

BRUNO DORINI DE OLIVEIRA CARVALHO ROSSI

A Seletividade Penal na definição de usuário e traficante de drogas na aplicação da Lei 11.343/06.

Relatório Final do Projeto de pesquisa apresentado ao Programa de Iniciação Científica (PIC) do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientanda: Bruno Dorini de Oliveira Carvalho Rossi

Orientador: Joao Henrique dos Santos

Linha de Pesquisa: Ciências Sociais e Aplicadas

Assis

2014

SUMÁRIO

1. Introdução	3
2. Usuário e traficante de drogas	5
3. Seletividade Penal	14
4. Análise da aplicação da lei de drogas	19
5. Considerações finais.....	31
6. Referências	33

Introdução

O projeto teve como principal objetivo analisar a aplicação da lei 11.343/06, a chamada Lei de Drogas, no sentido de verificar a sua eficácia na prática, em razão de o sistema penal não definir, de modo claro, o que entende por 'usuário de drogas' e 'traficante de drogas'.

No texto da lei, apesar de algumas condutas serem iguais para o usuário e traficante, entende-se que o principal elemento diferenciador entre um e outro é a verificação do destino da droga, consumo próprio ou comércio. Diante disso, na prática, nota-se que a ausência de um elemento diferenciador claro permite uma seletividade na aplicação da lei, desde o início pelos agentes que autuam e conduzem o inquérito até o pelo juiz que analisa a conduta e aplica a pena. Assim, para se atingir o objetivo do projeto foram analisados os posicionamentos da doutrina, bem como a definição de usuário e de traficante de drogas contida pela lei 11.343/06.

Para analisar a teoria da seletividade penal na aplicação da lei de drogas, é essencial levar em consideração os critérios usados para a identificação do consumo pessoal ou traficância nas seguintes fases: instauração do inquérito policial, instrução processual e julgamento.

Um dos pontos problemáticos decorrentes dessa teoria da seletividade aplicada a definição de usuário e traficante está ligado à priorização de interesses de classes econômicas mais privilegiadas, e de forma

seletiva, conseqüentemente, como se reprime e criminaliza as classes mais precárias e necessitadas da sociedade brasileira.

Apesar de a lei determinar que sejam consideradas todas as circunstâncias do caso concreto em que a droga foi apreendida pela simples razão de que a simples posse não caracteriza o crime de tráfico, ainda há equívocos em sua aplicação. Muitos usuários, por serem meros dependentes químicos e para manter o vício, acabam ingressando no mundo do tráfico de drogas. Isso ocorre pois possivelmente substituem um outro dependente que se submete a traficar para manter o seu vício. Esse se torna um ciclo vicioso pois, sem dúvida, são os pilares que sustentam o tráfico.

Diante dessas questões, foram realizadas análises de autos findos, por amostragem, da Comarca de Assis, a fim de identificar os critérios adotados para a aplicação da Lei de Drogas, tornando possível chegar a uma conclusão a respeito da real eficácia da aplicação dessa lei na distinção entre usuário e traficante.

I- USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS

1 – LEGISLAÇÃO

Para se entender os conceitos de usuário e traficante é preciso considerar a definição do uso de drogas que está disposto no artigo 28, da lei 11.343/06, que define como usuário aquele que “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Assemelha-se também ao usuário aquele 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”.

Para o usuário, não há pena privativa de liberdade. O juiz poderá aplicar uma advertência sobre os efeitos das drogas, condenar à prestação de serviços à comunidade ou também aplicar uma medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, incisos I a III).

Para identificar o usuário, pela redação do § 2º, do mesmo artigo, cabe ao juiz verificar se a droga encontrada em seu poder se destinava a uso pessoal ou não. No entanto, deverá analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolver a

ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Apesar de a lei determinar que caiba ao juiz realizar a diferenciação do usuário e do traficante, na prática é a polícia que efetua a prisão, ou o encaminhamento à Delegacia em caso de usuário, e é o Delegado de Polícia que conduz o inquérito, ou ainda é esse último o responsável pelo Termo Circunstanciado no caso de entender que a droga encontrada seja para consumo. Portanto, a distinção começa já na abordagem da pessoa encontrada com droga e no seu encaminhamento à Delegacia de Polícia.

Já quanto ao traficante de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, é reconhecido quando realiza as seguintes condutas:

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

Será submetido às mesmas penas aquele, que segundo o parágrafo primeiro do artigo 33:

importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; semear, cultivar ou fazer a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo

com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

No artigo 34 são consideradas como tráfico de drogas 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.

Vale ressaltar ainda que condutas previstas no artigo 35 e 36 são submetidas aos mesmos rigores penais destinados às condutas descritas no artigo 33, *caput*, e parágrafos primeiro, artigo 34 e no artigo 37. No caso de duas ou mais pessoas se associarem para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34 da Lei de Drogas não será permitida a concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.

Porém, através da Resolução nº 5, o Senado Federal decretou a suspensão do termo “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, sendo, assim, possível a aplicação de pena restritiva de direitos ao invés de privativa de liberdade (GRECO, 2013, P. 147). Também há restrição ao livramento condicional, que será somente concedido após o cumprimento de dois terços da pena, vedada a concessão ao reincidente específico, conforme artigo 44, da lei 11.343/06.

É facilmente verificável pela leitura dos dispositivos acima mencionados que o legislador conferiu ao usuário de drogas o direito de não ser submetido à pena de prisão, e, ao traficante, ao contrário. Além do aumento das penas, proibiu a concessão de benefícios que não são restringidos nem mesmo pela Lei de Crime Hediondos (Lei 8.072/1990) como, por exemplo, a possibilidade de *sursis*.

Assim, demonstradas algumas diferenças entre as condutas definidas como ‘uso’ e ‘tráfico’ de drogas, cabe a verificação da seletividade penal no combate às drogas.

2 - DOUTRINA

Nucci (2006, p.756) aponta que a partir da Convenção de Viena de 1971, a legislação penal brasileira passou a aplicar sanções extremamente brandas ao usuário de drogas ao invés da pena privativa de liberdade, podendo o legislador ter temido alguma reação social a descriminalização total do consumo.

O usuário de drogas, salvo se constatada a dependência química, física ou psíquica, continuará a fazer o uso do narcótico livremente, andando pelas ruas sem qualquer impedimento. Isso provoca críticas da sociedade, demonstrando indignação dos cidadãos ditos “de bem”, como o caso da famosa “Cracolândia” na cidade de São Paulo/SP.

O novo tratamento oferecido para o usuário é criticado por Nucci (2006, p.756 apud SILVA, 2009, p. 4), pela “brandura da punição com resultado imponderável”. Para o doutrinador, o usuário iguala-se ao “doente mental”. Assim, afirma: “parece que, temendo a reação social à eventual descriminação da conduta do consumidor de drogas, o legislador preferiu eliminar a pena privativa de liberdade, optando por outras formas de sanção extremamente brandas.”

Por fim, Nucci afirma:

[...]

A falta de efetiva punição ao usuário de drogas (não estamos falando de dependente, que é viciado, logo, doente mental) pode levar, se houver rejeição à ideia lançada pelo legislador, os operadores do Direito, com o beneplácito da sociedade, ao maior enquadramento dos usuários como traficantes. Essa medida pode desvirtuar as finalidades do novo art. 28 desta Lei, prejudicando, enormemente, o âmbito da punição justa em matéria de crime envolvendo o uso de drogas ilícitas. (apud SILVA, 2009, p. 4)

Carlos Bacila e Paulo Rangel (2007, p.43 apud SILVA, 2009, p. 5) entendem que “assim como ninguém conceberia punir criminalmente um dependente de álcool, parece errôneo tipificar a conduta do dependente de drogas ou daqueles que as usam eventualmente”.

Porém, deve-se entender que o usuário de drogas sustenta o tráfico, gerando, também, problemas familiares, sociais e, por uma questão humanitária, devemos lembrar que a autolesão que pratica atinge a todos de qualquer maneira.

Seguindo esse raciocínio, Luiz Flávio Gomes (2006, p.118 e 119 *apud* SILVA, 2009, p. 5) nos mostra que:

[...] Se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal”, conseqüentemente, o art. 28 contempla uma infração sui generis (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal.

Vendo que há uma interessante discussão entre os estudiosos sobre a situação do usuário de drogas, deve-se lembrar de que a posse de entorpecente não perdeu o caráter de ilícito, pois, o fato não foi legalizado. Mas constitui um fato ilícito de natureza *sui generis*.

2.1. Qual o destino da droga flagrada?

A Lei 11.343/06 nos fornece vários critérios para definir se a droga destina-se ou não para o consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida (objeto material do delito), local e condições em que se desenvolveu a ação (o desvalor da ação), circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (agente do fato).

Logo, é necessário saber todas as circunstâncias do caso concreto, pois a quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério

determinante, salvo exceções (enormes quantidades). Daí a necessidade, também, de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei.

Explicando de forma clara e objetiva sobre os dispositivos legais, Luiz Flávio Gomes (2006, p.131 *apud* SILVA, 2009, p. 4) ensina:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoas; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre usuário e o traficante.

A legislação brasileira adotou o seguinte critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Portanto, compete ao Juiz ou à autoridade policial analisar, com base nos critérios objetivos estabelecidos em lei, se a droga encontrada destina-se ao consumo próprio ou à traficância. Contudo, o julgamento judiciário não pode ser criado a partir de um critério meramente subjetivo, pois deve ter como fundamento os critérios legais para verificar se o fato caracterize-se tráfico ou consumo pessoal de drogas. Assim, percebe-se que o critério de avaliação é objetivo e não subjetivo

Assim, os autores já mencionados sustentam que a melhor forma de resolver com a situação é tratar o usuário com cautela, vendo-o como

um dependente químico e não como um criminoso, que deve ser punido a qualquer custo.

Capez explica que o objetivo jurídico da legislação de drogas é preservar a saúde pública, coibir a circulação de drogas pela sociedade. Independentemente da quantidade encontrada, se houver potencial entrega da droga a terceiros, estará, então, presente o perigo abstrato social.

Explicando de forma clara e objetiva sobre os dispositivos legais, Luiz Flávio Gomes (2006, p.131 *apud* SILVA, 2009, p. 4) ensina:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoas; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre usuário e o traficante.

Luiz Flávio Gomes salienta ainda que a lei não constituiu crime a conduta de “consumir drogas”, despenalizando tal prática. No entanto, não houve *abolitio criminis*, pois se trata de infração *sui generis*. É importante que o usuário de drogas não seja tratado como um criminoso para que não haja um retrocesso na política de redução de danos, dificultando a sua recuperação e reinserção social.

O autor ainda apresenta duas maneiras de verificar se a droga encontrada é destinada ao consumo pessoal ou para terceiros. Na primeira, é necessário verificar se a quantidade da droga encontrada é suficiente para o consumo diário do usuário. Na segunda, esta adotada pelo sistema brasileiro, é o reconhecimento policial ou judicial. Na ausência do Juiz de Direito competente, é de responsabilidade da Autoridade Policial identificar o destino da droga.

A legislação brasileira adotou o seguinte critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Portanto, compete ao Juiz ou à autoridade policial analisar, com base nos critérios objetivos estabelecidos em lei, se a droga encontrada destina-se ao consumo próprio ou à traficância. Contudo, o julgamento judiciário não pode ser criado a partir de um critério meramente subjetivo, pois deve ter como fundamento os critérios legais para verificar se o fato caracterize-se tráfico ou consumo pessoal de drogas. Assim, percebe-se que o critério de avaliação é objetivo e não subjetivo.

Analisando os critérios adotados pela legislação antidrogas, é possível formar uma crítica quanto ao critério de verificação dos antecedentes do agente, sendo de cunho autoritário e em confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade.

II- SELETIVIDADE PENAL

Este subtópico tem como fundamento os estudos realizados por Nara Borgo Cypriano Machado (2010, p. 1099 e 1100).

Analisando os estudos da criminologia percebe-se que o sistema penal funciona desigualmente, selecionando àqueles que sofrerão maior incidência do poder punitivo estatal.

Samyra Sanches (2002, p. 78 *apud* MACHADO, 2010, p. 1099) afirma que, para isso, o processo de criminalização manifesta-se em dois diferentes momentos. Primeiramente é o legislador que define quais os bens que serão tutelados pelo direito penal (criminalização primária) e depois, cabe à polícia, com base em estereótipos, selecionar os indivíduos que serão submetidos a um inquérito policial e, conseqüentemente, a um processo penal, cabendo ao juiz exercer a mesma seletividade (criminalização secundária).

Estes dois processos de criminalização operam-se “nos campos da quantidade e qualidade”. Segundo Bissoli Filho (2002, p. 78-79 *apud* MACHADO, 2010, p. 1099), a seletividade quantitativa “diz respeito ao número de condutas rotuladas como criminosas e ao de autores em relação aos quais são atribuídas a condição de criminoso”. Já a seletividade qualitativa relaciona-se com a não inclusão de todas as condutas socialmente nocivas

como criminosas, bem como deixa de abranger todas as condutas e pessoas criminosas.

Assim, a seletividade do sistema penal acaba criando as chamadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade. No primeiro caso, muitos crimes e/ou muitos autores de crimes não são investigados e/ou processados, no segundo caso, algumas classes sociais são praticamente deixadas de fora do processo de criminalização, que recai sobre as classes mais frágeis.

A seletividade e a desigualdade do direito penal não existem somente na sociedade atual, ao invés disso, Rusche e Kirchheimer (2004, p 31-33 *apud* MACHADO, 2010, p. 1100), ao estudarem a estrutura social, a estrutura trabalhista e as formas de punição, no decorrer da história, afirmam, por exemplo, que a transição para o capitalismo, nos séculos XIV e XV, fez surgir leis penais mais rigorosas destinadas às classes mais fracas, além disso, a “burguesia urbana emergente” tinha, principalmente, o desejo da criação de uma lei específica para estabelecer os crimes praticados contra o patrimônio.

Compreende-se que o direito penal, já nos séculos acima mencionados, era mais rigoroso com as classes sociais menos favorecidas economicamente, ainda, a tutela penal dos crimes contra a propriedade deixa claro o interesse da burguesia em proteger sua propriedade.

A realidade brasileira assemelha-se muito a essa ideia. A infração penal no Brasil que possui o índice de encarceramento entre os dez

maiores do mundo é o tráfico de drogas, que é atualmente a segunda maior incidência de presos no sistema penitenciário nacional.

Para melhor compreendermos, vale dizer que os crimes contra o patrimônio, nas modalidades de furto e roubo, são os de maior incidência nas condenações judiciais. Mostrando, assim, que a seletividade penal é a realidade no Brasil, como ainda será discutido.

Já feita a análise dos tipos penais que são responsáveis pela grande maioria das condenações criminais no Brasil, falta analisar “quem” está preso atualmente no Brasil, o que, com certeza, nos levará à conclusão de que a seletividade, através da criminalização secundária, é real.

Vera Regina P. Andrade (2003, p. 52 *apud* MACHADO, 2010, p. 1100) nos ensina que “a clientela do sistema penal é composta, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais” e, finaliza, que “é resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos”.

Partindo das discussões já realizadas sobre a seletividade do direito penal, está fácil compreender que a Lei 11.343/06 é seletiva quando diferencia o usuário do traficante de drogas, e como o poder judiciário acaba por ampliar essa seletividade no momento em que, na prática, define essa diferenciação.

Segundo Artur Livônio Tavares de Sampaio (2012), desde o início do Capitalismo há o uso seletivo da norma. As classes sociais mais altas, a fim de preservar seu patrimônio, acabam criando sistemas em que as classes sociais menos favorecidas economicamente são as mais prejudicadas.

Artur aponta, também, que, no Brasil, não é difícil observar a falta de compromisso de governantes com a função que ocupam. Em virtude do *status* e do poder decorrente do cargo, muitos adentram a política, agindo de forma arbitrária e com favoritismo, e muitas vezes se tornando corruptos.

Assim, acaba ocorrendo que quem está no poder não quer resolver os problemas sociais, já que é de melhor interesse camuflar o problema, para que a população possa ter a sensação de satisfação com os serviços e deveres do estado, se livrando de suas obrigações políticas.

A corrupção e a falta de compromisso político favorecem e incentivam a seletividade no sistema punitivo do estado. Desta forma, a partir do tratamento diferenciado que é dado aos ricos e aos pobres, haverá uma seleção de quem sofrerá maior incidência de punição, mesmo que em situações idênticas.

Nota-se que o usuário foi beneficiado com a nova lei de drogas, talvez porque a maioria dos consumidores são pertencentes à classe

média e alta. Em contrário, a situação do traficante piorou, talvez porque na maioria das vezes são de origem pobre.

A seletividade também ocorre no âmbito policial, que é um ente responsável na atual legislação brasileira para levar o fato criminoso ao conhecimento do Ministério Público. Diante da impossibilidade de impedir todos os delitos, os policiais usam de preconceito e estereótipos para selecionar qual crime vai chegar ao Poder Judiciário.

O preconceito existe dentro da cabeça de cada policial e gera parcialidade em suas ações. No entanto, a imparcialidade é essencial para que a justiça seja concretizada.

Não é estranho um policial taxar um pobre portando um cigarro de maconha como traficante, já que por ter pouco dinheiro não teria condições para comprar a droga. Agora um rico, nessa mesma condição, receberia um tratamento diverso daquele, já que devido a sua condição econômica possui dinheiro para financiar o vício. Não é à toa que as classes menos favorecidas integram a maioria da população carcerária nacional.

O critério adotado pela nova lei de drogas para diferenciar o usuário do traficante de drogas permitiu que pudesse haver o uso seletivo da norma, o que conseqüentemente acaba afetando a eficácia da lei.

III- ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS

Neste capítulo serão apresentadas as análises de alguns autos findos da Comarca de Assis/SP a título de amostragem.

I - 1º Caso

Processo nº 838/10 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis

“A denúncia foi oferecida em razão de os réus terem sido surpreendidos na posse de 43,800kg (quarenta e três quilos, oitocentos gramas) de maconha, dividida em 53 tijolos, sendo a droga encontrada dentro de suas bagagens enquanto viajavam de ônibus de Londrina/PR até São José do Rio Preto/SP pela empresa de viação SILVATUR.

Policiais Rodoviários, em fiscalização de rotina, passaram a fazer uma vistoria no compartimento de bagagem, tendo encontrado as drogas na mala dos réus.

Os réus confessaram a prática do crime, informando que receberiam a quantia de aproximadamente R\$ 1.500,00 até R\$ 2.000,00 por transportar a droga até Vitória/ES, a mando de um indivíduo chamado “Negão”. Informaram que possuíam a profissão de faxineira e armador de estrutura metálica, mas precisavam de dinheiro.

As respostas à acusação não demonstraram novos fatos, tendo alegado, somente, que não houve provas robustas que indiquem a traficância.

Em fase de alegações finais, o Ministério Público manifestou-se favoravelmente para a condenação, em face da confissão espontânea de ambos. A defesa manifestou-se no sentido de serem os réus absolvidos em razão da insuficiência de prova.

O julgador de 1ª Instância julgou procedente o pedido acusatório em razão da grande quantidade de droga e da confissão dos acusados.

O Ministério Público recorreu da decisão devido a aplicação do parágrafo 4, do art. 33, da Lei de Drogas. Tendo a defesa também recorrido, alegando a insuficiência de provas.

Em 2ª Instância, ao recurso ministerial foi dado provimento, enquanto ao recurso da defesa não, mantendo a seguinte capitulação: artigo 33, caput, e artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06.”

Nesta situação fática, é possível verificar que o casal praticou o crime devido a sua atual situação econômica, buscando uma alternativa para ganhar dinheiro.

Vê-se que os réus são de classe média-baixa, trabalhando como faxineira e armador de estrutura metálica, que não são profissões bem remuneradas no Brasil.

É importante salientar que alguém contratou os réus, ou seja, há uma figura financiadora por trás disso. Este “investidor” acaba escolhendo pessoas que passam por essa mesma situação, ou seja, a falta de dinheiro, usando desta necessidade para abrir uma brecha e usar terceiros para manter o seu negócio.

No Brasil, quase 50% da população pertence à classe média-baixa. Obviamente surgirão outros indivíduos na mesma situação que, buscando uma alternativa para obtenção de fundos, não pensarão duas vezes em aceitar tal proposta de dinheiro fácil e alternativa de remuneração rápida.

Assim, apesar de os policiais terem encontrado e impedido que a droga chegasse até o seu destino, prendendo os indivíduos que estavam transportando-a, a pessoa que financiou e mantém esse negócio ficou impune.

A atuação dos policiais neste caso é de prevenção, pois, com fiscalizações de rotina, visam verificar e impedir o transporte de narcóticos. Aqui, em razão da droga encontrada, buscaram os donos através da bagagem, encontrando os réus, que admitiram a prática do crime.

A decisão do Juiz não podia ser diferente diante da enorme quantidade de maconha e a confissão dos acusados, deixando cabalmente claro que se tratava de tráfico de drogas.

II - 2º Caso

Processo nº 1341/08 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis

“A denúncia foi oferecida em razão de o réu ter sido surpreendido na posse de pedras de crack, pesando cerca de 39,0g (trinta e nove gramas).

Segundo consta, policiais militares realizavam patrulha em local conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistaram o réu, que lançou ao chão o entorpecente no momento em que percebeu a viatura.

Os policiais informaram ter conhecimento de que o réu tinha envolvimento no tráfico, trabalhando como a pessoa que entrega as drogas. O réu alegou que a droga lhe pertencia, pois é usuário de drogas e dependente químico.

Na apresentação de defesa escrita, o réu alegou ser mero usuário de drogas, não havendo provas robustas de que o réu era mesmo traficante.

Em audiência foram ouvidas as testemunhas policiais que realizaram a abordagem e o réu, que não confessou a prática criminosa, alegou que a droga era para o seu próprio consumo.

O ministério público manifestou-se no sentido de que o réu era mesmo traficante, devendo ser levado em conta as circunstâncias pessoais do

réu, bem como o local em que se desenvolveu a ação. Ademais, devido a ocupação habitual do acusado, ganhando 30 reais por dia como pedreiro, não é razoável que tenha adquirido tamanha quantidade de uma só vez.

A defesa, em alegações finais, manifestou-se pela absolvição, no sentido de que o réu é usuário de drogas, além de não ter restado provas de que realmente era traficante.

O julgador de 1ª Instância acolheu o pedido acusatório do Ministério Público, decidindo que não é hipótese de desclassificação, em razão da precária situação econômica do réu, bem como a grande quantidade de drogas e as circunstâncias de que tenha envolvimento com o comércio ilícito, local conhecido como ponto de venda de drogas.

O Ministério Público apelou da sentença, devido a aplicação do parágrafo 4º do art. 33, que não sofreu reparo em 2ª Instância.”

Neste contexto, houve a ação da polícia, uma vez que foram até local conhecido como ponto de venda de drogas e, ao avistar um suspeito atirando algo para longe, abordaram o sujeito.

Ao verificarem que o objeto lançado era uma quantidade considerável de estupefaciente, *crack*, logo identificaram o indivíduo como um possível traficante de drogas. Os policiais não avistaram o autuado comercializando ou entregando algo para terceiros, apenas o viram agindo por medo.

A argumentação utilizada pela acusação evidencia o uso seletivo da norma, partindo de um preconceito econômico e social. A ideia de afirmar que este indivíduo é traficante, sem que haja provas do comércio, é derivada de mera suposição.

O critério usado na sentença foi a condição financeira do réu, sendo que a lei permite ser usada as circunstâncias sociais e pessoas do indivíduo como critério. Supondo que em razão da baixa situação econômica do réu, que trabalha como pedreiro, não teria ele condições de adquirir tamanha quantidade de narcótico de uma vez só.

Colocando-se na condição de usuário de drogas, supõe-se que o usuário que busca uma quantidade razoável de narcótico é para evitar frequentar o local hostil e perigoso que é entre os criminosos e traficantes.

Um fator importante que influenciou no convencimento do Juiz foi o fato de os policiais terem notícias que o réu teria envolvimento com tráfico de drogas. A fala dos policiais é merecedora de credibilidade, pois gozam de fé-pública. No entanto, é necessário se atentar ao possível uso seletivo da norma pelos policiais.

Embora tenham sido respeitados os critérios adotados pela lei, houve uma insegurança jurídica na aplicação da lei. Não restou cabalmente comprovado que o réu tenha efetivamente ligação com o tráfico ilícito, partindo-se da suposição de que não tinha condições financeiras para adquirir tamanha

quantidade em apenas uma compra, além de ter sido encontrado em local conhecido como ponto de venda de drogas.

Cumpra salientar que devido as condutas previstas no art. 28 da lei de drogas também estarem presentes no art. 33 do mesmo diploma legal, passou-se a permitir que o traficante possa se camuflar, podendo se passar por usuário de drogas, já que as condutas *adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo* também são usadas para identificar quem pratica o tráfico.

III - 3º Caso

Processo nº 632/08 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis

“A denúncia foi oferecida em razão de o réu ter sido surpreendido trazendo consigo 15 (quinze) porções de cocaína, pesando cerca de 8g (oito gramas), e 25 pedras de crack, pesando cerca de 110g (cento e dez gramas), além da quantia de R\$ 143,00 (cento e quarenta e três reais), em diversas notas de baixo valor.

Policiais Militares, que realizavam patrulhamento de rotina, avistaram o réu dispensando as drogas, após ter notado a presença dos milicianos. As drogas estavam em um tubo plástico envolvido em um capuz. O local da abordagem era conhecido como ponto de venda de drogas.

O réu, em seu interrogatório, confessou a prática do tráfico, afirmando que vendia cocaína e crack, cobrando R\$ 10,00 por porção. Informou, ainda, que recebia o salário de R\$ 500,00 por mês, sem comissão, sendo que o dia da abordagem foi mais um dia de venda.

O Ministério Público manifestou-se pela condenação, diante da confissão do réu em fase administrativa e judicial.

A defesa apresentou manifestou-se pela absolvição, alegando a improcedência da inicial, requerendo a desclassificação do art. 33 para o art. 28 da lei de entorpecentes.

O julgador de 1ª Instância decidiu pela condenação, dando providência ao pedido acusatório.

Não foram interpostos recursos.”

Neste caso concreto, a polícia identificou um suspeito enquanto realizavam patrulha em local conhecido como ponto de venda de drogas, exatamente visando combater o tráfico ali existente.

É importante consignar que através da confissão do réu é possível identificar um financiador, aquele que investe no comércio ilícito de drogas. Mais uma vez, apesar de terem tirado um comerciante de drogas da rua, aquele que realmente mantém a narcotraficância está solto, aguardando outro que aceite o risco para manter o próprio vício das drogas ou ganhar dinheiro para o próprio sustento de forma rápida.

Aqui ficou notória a traficância em razão da diversidade e quantidade da droga, bem como da quantia considerável de dinheiro em notas de pequeno valor encontrada e da confissão espontânea do réu. Dessa forma, não foi possível verificar a aplicação da seletividade penal pois a caracterização de traficante esta clara.

IV - 4º Caso

Processo nº 1031/08 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis

“A denúncia foi oferecida em razão de o réu ter sido surpreendido enquanto comercializada drogas, sendo encontrado em sua posse 3 (três) porções de cocaína. Policiais Militares receberam a informação de que o réu comercializava narcóticos, sendo ele localizado conduzindo uma motocicleta. Quando percebeu a ação dos policiais, o acusado empreendeu fuga, sendo abordado em sua residência. Lá foram encontrados dois aparelhos de telefone celular, sacolas plásticas para a embalagem das drogas e a quantia de R\$ 85,00. O réu, quando interrogado, alegou que as drogas encontradas em seu poder eram para o seu próprio consumo.

Restou decidido pelo Juiz de 1ª Instância que, como não ficou comprovado que o réu realmente não estava realizando a traficância de drogas, foi necessário julgar parcialmente procedente o pedido acusatório, devendo ser aplicada a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Ambas as partes recorreram da decisão, porém, foram mantidas em 2ª Instância.”

Nesta situação fática nota-se que a Polícia, sabendo que o acusado estaria realizando o tráfico de drogas, avistaram-no e o perseguiram até a sua residência. Em sua posse foram encontrados 3 (três) pinos plásticos de cocaína, quantidade suficiente para um usuário de drogas.

Os policiais não presenciaram nenhuma conduta que evidenciasse o tráfico de drogas, sendo apenas encontrados sacolas plásticas, que supostamente seriam para embalagem das drogas, dois celulares e a quantia em dinheiro.

Não se pode aqui afirmar de modo seguro de que o réu estivesse mesmo praticando o comércio de droga, apesar de ele ter alegado ser usuário de drogas, o que faria mais sentido nesse contexto.

Mais uma vez a palavra do policial foi de extrema importância para o convencimento do julgador, sendo que tiveram a informação de que o réu estaria praticando o narcotráfico, sem que houvesse provas a respeito de onde surgiu esta informação.

A fundamentação da sentença consistiu em apontar que não restou comprovada a inexistência do tráfico de drogas, tendo o julgador entendido que o réu devesse ser condenado em razão das circunstâncias do crime indicarem a ocorrência do comércio ilícito.

V - 5º Caso

Processo nº 932/09 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis

“A denúncia foi oferecida em razão de o réu ter sido surpreendido transportando 950,0g de haxixe, derivado da maconha, e 985,0g de crack. Policiais receberam a notícia de que “Barrão”, conhecido por envolvimento com o tráfico de drogas, receberia drogas do indiciado, razão pela qual permaneceram aos redores do local onde habitava aquele suposto traficante.

O indiciado, junto com outro indivíduo, na garupa de uma motocicleta, foi abordado pelos policiais quando parou defronte a Oficina do Alemão, cujo dono mantinha relações de amizade com “Barrão”.

O autuado informou trabalhar como vendedor autônomo, recebendo cerca de R\$ 1.000,00 (mil reais) por mês.

O julgador de 1ª Instância deu provimento ao pedido acusatório devido a confissão do acusado e a grande quantidade do entorpecente apreendido. A condenação foi mantida em 2ª Instância.”

Nesta situação, mais uma vez podemos identificar um patrocinador do tráfico de drogas, aquela pessoa que investe no comércio ilícito. A ação da polícia neste caso foi direcionada, não de forma aleatória como em alguns dos casos acima analisados. Essa objetividade é essencial

para se chegar aos chefões do tráfico e identificar os financiadores desse negócio.

Vale ressaltar que a condição financeira do réu é precária, o que evidencia a busca de alternativas para obtenção de dinheiro.

A grande quantidade de narcóticos, por si só, demonstra que se tratava de tráfico de drogas, além da confissão do réu, admitindo que a droga seria para o consumo de terceiros.

Considerações Finais

Cumprindo-se os objetivos do presente trabalho, podemos concluir a partir dos capítulos escritos que o sistema permitiu que fosse selecionado quem sofrerá maior incidência dessa criminalização e cumprirá pena privativa de liberdade.

Notou-se que as drogas ilícitas são caras, sendo que quem se arquiteta para fornecê-las irá enriquecer muito com esse comércio.

Verificou-se que as pessoas que favorecem o tráfico são substituíveis, salvo os financiadores, pois assumem o risco de ser pego por policiais enquanto vende as drogas pelas ruas. Depois que são pegos, surgem outras pessoas para assumir o posto e promover o comércio de drogas, devido a sua precária situação financeira ou para manter o seu vício de consumo de drogas.

Aquele que possui o capital de investimento usa do lucro para fortalecer ainda mais o seu negócio, seja em armamento, para corromper pessoas ou favorecer de alguma maneira a sua taxa de lucratividade. Ou seja, o dinheiro proveniente do comércio de drogas vai diretamente para a mão de criminosos e é usado para financiar o crime.

A partir de estudos realizados, entre 10 indivíduos presos por tráfico, 7 ou 8 são pequenos traficantes, que é o maior contingente de presos

atualmente. Mesmo com as penitenciárias transbordando traficantes, a circulação de drogas ilícitas permanece intacta, o que demonstra a total ineficácia do atual sistema brasileiro a respeito da questão das drogas, tratando-a como questão de ordem penal e não de saúde pública.

O atual sistema compromete exatamente o bem tutelado pela nova lei de drogas, a saúde pública, pois o combate armado entre policiais e traficantes tiram a paz e a tranquilidade da sociedade, transmitindo a sensação de insegurança.

O tráfico de drogas é a mola propulsora para a ocorrência de outros crimes, pois em razão dela as pessoas matam, furtam, roubam, agredem e etc.

A descriminalização das drogas poderia ser uma solução para o problema, em vez de colocarem penas muito altas e não re-socializarem em nada o criminoso que vai pra cadeia. O pobre é quem acaba indo para a prisão e lá não aprende nada de como mudar de vida. Ou seja, ele não está preso por ter cometido um crime e sim por ser pobre.

Referências:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BISSOLI FILHO, Francisco; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CASTRO, Francisco. A NOVA CLASSE DOMINANTE NO BRASIL. Disponível em: <http://www.blogdefranciscocastro.com.br/2010/02/nova-classe-dominante-no-brasil.html>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

CARVALHO, Jailton de. Prisões por tráfico crescem 30%, mas não afetam negócio ilegal. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/prisoas-por-trafico-crescem-30-mas-nao-afetam-negocio-ilegal-9034042#ixzz3KEjZzT48>. Acesso em 20 de agosto de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, Niterói, Editora Impetus, 2013

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou Traficante? A Seletividade Penal na Nova Lei de Drogas, Fortaleza, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAMPAIO, Artur Livônio Tavares De. SELETIVIDADE NO COMBATE AS DROGAS: LEI 11.343/2006. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9430. Acesso em 20 de out de 2013.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra N. Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. in: Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva.

SILVA, Aldir Jorge Viana da. O Usuário e o Traficante à Luz da Nova Lei de Drogas. Belém, Ministério Público. 2009.