENAL E LEI DE DROGAS: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS NEGRAS NO BRASIL¹

Bruno José Côrtes Dos Santos

RESUMO

Este artigo discute sobre o processo de encarceramento de pessoas negras que tenha sido ocasionado principalmente pela atual lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) no que se refere aos art. 28 e 33 da referida lei, quando o primeiro é descaracterizado em detrimento do segundo, ou seja, a quantidade de droga e a cor da pele influencia nessa descaracterização. Foi realizado um levantamento histórico referente as primeiras manifestações legislativas que tratavam do combate as drogas até a lei vigente como também entender sobre o aumento do encarceramento de pessoas negras e a relação com as legislações de combate as drogas no Brasil, principalmente pós a vigente lei drogas. Objeto de estudo deste artigo é analisar a legislação de combate as drogas, principalmente em relação a lei de drogas focando na subjetividade da aplicação dos artigos 28 e 33 e o encarceramento de pessoas negras. Nesse contexto surge uma pergunta: como a lei de drogas contribuiu com o aumento com o aumento do encarceramento de pessoas negras no Brasil? São trazidos dados referentes ao encarceramento de pessoas negras e estudos sobre o motivo desta seleção punitiva, cujo negro é maioria no sistema carcerário brasileiro. Adotou-se o método dedutivo baseado em estudos bibliográficos, estatísticos, pesquisa material, análise jurisprudencial com foco nos direitos humanos e penal. É percebido que no Brasil o encarceramento tem cor, e esta é a negra, de acordo com dados apresentados negros são 68,2% dos encarcerados no Brasil sendo que esse aumento significativo foi logo após a promulgação da Lei 11343/2006, então pode-se concluir que de fato o Brasil encarcera mais jovens negros.

Palavras-chave: Encarceramento. Lei: 11.343/2006. Negros

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da população carcerária no Brasil assumindo a terceira posição no *ranking* mundial, ficando atrás apenas de Estados Unidos e China, sendo essa de 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil e duzentos e cinquenta) pessoas com a sua liberdade privada e desta quantidade, segundo dados do Anuário de Segurança Pública de 2023, 68,2% são pessoas negras, pretos e pardos segundo classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE de 2022. Estes números não acontecem de maneira aleatória, há uma seletividade penal que vem se perpetuando na história do país, principalmente quando se trata do combate às drogas.

As manifestações legislativas pátrias em relação as drogas se iniciam no Brasil no ano de 1515 com as Ordenações Filipinas passando por diversas leis e decretos, tantos federais

¹ Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em novembro de 2023, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Eudes de Oliveira Bomfim.

quanto municipais que tinham como objetivo combater a posse como também o uso de drogas. Esse processo histórico que nem sempre é ordenado, em alguns momentos a penalização para os usuários de drogas são mais leves e em outros a punibilidade é de certa maneira excessivo. Essas legislações, de algum modo, selecionam quem será encarcerado, de maneira, podemos assim dizer, seletiva, sendo o jovem, pessoas de 18 a 34 anos e negro os que mais sofrem com as leis principalmente as que tratam do combate as drogas.

A lei que está atualmente em vigência no país em relação ao combate às drogas é a 11.343 de 2006 traz o art. 28 que cuida da conduta de ter a posse para consumo próprio, mas não estabelece a quantidade ficando a cargo do judiciário decidir se a conduta será classificada como tráfico (art. 33) ou a do art. 28. Neste ponto é importante saber se há relação desta lei com o encarceramento de pessoas negras, pois dados estatísticos demonstram que a diferença entre a prisão de negros em detrimento de brancos é grande.

É percebido que esse fato de os negros serem maioria nas prisões brasileiras vem de uma estrutura da sociedade, que vem carregada de preconceito e, por que não, de racismo entranhado no bojo societário, ficando demonstrado uma seletividade no encarceramento. Com o surgimento da nova lei de drogas ficou notório a seletividade penal em relação ao encarceramento de pessoas negras, pois foi criado um critério subjetivo para definição de quem é usuário e de quem é tráfico, ficando a cargo do juiz, que em sua maioria são pessoas brancas, abastadas. Nesse contexto surge um problema que é como a lei nº 11.343/2006 (lei de drogas) contribuiu com o aumento do encarceramento de pessoas negras no Brasil? Esta problemática pode ser respondida de acordo com o chamado racismo estrutural, ou seja, a sociedade brasileira traz em seu bojo um forte preconceito contra a população negra, isso é perceptível diariamente nos noticiários.

O objeto de estudo deste artigo é analisar a legislação de combate às drogas, principalmente em relação a lei de drogas focando na subjetividade da aplicação dos artigos 28 e 33 e o encarceramento de pessoas negras. Para tanto, foram definidos como objetivos específicos: i) apresentar um breve histórico das legislações brasileiras de combate as drogas em relação a atual lei de drogas e ao encarceramento de pessoas negras; ii) entender o aumento do encarceramento de pessoas negras no Brasil e; iii) analisar as o combate às drogas no Brasil após a lei nº 11.343/2006.

O estudo deste tema tem como importância a busca do melhoramento da legislação que combate o uso de drogas, principalmente em relação ao usuário, sendo importante ser criado um critério objetivo para o enquadramento da lei, pois será demonstrado que nos moldes atuais a população negra está lotando os presídios nacionais. Os resultados que serão obtidos por esta

pesquisa interessa a comunidade que busca um sistema jurídico mais equânime, mais justo em relação a todos.

Este estudo defende a hipótese de que após a criação da atual Lei de Drogas em 23 de agosto de 2006 aumentou, consideravelmente, o encarceramento de pessoas negras pelo crime de tráfico de drogas, pois a referida lei não traz de maneira objetiva um critério quantitativo para definir quem terá sua conduta tipificada no crime do Art. 28 (usuário) ou no Art. 33 (tráfico) sendo que a pessoa negra será enquadrada no último com uma menor quantidade de entorpecentes do que a pessoa branca.

Assim, este estudo demonstrará por meio de dados estatísticos, revisão bibliográfica, análise jurisprudencial, pesquisa material sendo utilizado método dedutivo com foco nos direitos humanos e penal.

Este artigo está dividido em 5 partes incluindo esta introdução. Em seguida, é apresentado um breve histórico sobre as legislações de combate às drogas, iniciando com as Ordenações Filipinas sancionada no ano de 1595 indo até a Lei nº 6.368 de 21/10/1976. Na próxima parte é abordada a Lei nº 11.343/2006, atual lei de drogas, e alguns pontos específicos como o porte de drogas para uso e a desproporcionalidade da aplicação da lei. A quarta parte deste artigo trata sobre, principalmente o racismo estrutural, sendo trazidos dados que demonstram a diferença entre o encarceramento de pessoas negras com o de pessoas brancas. Em seguida são apresentadas as considerações finais do artigo.

2 BREVE HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

Todo caminho para a criação de leis é longo, são necessários anos de estudos, de fatos para que as leis se amoldem com as necessidades das sociedades, existem muitas nuances que podem afetar essas criações como por exemplo contexto político, entre outros. Em relação às leis que combatem as drogas no Brasil existe um viés racista, que será apresentado ao longo do artigo.

Com o histórico de escravização no Brasil principalmente no período colonial as primeiras manifestações legislativas possuíam uma política criminalizadora das condutas relacionadas a certas substâncias alucinógenas, sendo que a distinção de quais substâncias eram lícitas ou ilícitas era estabelecida de maneira artificial, ou seja, quem detinha o poder de legislar decidia quais substâncias deveriam ser proibidas ou não. (Karam, 2009)

Assim, as leis, de fato tem um alvo, em regra, que é população pobre e negra do Brasil, ficando demonstrado no dia a dia, como por exemplo, nas chamadas batidas policiais em que as pessoas mais abordadas são as negras de periferia.

2.1 Primeiras Manifestações Legislativas sobre Drogas

Por volta do ano de 1595, período colonial brasileiro, foram sancionadas as Ordenações Filipinas, referentes ao rei Filipe I de Portugal, porém só foram impressas no ano de 1603 cujo período reinava Filipe II. (RIBEIRO, 2016)

Sendo considerada uma das primeiras manifestações legislativas que surgiram no Brasil a respeito referente ao uso ou porte de drogas, é demonstrado que as Ordenações Filipinas, em seu livro V, título 89 dispõe que:

nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do officio. (RIBEIRO, 2016 apud LUISI v. 3, n. 2, p. 152, 1990)

As Ordenações Filipinas, foram a legislação que vigoraram no Brasil por mais tempo, sendo promulgado em 11 de janeiro de 1603 e sendo revogado pelo Código Penal do Império em 16 de dezembro de 1830, ficando vigente por quase 228 anos. RIBEIRO, 2016)

Em 1830, foi elaborado o Código Criminal do Império, mas este não fazia menção ao uso de drogas, cuidando, principalmente, em fazer distinção entre os escravizados negros e os cidadãos livres, estabelecendo punições diferentes mesmo se os crimes cometidos fossem os mesmos, porém, nesta época, as punições referentes ao uso de drogas ficavam a cargo de alguns municípios. A título de exemplo, o município do Rio de Janeiro legislou através da Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em sessão de 4 de outubro de 1830, na Seção Primeira Saúde Pública, Título 2º, Sobre a Venda de Gêneros e Remédios, e sobre Boticário, entrou em vigor o seguinte § 7º publicou: “a venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”, disposição o que poderia considerada como “o primeiro ato legal de proibição de venda e uso da maconha no mundo ocidental”. (RIBEIRO, 2016)

Seguindo para o ano de 1890, foi promulgado o Código Penal da República, Decreto nº 847 de 11 de outubro que em seu Art. 159 tipificava a conduta de “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários:” (BRASIL, 1890), porém este artigo do decreto era mais voltado para profissionais, como por exemplo os boticários, profissionais que manipulavam e produziam os medicamentos na frente dos pacientes.

Essa conduta trazia somente pena de multa, não havendo pena privativa de liberdade. Neste período ainda permaneceu, referente as punições sobre o uso e porte de drogas, as posturas municipais, como citado a da cidade do Rio de Janeiro. Existem registros também em Penedo no estado de Alagoas, que “para evitar perturbações que se davam nas feiras, as autoridades policiais, rigorosamente, proibiram a venda da maconha.” (DÓRIA, 2013)

Assim, nota-se um direcionamento, uma seletividade das pessoas em que a lei atingiria, pois quando se falam em feiras livres, em regra, quem as frequentam são os pobres, ficando notório, de acordo com a própria letra da lei, que as legislações já selecionava seus presos.

2.2 Caráter Higienistas das Leis pós Conferência Internacional do Ópio

Em 1912 houve a Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, que limita a produção de ópio, morfina e cocaína, as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e europeia do início do século XX, tratado este que o Brasil foi signatário. Foi estabelecida a necessidade de cooperação internacional no controle das drogas, restringindo-se seu uso recreativo, sendo permitido o uso médico. Este tratado cuidava de questões como o controle do ópio preparado para fumar, limitava o comércio de derivados do ópio (codeína, morfina, heroína) e cocaína. (LIPPI, 2013)

Em seguida foi promulgado o Decreto nº 11.481 de fevereiro de 1915, cuja legislações pós conferência internacional do ópio tinha um caráter higienista, surgindo assim diversas medidas invasivas como obrigatoriedade de tratamento, internação compulsória, interdição de direitos etc., porém ainda não existia a punição do usuário que só foi começar no ano 1932 através do Decreto 20.930 do mesmo ano, e o consumo de drogas foi começar a ser criminalizado no ano de 1938 por meio do Decreto-lei 891. (KARAM, 2001)

Esse caráter sanitário de intervenções diretas nas pessoas que usavam os tipos de drogas previstos, inclusive o álcool, que atualmente é lícito, vai perdendo força com o passar dos anos. Mas esse caráter invasivo não perdura por muito tempo.

2.3 Início Criminalização do Consumo de Drogas

Conhecida como Lei de Fiscalização de entorpecentes o Decreto-lei 891 de 1938 trazia de maneira objetiva o que era entorpecentes e seguindo o que foi acordado nos tratados internacionais possuía o caráter sanitário como internações compulsórias dentre outras medidas como estava tipificado em seu artigo 29 “caput” que “os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.”(BRASIL, 1938)

O Decreto-Lei de 891 de 1938 durou apenas dois anos pois com surgimento do Código Penal de 1940 todas as legislações anteriores que tratavam do combate as drogas foram revogadas. O Código de 1940 optou por descriminalizar o consumo, diminuindo os verbos do tipo penal, sendo compilado no artigo 281 as condutas referentes ao porte e ao tráfico, sendo alterado no ano de 1964 com a seguinte redação em seu “caput”:

Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros. (BRASIL, 1940)

Com o advento da Lei 6.368 de 21/10/1976 (Lei de Entorpecentes) prosseguiu o caráter punitivo ao usuário de drogas em seu artigo 16 tipificava a conduta de:

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. (BRASIL, 1976)

Já a conduta de tráfico estava no artigo 12 da lei, dessa vez o legislador preferiu diferenciar tais condutas com punição maior para o crime de tráfico. A referida lei permaneceu vigente até 9 de outubro de 2006 quando surgiu a atual Lei 11.343 de 2006 conhecida como Lei de Drogas.

3 LEI Nº 11.343 DE 2006 E OS CRIMES DE PORTE E TRÁFICO DE DROGAS

A lei nº 11.343 de 2006 traz em parte de seu preâmbulo uma preocupação com o uso indevido de drogas, uma atenção e um trabalho no sentido de reinserir socialmente usuários e dependentes de drogas, porém o que aconteceu, de fato foi um encarceramento de pessoas, principalmente negras, com quantidades ínfimas de drogas.

Após a promulgação da Lei nº 11.343 de 2006 algumas mudanças foram instituídas em relação, principalmente, ao porte para uso de drogas. Porém as mudanças que foram realizadas não trouxeram, de fato, justiça. Ao legislador silenciar sobre a quantidade de droga que será tipificada como porte, ficando a cargo dos magistrados essa decisão, criou-se um sistema que começou a selecionar, de certa maneira que seria punido pelo crime do Art. 28 (porte para consumo) ou pelo Art. 33 (tráfico). (BRASIL, 2006)

3.1 Porte de Droga para uso Pessoal

Como foi demonstrado as leis passaram por algumas mudanças com o passar dos anos, sendo que as mudanças nas legislações acontecem de maneira ocasionais, ou seja, de acordo com situações que levem os legisladores a definirem certos ordenamentos jurídicos, quando não o próprio poder judiciário decide através de discursões que chegam aos seus tribunais. Porém, a atual legislação que cuida do combate as drogas trouxe o art. 28 que traz em seu *caput* a conduta de:

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. (BRASIL, 2006)

Diferentemente das legislações anteriores a atual lei de drogas, no que se refere ao usuário, não traz pena privativa de liberdade, porém a conduta não deixou de ser crime o que houve foi uma “despenalização” segundo decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/2006, art. 30). Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolição criminis.” (RE 430.105/RJ QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 27.04.2007).

Porém o legislador não menciona a quantidade de droga que a pessoa deve estar no momento que está ofendendo algum verbo, ou todos, do tipo penal, tornando- o aberto, ou se, de acordo com o § 2º do art. 28 da lei traz que:

Para determinar se a droga se destinava 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. (BRASIL, 2006).

Sendo assim, quem irá definir se o crime cometido se enquadrará no art. 28 ou no art. 33 (tráfico de drogas), este com penas bem mais severas, será o juiz no caso concreto, sem nenhum critério objetivo.

3.2 A Desproporcionalidade da Aplicação do Art. 28 da Lei 11.343/2006

Como apresentado, o art. 28 da atual lei de drogas não foi feita sua descriminalização e sim despenalização segundo o STF pois a “finalidade de prevenir o uso indevido, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes de drogas” (BRASIL, 2006). Fica exposto que a intenção do legislador com este artigo, não é mesmo a criminalização e sim, de certa forma, educar o usuário, ou seja, evitar que a pessoa utilize a droga, porém sem nenhum tipo de pena mais severa como a de reclusão. Porém a desproporcionalidade na aplicação do artigo 28 é evidente, sendo trazidos alguns pontos que explicam, de certa forma, essa desproporção na aplicação:

[...] 1) A distinção entre usuário e traficante é extremamente frágil, gerando ampla margem de discricionariedade à autoridade policial responsável pela abordagem; 2) a grande maioria dos casos que envolvem porte de entorpecentes deriva de prisão em flagrante; não há um trabalho de investigação por parte da polícia para combater os esquemas de tráfico de drogas; 3) há um perfil bem nítido de pessoas selecionadas nesses casos: jovens, pobres, negros e pardos e, em regra, primários; 4) a maior parte das pessoas detidas por envolvimento com entorpecentes estava sozinha na hora do flagrante; 5) são ínfimos os casos em que a pessoa presa por envolvimento com entorpecentes portava arma; 6) na maior parte dos casos, a pessoa acusada portava pequena quantidade de entorpecentes; 7) em regra, a única testemunha do caso é o policial (ou policiais) que efetivou a prisão, cuja palavra é supervalorizada pelo Judiciário por possuir fé pública; 8) desde a promulgação da Lei 11.343/2006, o comércio e o consumo de entorpecentes e o número de pessoas presas por tráfico seguem cada vez mais ascendentes. (CAMPOS E VALENTE, 2023).

Como é percebido a linha entre a tipificação entre usuário (art. 28) e traficante (art.33) é bastante tênue ficando o enquadramento, por ser tipo penal aberto a cargo das autoridades. Essa discricionariedade da autoridade deixa uma margem subjetiva para a responsabilização do autor do delito. Sendo assim, essa subjetividade seleciona o perfil do encarcerado que em regra é pobre, negro e em regra réus primários.

A maioria dos casos de prisão traz como testemunha no momento da prisão, os próprios policiais que a executaram, dificultando ainda mais a defesa da pessoa que foi presa, em regra, em flagrante, geralmente com quantidades ínfimas de drogas.

3.3 O Julgamento

O STF julga atualmente o Recurso Extraordinário (RE)635.659 que questiona se art. 28 da lei de drogas, ou seja, se a conduta de porte de drogas para uso pessoal deve ser descriminalizada.

Este RE foi interposto pela Defensoria Pública do Estado da São Paulo em face de decisão condenatória de turma recursal, que concluiu pela constitucionalidade da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal envolvendo uma pessoa que detinha três gramas de maconha. De acordo com a Defensoria esta condenação violou o art. 5º, X, da Constituição Federal que diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada [...]”

O placar dessa votação está em 5 a 1 a favor da descriminalização do porte para consumo próprio, porém existem algumas nuances quanto a quantidade de droga para diferenciar do crime de tráfico, se a droga a ser permitida deve ser só a maconha entre outras situações. (RE 635.659, 2015)

4 ENCARCERAMENTO SELETIVO

Com o passar dos anos o aumento da população carcerária é percebido através de diversos estudos, porém, este aumento, atinge de maneira drástica a população negra. Como a estrutura da sociedade é extremamente racista existe um sistema que cumpre bem o papel de encarcerar as pessoas negras. Após o surgimento da nova lei de drogas o papel dessa seleção punitiva, preterindo principalmente a população negra vem sendo atingido.

Essa seletividade na punição segue a cartilha do racismo estrutural que fica evidenciado no dia a dia na sociedade brasileira, seja quando um jovem negro é perseguido numa loja simplesmente por causa da sua cor ou quando um negro é abordado por policiais com a justificativa de fundadas suspeitas, mas esta acontece, de fato por causa da sua cor.

Nesse, sentido, antes do encarceramento de pessoas negras vem as abordagens policiais. Em estudo realizado na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2022 onde a população é de 51% de brancos e 48% são negras as pessoas paradas ou abordadas são 31% brancas e 63% de negros (RAMOS, 2022).

É percebido diariamente nos noticiários que as pessoas mais abordadas são as negras, porém há na sociedade uma certa normalidade por essa situação, ficando demonstrando como o racismo estrutural é bastante presente.

4.1 Racismo Enranhado na Sociedade Brasileira

Inicialmente, pode ser feita uma explanação sobre o que é raça, podendo ser afirmado que há grande controvérsia em relação ao termo, informando que seu significado sempre teve ligação ao ato de estabelecer classificações e que sempre esteve atrelado as circunstâncias históricas, ou seja, a raça e seu conceito sofre alterações de acordo com o tempo. (ALMEIDA, 2019)

Pode ser mencionado o espírito positivista surgido no século XIX, que levou as diferenças humanas em indagações científicas, sendo que a biologia e a física serviram como modelos explicativos da diversidade humana, manifestando assim diferenças entre as raças como por exemplo as psicológicas, intelectuais entre outras. Afirma que nos dias de hoje apesar das ideias convergirem para que a antropologia do século XX e a biologia, esta, especialmente, em relação ao sequenciamento do genoma, tem demonstrado que não há diferenças biológicas ou culturais que justifiquem discriminação entre os seres humanos, porém ainda há um fator político no sentido da naturalização das desigualdades e de genocídios de grupos considerados minoritários. (ALMEIDA, 2019)

No capítulo, preconceito, racismo e discriminação Almeida faz uma explanação sobre os três conceitos, explicitando a diferença entre eles sendo o primeiro:

Racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam.” (ALMEIDA, 2019).

Já o “preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias”. A discriminação racial segundo o autor “é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados”, tendo esta, a discriminação, como base o poder ensejando a possibilidade do uso da força. (ALMEIDA, 2019)

O racismo é dividido em três concepções sendo estas: I) individualista que concebe o racismo como patologia ou anormalidade devendo ser tratado como ato irracional que deve ser combatido com aplicação de sanções; II) institucional que trata como resultado do funcionamento das instituições, sendo estas utilizadas para manter o domínio de certos grupos raciais no poder, tornando assim padrões estéticos e as práticas de poder de alguns grupos padrão a ser seguido por todo; e III) estrutural, tema principal do livro, que é o racismo decorrente da própria estrutura social, do modo “normal” em que se dão todos os tipos de

relação, como por exemplo econômicas, jurídicas, etc, ou seja, não é uma doença social e nem problema institucional o racismo é estrutural, ou seja, o racismo que ocorre na sociedade está entranhado de tal forma que pode-se dizer que, de certo modo, faz parte da sociedade. (ALMEIDA, 2019):

A lei que criminaliza os corpos pretos e empobrecidos condiciona um enquadramento marcado pela construção dos comportamentos suspeitos. E se a Lei é o Estado, o suspeito “padrão” é também um suspeito para o Estado. (MBEMBE, Achile. Crítica da razão negra. São Paulo: N-1, 2018. p.115).

Nesse sentido, no referido julgamento do RE 635659/SP o Min Alexandre de Moraes, que votou no sentido de descriminalizar o porte de drogas para consumo próprio explicou:

[...] importante ressaltar a insuficiência desse dado em inúmeras ocorrências e a divisão entre “apenas brancos” e “pelo menos um negro”, o que impossibilitou a comparação direta entre “brancos” e “negros”. Mesmo assim, é possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior. (BRASIL, 2011)

Nesse sentido, o relator do RE 635659/SP o Min. Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006, ou seja, pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. O relator do RE no mesmo sentido do seu colega proferiu em seu voto:

[...] Observou-se, ainda, que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga. Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade. [...] (BRASIL, 2011)

Em seu voto o Min. Gilmar Mendes explana a diferença entre a quantidade de drogas numa apreensão para um jovem negro ser presa é muito baixa em média de 66,5 gramas, ficando exposto que o caráter subjetivo da lei de drogas só prejudica essa parcela da população, que sofre preconceito em diversos setores da sociedade.

Seguindo o relator o Min. Barroso, em trecho do seu voto diz:

A segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-

se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.

Assim, no mesmo sentido o ministro Barroso menciona sobre o maior encarceramento de pessoas negras, utilizando o termo genocídio para esta população.

4.2 O Sistema de Justiça Criminal no Brasil é Imparcial?

Inicialmente devemos voltar um pouco na história do Brasil, falando do seu processo de construção que tem por base a escravização de populações arrancadas do continente africano, sendo este instituto um dos pilares mais importantes. Nesse sentido o negro escravizado foi a primeira mercadoria do período colonial que perdurou por muito tempo, sendo que este processo não se resumiu a opressão mas foi uma estrutura política e social do país, sendo demonstrado que (BORGES, 2019)

A hierarquização racial foi um dos pilares da construção da sociedade brasileira sendo o racismo uma das ideologias fundadoras desta sociedade. Com base nesse histórico de escravidão o Brasil, até os dias atuais, aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos pelos quais se deve nutrir medo e, por tanto, devem ser sujeitos a repressão do Estado, motivo este que a sociedade corrobora, incentiva a violência a tortura e aprisoões. Assim, após a abolição da escravidão o estereótipo formulado no passado seguirá perdurando e consequentemente exterminando a população negra brasileira. (BORGES, 2019)

Feita esta breve explanação sobre o passado no Brasil, vejamos qual a cor dos integrantes do sistema judicial brasileiro: 84,5 % dos juízes, desembargadores, ministros do Judiciário são brancos, 15,4 % são negros; 69,1 % dos servidores do judiciário são brancos, 28,8 são negros. (BORGES, 2019)

Assim, dificilmente o sistema de justiça brasileiro conseguirá trabalhar de maneira imparcial pois de acordo com a estrutura racista que está estabelecida o negro continuará sendo encarcerado de maneira desproporcional em relação ao branco, não que este tenha que ser mais encarcerado, mas que o sistema puna de maneira objetiva a pessoa que cometeram o delito independente da sua cor da pele.

Nesse sentido:

Homens negros, e pessoas negras em geral, são representados excessivamente nos noticiários como criminosos. Significa que são mostrados como criminosos [...]. Então, você educou um povo,

deliberadamente, por anos, por décadas, para crer que homens negros, em especial, e pessoas negras, em geral, são criminosos. Quero ser clara. Não estou falando só de pessoas brancas. Pessoas negras também acreditam e morrem de medo de si mesmas. (BORGES apud CYRIL, 2019)

4.3 O Encarcerado no Brasil tem Cor

Em estudo que analisou mais de 5 mil processos por tráfico de drogas realizado pelo Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA foram apresentados os seguintes dados em relação ao perfil do réu processado por tráfico de drogas é: Homem = 87%; Jovem = 72%; Negro = 67%. (CAETANO, 2023).

Nesse sentido, dados alarmantes em relação ao encarceramento de pessoas são expostos através de estudo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, demonstrando que, de fato, a população negra nos presídios é de sobremaneira maior do que a branca, sendo que, em março do corrente ano 61% dos presos no estado de São Paulo são negros, apesar da população negra no estado ser de 40%.(CAETANO, 2023).

Em dezembro do ano de 2017, em claro exemplo da seletividade das pessoas encarceradas em relação a nova lei de drogas:

Em dezembro de 2017, Eliane foi condenada por tráfico de drogas. Mulher negra, seu crime, enquadrado no artigo 33 da Lei de Drogas, foi carregar no cós da calça 1,4 grama de maconha. Eliane visitava o filho, que cumpria pena na Fundação Casa, em São Paulo, quando foi flagrada na revista íntima. Sem antecedentes criminais, Eliane confessou que a droga foi um pedido do menor, ameaçado dentro da unidade. “Eu fiquei com medo, acabei levando. Estou arrependida”, justificou ao juiz. Em sua defesa, a Defensoria Pública afirmou que a quantidade de maconha era insignificante para uma condenação em regime fechado. A droga encontrada com Eliane equivale a um sachê de sal. Mas o que poderia ser um atenuante de pena com a confissão espontânea parece ter se tornado um agravante diante das afirmações do magistrado. Para ele, o regime fechado era a única decisão “compatível com a gravidade da conduta”, além de ser necessário para que a acusada pudesse “refletir sobre o erro e mudar os seus valores”. Além disso, um importante detalhe não passou despercebido no julgamento. A ré estava grávida de nove meses. E por ser gestante “deveria ter pensado melhor” antes de praticar o crime, disse o juiz na sentença que a condenou a um ano, onze meses e dez dias. A ré, no entanto, pôde responder em liberdade. (DOMENINI; BARCELOS, 2019).

Conforme dados do 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023) hoje a população carcerária no Brasil, em números absolutos é de 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil e duzentos e cinquenta). O referido anuário ainda demonstra que em sua maioria são jovens de até 29 anos (43,1%), negros (68,2%) ficando

evidenciado que o Brasil encarcera majoritariamente pessoas negras. A Tabela expõe em números absolutos e percentuais aumento da quantidade de presos do ano de 2005 a 2022, sendo destacado negros e brancos com intuito comparativo:

Tabela 1 Encarceramento no Brasil

ANO	NEGROS (pretos e pardos)		BRANCOS	
	Números Absolutos	%	Números Absolutos	%
2005	91.843	58,4	62.574	39,8
2006	135.426	56,7	97.422	40,8
2007	199.842	58,1	137.436	39,9
2008	217.160	56,8	147.438	38,5
2009	240.351	59,0	156.197	38,4
2010	252.796	59,8	156.535	37,0
2011	274.058	60,3	166.340	36,6
2012	294.999	60,7	173.463	35,7
2013	307.715	61,7	176.137	35,3
2014	312.625	61,7	188.695	37,2
2015	289.799	63,5	162.731	35,7
2016	340.611	63,6	188.741	35,2
2017	370.976	64,5	198.244	34,5
2018	399.657	66,0	198.804	32,9
2019	438.719	66,7	212.444	32,3
2020	397.816	66,3	195.085	32,5
2021	429.255	67,5	184.682	29,0
2022	442.033	68,2	197.084	30,4
Varição (entre 2005-2022) - em %	381,3	-	215,0	-

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023)

Em observação a tabela acima nota-se a disparidade das prisões entre negros e brancos, ficando os primeiros sempre numa quantidade superior. Percebe-se que os números só aumentam, mas o crescimento é mais significativo do ano de 2005 para 2006, justamente no ano do surgimento da lei 11.343/2006, fica demonstrado, conforme a tabela, que o aumento na quantidade de pessoas negras é superior ao número de pessoas brancas encarceradas no Brasil

Em números absolutos a visibilidade dos números de pessoas negras presas fica notória, no ano de 2022, por exemplo, tinham 442.033 mil pessoas negras encarceradas contra 197.084 mil pessoas brancas presas, uma diferença de 244.949 mil pessoas negras em cárcere.

Estes dados demonstram ainda que em relação a lei de drogas o critério subjetivo da quantidade para caracterizar o crime de tráfico de drogas encarcerou muitas pessoas negras.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É percebido na sociedade brasileira que a questão racial, referente ao preconceito e racismo da população negra é histórica e permanece presente atualmente, acontecendo desde o início do Brasil colônia. As legislações traziam diversos dispositivos que por vezes criminalizava o consumo, mas que em certas épocas não o faziam, não havendo, digamos assim, um padrão histórico.

A caminhada legislativa de combate as drogas de certa maneira tinham um alvo, sendo este a população negra, jovem e carente. Atualmente a lei 11.343/2006 que está em vigor traz em seu art. 28 a conduta típica de porte para consumo próprio, porém o legislador não estipula uma quantidade de droga para que o autor se enquadre no crime, ficando a cargo do judiciário decidir quem se enquadrará no art. 28 ou no art. 33 (tráfico de drogas).

Após a vigência da nova lei de drogas o aumento do encarceramento de pessoas negras é notório, pois mesmo com uma pequena quantidade e mesmo sendo réu primário o jovem, negro e pobre é enquadrado no tipo penal do art. 33 da lei, sendo considerado pequeno traficante, justamente por esse critério subjetivo. Os dados estatísticos confirmam que para o negro ser preso por tráfico basta estar com uma quantidade menor que o branco, ou seja, sem um critério objetivo o negro será sempre prejudicado, por uma questão histórica que está entranhada em nossa sociedade e é chamada por alguns autores como racismo estrutural.

Atualmente está em votação o (RE) 635659, com repercussão geral, que discute a descriminalização do porte para consumo próprio, 5 ministros votaram para a inconstitucionalidade do art. 28 da lei, pois é claro que deve ser estabelecido no mínimo um critério objetivo para diferenciar a pessoa que está portando a droga para consumo pessoal com a conduta do traficante. Sendo assim, deve ser estabelecido um critério objetivo na lei de drogas para diferenciar de maneira clara a conduta do usuário com a do traficante.

A hipótese foi confirmada pois como ficou demonstrado a população negra carcerária aumentou após a criação da lei nº 11.343/2006.

Enquanto o poder legislativo não se manifesta neste momento em relação a lei de drogas o STF pode definir temporariamente a questão votando pela inconstitucionalidade do art. 28 da lei de drogas, pois muitos jovens negros continuam encarcerados e muitos ainda serão, pois o Brasil já demonstrou que é um país que possui uma seletividade penal desta população que continua sendo subjugada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Almeida. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019

ANDRADE, L. F. S., & REZENDE, A. F.. (2023). Cidade, encarceramento e violência: uma geografia da sobrevivência dos negros para os estudos organizacionais. *Cadernos EBAPE.BR*, 21(2), e2022–0122. <https://doi.org/10.1590/1679-395120220122>.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019

BRASIL. Decreto-lei 891 de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Diário Oficial da União - Seção 1 - 28/11/1938, Página 23843.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

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. 21 de outubro de 1976. Brasília

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. Diário Oficial da União, Brasília, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Minuta do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 17/11/2022.

CAETANO, Guilherme. Estudo Analisa 5 mil processos por tráfico de drogas e mostra que negros são alvos de prisões com baixo números de provas. Globo, 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/07/18/estudo-analisa-5-mil-processos-por-trafico-de-drogas-e-mostra-que-negros-sao-alvo-de-prisoos-com-baixo-numero-de-provas.ghtml>. Acesso em. 01/10/2023.

CAMPOS, Marcelo da Silveira e VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635659-pelo-fim-da-guerra-as-drogas.

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Agência Pública, 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/#Link3>. Acesso em: 01 out. 2023.

Dória, Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/maconha_coletania_trabalhos_brasileiros_2ed.pdf, p. 08.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

Karam, Maria Lúcia. Aspectos jurídicos. In: Seibel, Sergio Dario; Toscano Jr., Alfredo. *Dependência de drogas*. São Paulo: Atheneu, 2001. p. 529

LIPPI, Camila Soares. Revista de Direito Internacional Vol. 10. N.2. 2013. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. 2013.

Macrae, Edward; Simões, José Assis. *Rodas de fumo: o uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Salvador: EDUFBA; CETAD/UFBA, 2000. p. 19

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430.105/RJ QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 27.04.2007.

Ramos, S., Silva, P. P., Silva, I., & Francisco, D. (2022). *Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro* Rio de Janeiro, RJ: CESeC. Disponível em: https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/Negro-Trauma-Final-14_02_22.pdf

RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5825-A-evolucao-historica-da-politica-criminal-e-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas.